В. І. Антипов

КРИМІНАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ

в контексті міжнародного права та практики Європейського суду з прав людини:

правові норми, судова практика, науково-практичний коментар

ПРАВО

Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

В. І. Антипов

КРИМІНАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ

в контексті міжнародного права та практики Європейського суду з прав людини:

правові норми, судова практика, науково-практичний коментар

Харків
«Право»
2019

УДК 343.13(477)
А43

Рекомендовано до друку вченою радою Навчально-наукового інституту права Університету державної фіскальної служби України (протокол №12 від 13 червня 2018 р.)

Рецензенти:

І. Г. Богатирьов – професор кафедри кримінального права та кримінології Університету державної фіскальної служби України, доктор юридичних наук, професор;

В. А. Мисливий – професор кафедри публічного права Національного технічного університету України «КПІ ім. Ігоря Сікорського», доктор юридичних наук, професор;

П. І. Заруба – суддя Дарницького районного суду м. Києва, кандидат юридичних наук

Антипов В. І.

А43 Кримінальний кодекс України в контексті міжнародного права та практики Європейського суду з прав людини: правові норми, судова практика, науково-практичний коментар / В. І. Антипов. – Харків : Право, 2019. – 1200 с.

ISBN 978-966-937-621-3

Видання підготовлене за підсумками аналізу більше ніж 300 конвенцій, статутів, пактів, протоколів та інших міжнародних актів, а також на підставі узагальнення майже 3 тис. рішень Європейського суду з прав людини. Як результат – відібрані й наведені в кореляції зі статтями Кримінального кодексу України тексти (витяги з текстів) 211 міжнародних документів та 334 рішень Європейського суду з прав людини (з них 178 вперше опубліковані українською мовою). Міжнародні документи та судова практика супроводжуються авторськими доктринальними висновками (науково-практичним коментарем) щодо їх застосовності в контексті вітчизняного кримінального права.

Для суддів, адвокатів, працівників правоохоронних органів, правників-науковців, а також громадян, які цікавляться питаннями відповідності вітчизняної судової практики нормам міжнародного права та рішенням Європейського суду з прав людини.

УДК 343.13(477)

© Антипов В. І. (укладання, переклад рішень ЄСПЛ; кореляція правових позицій ЄСПЛ зі статтями КК України; науково-практичний коментар), 2019
© Видавництво «Право», 2019

ISBN 978-966-937-621-3

Список скорочень

ВГС –	Вищий господарський суд України
ВООЗ –	Всесвітня організація охорони здоров'я
ВР України –	Верховна Рада України
ВР –	Верховна Рада УРСР
ВС –	Верховний Суд
ВСУ –	Верховний Суд України
ВСС –	Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ
ГП –	Генеральна прокуратура України
ДМС –	Державна митна служба України
ДФС –	Державна фіскальна служба України
ЄСПЛ –	Європейський суд з прав людини
ІКАО –	Міжнародна організація цивільної авіації
Закон –	закон України
ЗК –	Земельний кодекс України
КпАП –	Кодекс України про адміністративні правопорушення
КАС –	Кодекс адміністративного судочинства України
КЗпП –	Кодекс законів про працю України
КК України –	Кримінальний кодекс України
КМ –	Кабінет Міністрів України
Конвенція –	Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
КПК –	Кримінальний процесуальний кодекс України
МАГАТЕ –	Міжнародна агенція з атомної енергії
Міжнародні документи –	конвенції та інші міжнародні нормативні акти; декларації та інші міжнародні акти не нормативного характеру; рішення ЄСПЛ та інших міжнародних судів
МВС –	Міністерство внутрішніх справ України
МЗС –	Міністерство закордонних справ України
МК –	Митний кодекс України
МКС –	Міжнародний кримінальний суд
МОЗ –	Міністерство охорони здоров'я України
МОТ –	Міжнародна організація праці
ПАРЄ –	Парламентська асамблея Ради Європи
ПВСУ –	Пленум Верховного Суду України
ПВСС –	Пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ
ПВР –	Президія Верховної Ради УРСР
ПК –	Податковий кодекс України
Суд –	Європейський суд з прав людини
Указ –	Указ Президента України

Важливі пояснення

1. Матеріал до кожної статті Кримінального кодексу згрупований у параграфи (§1. Норми міжнародного права; §2. Загальні принципи та узагальнюючі положення в рішеннях ЄСПЛ; §3. Рішення ЄСПЛ; §4. Науково-практичний коментар щодо застосовності норм міжнародного права та рішень ЄСПЛ). Якщо матеріал до певного параграфа не виявлений, цей параграф не наводиться, але нумерація інших параграфів зберігається (наприклад, за відсутності §1 і §2 присутні §3 і §4 до статей 32–35 КК України).

2. Із метою уникнення дублювання, а також для зручності використання перехресних посилань, матеріал кожного параграфа поділений на пункти за тризначною нумерацією, яка починається з номеру статті Кримінального кодексу України. Наприклад, номер пункту «127.4.8» означає, що він стосується ст. 127 Кримінального кодексу і знаходиться у §4 до цієї статті на позиції 8.

3. Коли відповідний матеріал стосується групи статей Кримінального кодексу, він розміщується під останньою з них, але нумерація пунктів починається з номера першої статті, що належить до цієї групи (наприклад, пункт 271.1.1 знаходиться у §1 під ст. 275 КК, оскільки його зміст стосується групи статей 271–275 КК України).

4. Тексти міжнародних договорів наведені мовою, якою вони розміщені в системі «Право» Верховної Ради України[1].

5. Рішення ЄСПЛ за наявності офіційного перекладу наведені українською мовою. За відсутності офіційного перекладу – в авторському перекладі з посиланням на джерело оригінального тексту[2].

6. До кожної статті КК України наводяться лише ті статті міжнародних договорів, а також пункти рішень ЄСПЛ, які безпосередньо стосуються відповідного складу злочину чи припису конкретної статті Загальної частини Кодексу. Це дозволило використати значну кількість (211) міжнародних договорів та рішень Європейського суду (334), звільнити читача від пошуку правових позицій Суду, які найчастіше «заховані» в багатосторінкових текстах судових постанов.

7. Виділення тексту міжнародних договорів та судових рішень (шрифтом, підкресленням) є авторськими і мають за мету додатково акцентувати увагу на положеннях, які найбільш повно застосовні в контексті відповідної статті КК.

8. Більшість висновків, що містяться у параграфах четвертих матеріалів до статей КК України, сформульовано максимально стисло. Для їх обґрунтування автор свідомо обмежується посиланнями на норми міжнародних договорів та пункти рішень ЄСПЛ. Норми українського законодавства, національна судова практика, а також положення доктрини кримінального права враховуються, але зазвичай не наводяться.

9. Авторські оцінки щодо вірогідності задоволення ЄСПЛ відповідних скарг мають двоєдине призначення: з одного боку, допомогти зацікавленим особам визначитися з перспективами звернення до ЄСПЛ, а з іншого – звернути увагу працівників правоохоронних органів та суддів на ризики оскарження певних рішень щодо застосування кримінально-правових норм.

10. Доктринальні висновки автора (науково-практичний коментар) не претендують на беззаперечну істинність і можуть бути заперечені. Як вказано в стародавньому документі з міжнародного морського права: «… це звід рекомендацій, а не жорстких правил»©.

Крім того: *Feci quod potui faciant meliora potentes*.

---

[1] «За відсутності автентичного тексту договору українською мовою або офіційного перекладу міжнародного договору українською мовою необхідно використовувати автентичний текст договору іншою офіційною мовою, якою він був укладений» (п. 6 постанови ПВСС від 19.12.2014 № 13 «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя»).

[2] «У разі виявлення мовної розбіжності між перекладом та оригінальним текстом суд користується оригінальним текстом» (ст. 18 Закону від 23.02.2006 № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»).

Передмова

Застосування норм міжнародного права та практики Європейського суду з прав людини має для матеріального кримінального права значні відмінності порівняно з іншими галузями права – цивільним, адміністративним, кримінально-процесуальним тощо. Це обумовлено тим, що «злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом» (ч. 3 ст. 3 Кримінального кодексу України). Тому, як свідчить аналіз Єдиного державного реєстру судових рішень, судами при розгляді кримінальних справ міжнародне законодавство та міжнародна судова практика використовуються для обґрунтування, як правило, суто процесуальних рішень (вибір запобіжного заходу, визнання доказу недопустимим, поновлення процесуального строку тощо).

Проте, не зважаючи на вказані відмінності, норми міжнародного права і рішення ЄСПЛ мають значення для правозастосовної практики безпосередньо при застосуванні норм національного Кримінального закону:

– для визначення тих ознак складів злочинів, що потребують тлумачення (мають оціночний характер або названі, але не визначені в диспозиції статті КК України). Наприклад, у ст. 162 «Порушення недоторканності житла» відсутнє визначення предмета злочину – «житло». Натомість таке визначення надав ЄСПЛ у своєму рішенні «Buckley v. United Kingdom».

– при кваліфікації вчиненого за статтями Особливої частини КК з бланкетними диспозиціями, оскільки застосування норм іншого (некримінального) міжнародного права не суперечить ч. 3 ст. 3 КК. Наприклад, ст. 243 КК України відсилає до нормативних актів, які регулюють скидання та поховання у морі шкідливих речовин чи сумішей. До таких нормативних актів належить, зокрема, Міжнародна конвенція 1973 року по запобіганню забрудненню з суден.

– для вирішення деяких дискусійних питань практики та теорії кримінального права, зокрема: питання відповідності норм про спеціальну конфіскацію принципу презумпції невинуватості («Філліпс проти Сполученого Королівства»); питання допустимості у кримінальному провадженні застосування висновків, що містяться в рішеннях цивільних чи господарських судів («Cebotari v. Moldova»); питання кримінально-правової кваліфікації діянь, коли для оптимізації податків використовуються правочини з юридичними особами, що мають ознаки фіктивності («Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia»), тощо.

Отже, правники в галузі кримінального судочинства повинні орієнтуватися в нормах міжнародного права та в положеннях рішень ЄСПЛ. Також особи, яких доля зіткнула з кримінальним судочинством (потерпілі, засуджені, їхні родичі), потребують інформації про те, як норми міжнародного законодавства можуть захистити їхні права, чи існує в тому чи іншому випадку доцільність звернення за таким захистом до Європейського суду з прав людини. Однак на заваді реалізації зазначених завдань (потреб) стає ряд об'єктивних перешкод.

По-перше, це великий обсяг масиву конвенцій, інших актів міжнародного законодавства, де надзвичайно важко знайти необхідну норму.

По-друге, ще складніше знайти необхідний прецедент, правову позицію з кримінального права в рішеннях ЄСПЛ, більшість яких не перекладені українською мовою (станом на 02.01.2019 р. на офіційному сайті Європейського суду з прав людини із загальної кількості 58 тис. 953 рішень тільки 1 тис. 193 мали версію українською мовою). Крім того, рішення ЄСПЛ класифіковані за статтями Конвенції, які важко співвіднести зі статтями КК України. Це значно ускладнює пошук необхідних матеріалів, оскільки переважна більшість рішень стосується не кримінальних проваджень, а цивільних, господарських, трудових та інших подібних спорів.

За такої ситуації практикуючий правник згадує про спеціалізовані юридичні видання. Проте на сьогодні склалася ситуація, коли монографічна і навчальна література з міжнародного права майже не торкається кримінально-правової проблематики, а в чисельних виданнях науково-практичних коментарів до Кримінального кодексу України зміст його статей коментується переважно без врахування норм міжнародного права.

Щоправда існують довідкові тематичні видання та спеціалізовані сайти, наприклад сайти правозахисних організацій. Але в цих виданнях та на відповідних сайтах рішення Європейського суду з прав людини знову ж таки не упорядковані до потреб кримінального права, а також наводяться за принципом «так-як-є», тобто без виділення правових позицій Суду. Враховуючи, що рішення ЄСПЛ містять багато формально-процесуальних положень і мають обсяги в десятки (деякі – в сотні) сторінок, їх аналіз потребує великих часових витрат.

Можливо, саме викладені вище обставини обумовлюють ситуацію, коли при начебто широкому застосуванні у вироках національних судів практики ЄСПЛ, вона представлена дуже обмеженим колом рішень Європейського суду, а посилання на ці рішення текстуально виглядають одноманітними копіями, переписаними (скопійованими) з одного невідомого джерела. При цьому у багатьох посиланнях на практику ЄСПЛ відсутні номери відповідних рішень Європейського суду та їх пункти. Це зводить нанівець юридичне значення такого використання судової практики Європейського суду[1].

З огляду на викладене і підготовлено це видання, в якому:

– репрезентовані результати авторського аналізу більше 300 конвенцій, пактів, статутів, протоколів та інших чинних міжнародних документів, а також майже 3 тис. рішень Європейського суду з прав людини, що дозволило виокремити 211 нормативних актів міжнародного права та 334 рішень ЄСПЛ, які містять положення, застосовні в національному кримінальному судочинстві;

– запропонований авторський науково-практичний коментар того, як саме конкретні норми міжнародного права та правові позиції Європейського суду з прав людини мають враховуватися для уточнення ознак конкретних складів злочинів, для тлумачення норм Загальної частини Кримінального кодексу України.

[1] Більше того, це дозволяє експертам стверджувати про факти «спотворення практики ЄСПЛ», коли у вироку національного суду вказується на те, чого насправді немає у рішеннях Європейському суду (див.: PRECEDENT UA – 2016 / В. Лутковська, В. Щепоткіно, В. Капустинський та ін. Київ : КВІЦ, 2017. С.125–128).

СЛОВНИК ЛАТИНСЬКИХ СЛІВ ТА ВИРАЗІВ
(вживаються в міжнародних договорах і рішеннях Європейського суду з прав людини без перекладу)

a contrario	навпаки
a priòri	заздалегідь
ab inìtio	з самого початку
actiones juris	юридичні акти
ad hoc	спеціально для цього (як виняток загального правила)
ad int., ad interim	на даний час, тимчасовий
ad referèndum	попередньо
àlio intùitu	під іншим кутом зору
animus injuriandi	злочинний умисел
aut dedere aut judicare	або видати, або судити (або екстрадиція, або притягнення до відповідальності)
bona fide	добросовісний
càsus bèlli	підстава, привід для оголошення війни
casus delicti	випадок правопорушення
case-law	судовий прецедент
causa	судова справа
condìtio sìne qua non	необхідна умова
constat	очевидно, безперечно
consuetùdines	звичай
corpus delicti	склад злочину
còrpus jùris	звід законів
corpus juris delicti	склад злочину
cuì pròdest?	кому це вигідно?
culpa	вина
culpa lata	груба недбалість
culpa levis	легка недбалість
damnatus	засуджений
de dòlo màlo	обманним способом
de facto	фактично, насправді
de fine fòrce	крайня необхідність
de jure	юридично, формально
de lege ferenda	з точки зору закону, видання якого бажано
de lege lata	з точки зору чинного закону
de rigore jùris	по букві закону
de simìlibus ìdem est judìcium	за схожими справах виносяться однакові рішення
delìctum	неправомірна дія (злочин)
delictum privātum	приватне правопорушення
delictum publicum	суспільне правопорушення
dies a quo	:день, з якого починається відлік строку
dies ad quem	день, у який строк спливає
dolus	умисна вина

dubio pro reo	сумніви оцінюються на користь обвинуваченого
dubitàtur	сумнівно, викликає сумнів
dura lex, sed lex	закон суворий, але це закон
èo ìpso	тим самим, в силу цього
èrgo	тому, отже
èrror jùris	юридична помилка (незнання закону)
èrror làpsus	помилка через неуважність
est àutem vis legem sìmulans	насильство може маскуватися під право
ex advèrso	з іншого боку
ex arbìtrio jùdicis	на розсуд судді
ex delìcto	з незаконного дії, неправомірно
ex fictiòne jùris	в силу юридичної фікції
ex lège	відповідно до права, згідно із законом
ex offìcio	в силу займаної посади
ex parte	частина (частина справи, частина обвинувачення тощо)
ex post facto	після факту, що відбувся
ex tèmpore	в даний час (тимчасово, у зв'язку із закінченням часу)
ex vi tèrmini	за змістом терміна або виразу
èxtra jus	за межами права
èxtra lègem	за межами правової охорони
èxtra territòrium	поза територіальних кордонів
fàcies	те, що без пояснень або доповнень видно з документа
fàcto	фактично, насправді
fictiòne jùris	юридична фікція
fràus lègi facta	обхід закону
fràus lègis	обман щодо закону
habeas corpus	право вимагати доставки в суд затриманого для перевірки підстав позбавлення волі
homicidium causale	вбивство з необережності
homicidium voluntarium	умисне вбивство
hors de combat	комбатант, який припинив участь у воєнних діях
id est (i.e.)	тобто (іншими словами)
idem	теж саме
ignoràntia juris (lègis) nèminem excùsat	незнання закону не є виправданням
imputàtio	юридична відповідальність
in absentia	заочно
in abstracto	абстрактно
in camera	у закритому засіданні
in consideratiòne lègis	з точки зору закону
in essentiàlibus	по суті
in jure	по праву, по закону
in nùce	коротко, в двох словах
in rem	застосування санкції (зазвичай конфіскації) до постановляння обвинувального вироку
in stricto jùre	по букві закону
infra juridictiònem	в межах юрисдикції

infra mètas	в межах кордонів
inter alia	серед іншого, зокрема
interpretatio	інтерпретація, тлумачення
intra vìres	в межах повноважень
ipso facto	в силу самого факту
ipso fàcto et ipso jùre	в силу самого факту і за законом
jura novit curia	суду відомі закони
jus	право
jus bèlli	право війни
jus bèllum dicèndi	право оголошувати війну
jus cogens	імперативна норма
jus naturale	природне право
jus non scriptum	неписане право
jus scriptum	писане право
jus singulàre	спеціальна правова норма
làto sènsu	в широкому сенсі слова
lèges non scriptae	неписане право
legitimus	законний, встановлений законом
lex	закон як джерело права
lex generalis	загальний закон (загальна норма)
lex posterior	пізніший закон має перевагу над більш раннім
lex specialis	спеціальний закон (спеціальна норма)
locus standi	підсудність
mens rea	винність
modus operandi	спосіб діяння
modus vivèndi	тимчасова угода
mutatis mutandis	з урахуванням відповідних відмінностей
ne (non) bis in idem	не двічі за одне
nòmen jùris	правове поняття, юридичний термін
non jurìdicus	неправовий
not (non) in èsse	неіснуючий
nùllius jùris	без юридичних наслідків
ònus probàndi	тягар доведення
opìnio jùris gentium	міжнародні правові погляди
order public	громадський порядок
pacta sunt servanda	договір повинен виконуватися
pàri pàssu	однаковою мірою
per còntra	навпаки
per lègem tèrrae	за законом країни
per se	по суті (як такий)
persòna non gràta	небажана особа
plàcita jùris	норми права
plèno jùre	з повним правом
post fàcto	після факту
post hoc	після цього
post tèrminum	після закінчення строку
prima facie	на перший погляд

proprio motu	за власною ініціативою
quaèstio fàcti	питання факту
ratione loci	в межах територіальної компетенції
ratione materiae	в межах предметної компетенції
ratione personae	вимоги про належні сторони в справі
ratione temporis	в межах часової компетенції
res judicata	справа, яка остаточно вирішена
restitutio in integrum	відновлення в колишньому положенні
secùndum nòrmam lègis	відповідно до норм права
sententia absolutoria	виправдальний вирок
separàtim	окремо
sine qua non	необхідна умова
stricto sensu	в узькому сенсі
ultra fines mandàti	за межами повноважень
ultra vires	за межами повноважень
vis major	непереборна сила

Норми права і рішення ЄСПЛ, що мають загальне значення для застосування статей Кримінального кодексу України, а також коментар до них

§1. Норми міжнародного права
щодо обов'язковості міжнародних договорів для країн-учасниць

0.1.1. Віденська конвенція про право міжнародних договорів
(ООН, від 23.05.1969)
(приєднання Указом ПВР № 2077-XI від 14.04.1986)
«Стаття 2. Вживання термінів
1. Для цілей цієї Конвенції:
a) «договір» означає міжнародну угоду, укладену між державами в письмовій формі і регульовану міжнародним правом, незалежно від того, чи викладена така угода в одному документі, двох чи кількох зв'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування;
b) «ратифікація», «прийняття», «затвердження» і «приєднання» означають, залежно від випадку, міжнародний акт, який має таке найменування і за допомогою якого держава виражає в міжнародному плані свою згоду на обов'язковість для неї договору;
c) «повноваження» означають документ, який виходить від компетентного органу держави і за допомогою якого одна чи кілька осіб призначаються репрезентувати цю державу з метою ведення переговорів, прийняття тексту договору або встановлення його автентичності, вираження згоди цієї держави на обов'язковість для неї договору або з метою вчинення будь-якого іншого акта, що стосується договору;
d) «застереження» означає односторонню заяву в будь-якому формулюванні і під будь-якою назвою, зроблену державою при підписанні, ратифікації, прийнятті чи затвердженні договору або приєднанні до нього, за допомогою якого вона бажає виключити або змінити юридичну дію певних положень договору в їхньому застосуванні до цієї держави;
e) «держава, яка бере участь у переговорах» означає державу, яка брала участь у складенні і прийнятті тексту договору;
f) «договірна держава» означає державу, яка погодилась на обов'язковість для неї договору, незалежно від того, чи набрав договір чинності чи ні;
g) «учасник» означає державу, яка погодилась на обов'язковість для неї договору і для якої договір є чинним;
h) «третя держава» означає державу, яка не є учасником договору;
i) «міжнародна організація» означає міжурядову організацію.
Стаття 3. Міжнародні угоди, які не входять у сферу застосування цієї Конвенції
Той факт, що ця Конвенція не застосовується до міжнародних угод, укладених між державами та іншими суб'єктами міжнародного права або між такими іншими суб'єктами міжнародного права, і до міжнародних угод не у письмовій формі, не зачіпає:
a) юридичної сили таких угод;
b) застосування до них будь-яких норм, викладених у цій Конвенції, під дію яких вони підпадали б на підставі міжнародного права, незалежно від цієї Конвенції;
c) застосування цієї Конвенції до відносин держав між собою в рамках міжнародних угод, учасниками яких є також інші суб'єкти міжнародного права.
(…)
Стаття 5. Договори, які встановлюють міжнародні організації, і договори, прийняті в рамках міжнародної організації
Ця Конвенція застосовується до будь-якого договору, який є установчим актом міжнародної організації, без шкоди для відповідних правил цієї організації.
(…)

Стаття 10. Встановлення автентичності тексту

Текст договору стає автентичним і остаточним:

a) у результаті застосування такої процедури, яку може бути передбачено в цьому тексті або погоджено між державами, що беруть участь у його складенні; або

b) при відсутності такої процедури – шляхом підписання, підписання ad referendum або парафування представниками цих держав тексту договору або заключного акта конференції, який містить цей текст.

(…)

Стаття 26. Pacta sunt servanda

Кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись.

Стаття 27. Внутрішнє право і додержання договорів

Учасник не може посилатись на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору (…)

Стаття 28. Договори не мають зворотної сили

Якщо інший намір не випливає з договору або не встановлений в інший спосіб, то положення договору не є обов'язковими для учасника договору щодо будь-якої дії чи факту, які мали місце до дати набрання договором чинності для визначеного учасника, або щодо будь-якої ситуації, яка перестала існувати до цієї дати.

Стаття 29. Територіальна сфера дії договорів

Якщо інший намір не випливає з договору або не встановлений в інший спосіб, то договір є обов'язковим для кожного учасника щодо всієї його території.

Стаття 30. Застосування послідовно укладених договорів, які стосуються одного і того ж питання

1. З додержанням статті 103 Статуту Організації Об'єднаних Націй права і обов'язки держав-учасниць послідовно укладених договорів, які стосуються одного і того ж питання, визначаються відповідно до нижченаведених пунктів.

2. Якщо в договорі встановлюється, що він обумовлений попереднім або наступним договором або що він не повинен вважатись несумісним з таким договором, то переважну силу мають положення цього другого договору.

3. Якщо всі учасники попереднього договору є також учасниками наступного договору, але дію попереднього договору не припинено або не зупинено відповідно до статті 59, попередній договір застосовується тільки тією мірою, якою положення є сумісними з положеннями наступного договору.

4. Якщо не всі учасники наступного договору є учасниками попереднього договору:

a) у відносинах між державами-учасницями обох договорів застосовується те ж правило, що й у пункті 3;

b) у відносинах між державою-учасницею обох договорів і державою-учасницею тільки одного договору, договір, учасниками якого є обидві держави, регулює їхні взаємні права і обов'язки.

(…)

Стаття 33. Тлумачення договорів, автентичність тексту яких було встановлено двома або кількома мовами

1. Коли автентичність тексту договору було встановлено двома або кількома мовами, його текст кожною мовою має однакову силу, якщо договором не передбачено або учасники не домовились, що в разі розходження між цими текстами переважну силу матиме якийсь один певний текст.

(…)

Стаття 42. Дійсність договорів і збереження договорами чинності

1. Дійсність договору або згода держави на обов'язковість для неї договору може оспорюватись тільки на основі застосування цієї Конвенції.

2. Припинення договору, його денонсація або вихід з нього учасника можуть мати місце тільки в результаті застосування положень самого договору або цієї Конвенції. Це ж правило засто-

совується до зупинення дії договору». [Віденська конвенція про право міжнародних договорів. (ООН, від 23.05.1969). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_118]

0.1.2. Віденська конвенція про правонаступництво держав щодо договорів
(ООН, від 23.08.1978)
(приєднання Постановою ВР № 2608-XII від 17.09.92)
«**Стаття 2. Використання термінів**
1. Для цілей цієї Конвенції:
a) «договір» означає міжнародну угоду, укладену між державами в письмовій формі і яка регулюється міжнародним правом незалежно від того, чи така угода міститься в одному документі, у двох або декількох пов'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування;
в) «правонаступництво держав» означає зміну однієї держави іншою у несенні відповідальності за міжнародні відносини якої-небудь території;
c) «держава-попередниця» означає державу, яка була змінена іншою державою у випадку правонаступництва держав;
d) «держава-спадкоємниця» означає державу, яка замінила іншу державу у випадку правонаступництва держав;
(…)
Стаття 34. Правонаступництво держав у випадках відокремлення частин держави
1. Коли частина або частини території держави відокремлюються й утворюють одну або декілька держав, незалежно від того, чи продовжує існувати держава-попередниця:
a) будь-який договір, що був чинним на момент правонаступництва держав щодо всієї території держави-попередниці, залишається чинним стосовно кожної утвореної в такий спосіб держави-спадкоємниці;
b) будь-який договір, що був чинним на момент правонаступництва держав лише щодо тієї частини території держави-попередниці, що стала державою-спадкоємницею, залишається чинним стосовно тільки до цієї держави-спадкоємниці.
2. Пункт 1 не застосовується, якщо:
a) відповідні держави домовилися про інше; або
b) з договору випливає або іншим чином встановлено, що застосування цього договору щодо цієї держави-спадкоємниці було б несумісним з об'єктом і цілями цього договору або докорінно змінило б умови його дії». [Віденська конвенція про правонаступництво держав щодо договорів. (ООН, від 23.08.1978). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show]

§2. Норми законодавства України
та судові рішення щодо обов'язковості для України міжнародних договорів

0.2.1. Про правонаступництво України
(Закон від 12.09.1991)
(http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1543-12)
«***Стаття 6.*** Україна підтверджує свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності України.
Стаття 7. Україна є правонаступником прав і обов'язків за міжнародними договорами Союзу РСР, які не суперечать Конституції України та інтересам республіки». [Про правонаступництво України. (Закон від 12.09.1991). (http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1543–12]

0.2.2. Про міжнародні договори України
(Закон № 1906-IV від 29.06.2004)
(http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1906-15)
*«**Стаття 2. Визначення термінів***
У цьому Законі терміни вживаються в такому значенні:
міжнародний договір України – укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо);

укладення міжнародного договору України – дії щодо підготовки тексту міжнародного договору, його прийняття, встановлення його автентичності, підписання міжнародного договору та надання згоди на його обов'язковість для України;

повноваження – документ, яким одній або декільком особам у встановленому цим Законом порядку доручено представляти Україну з метою підготовки тексту міжнародного договору, його прийняття, встановлення його автентичності, підписання міжнародного договору та, у випадках, передбачених міжнародним договором, надання згоди на його обов'язковість для України;

підписання – або стадія укладення міжнародного договору, або форма надання Україною згоди на обов'язковість для неї міжнародного договору у випадках, передбачених міжнародним договором чи іншою домовленістю сторін;

ратифікація, затвердження, прийняття, приєднання – залежно від конкретного випадку форма надання згоди України на обов'язковість для неї міжнародного договору;

заява – односторонній акт, яким сторони міжнародного договору висловлюють своє тлумачення або розуміння його положень і з якого для них не випливають міжнародно-правові наслідки;

застереження – одностороння письмова заява, зроблена при підписанні, ратифікації, затвердженні, прийнятті міжнародного договору або приєднанні до нього, якою висловлюється бажання виключити або змінити юридичну дію певних положень договору щодо їхнього застосування до України;

міжнародна організація – міжнародна міжурядова організація;

сторона – держава, інший суб'єкт міжнародного права, які погодились на обов'язковість для них договору і для яких договір є чинним;

депозитарій – держава, міжнародна організація або її головна виконавча посадова особа, якій здається на зберігання оригінал міжнародного договору і яка виконує стосовно цього договору функції, передбачені міжнародним правом;

припинення дії – втрата міжнародним договором своєї сили за умов, визначених самим міжнародним договором, або за вольовим рішенням сторін (денонсація, вихід з договору);

зупинення дії – перерва дії міжнародного договору протягом певного проміжку часу.

Стаття 3. Види міжнародних договорів України

1. Міжнародні договори України укладаються:

Президентом України або за його дорученням – від імені України;

Кабінетом Міністрів України або за його дорученням – від імені Уряду України;

міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади, державними органами – від імені міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних органів.

2. Від імені України укладаються міжнародні договори України:

а) політичні, мирні, територіальні і такі, що стосуються державних кордонів, розмежування виключної (морської) економічної зони і континентального шельфу України;

б) що стосуються прав, свобод та обов'язків людини і громадянина;

в) про участь України в міждержавних союзах та інших міждержавних об'єднаннях (організаціях), системах колективної безпеки;

г) про військову допомогу та направлення підрозділів Збройних Сил України до інших держав чи допуску підрозділів збройних сил іноземних держав на територію України, умови їх тимчасового перебування, включаючи терміни виведення, фінансово-економічні, екологічні та інші наслідки і компенсації;

ґ) про використання території та природних ресурсів України;

д) яким за згодою сторін надається міждержавний характер.

3. Від імені Уряду України укладаються міжнародні договори України з економічних, торговельних, науково-технічних, гуманітарних та інших питань, віднесених до відання Кабінету Міністрів України.

4. Міжвідомчими є міжнародні договори України з питань, що належать до повноважень міністерств, інших центральних органів виконавчої влади та державних колегіальних органів.

(…)

Стаття 8. Надання згоди України на обов'язковість для неї міжнародного договору

Згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору може надаватися шляхом підписання, ратифікації, затвердження, прийняття договору, приєднання до договору.

Згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору може надаватися й іншим шляхом, про який домовилися сторони.

Стаття 9. Ратифікація міжнародних договорів України

1. Ратифікація міжнародних договорів України здійснюється шляхом прийняття закону про ратифікацію, невід'ємною частиною якого є текст міжнародного договору.

На підставі підписаного та офіційно оприлюдненого Президентом України закону Голова Верховної Ради України підписує ратифікаційну грамоту, яка засвідчується підписом Міністра закордонних справ України, якщо договором передбачено обмін такими грамотами.

2. Ратифікації підлягають міжнародні договори України:

а) політичні (про дружбу, взаємну допомогу і співробітництво, нейтралітет), територіальні і такі, що стосуються державних кордонів, розмежування виключної (морської) економічної зони і континентального шельфу України, мирні;

б) що стосуються прав, свобод та обов'язків людини і громадянина;

в) загальноекономічні (про економічне та науково-технічне співробітництво), з загальних фінансових питань, з питань надання Україною позик і економічної допомоги іноземним державам та міжнародним організаціям, а також про одержання Україною від іноземних держав і міжнародних фінансових організацій позик, не передбачених Державним бюджетом України;

г) про участь України у міждержавних союзах та інших міждержавних об'єднаннях (організаціях), системах колективної безпеки;

ґ) про військову допомогу та направлення підрозділів Збройних Сил України до інших держав чи допуску підрозділів збройних сил іноземних держав на територію України, умови тимчасового перебування в Україні іноземних військових формувань;

д) що стосуються питань передачі історичних та культурних цінностей Українського народу, а також об'єктів права державної власності України;

е) виконання яких зумовлює зміну законів України або прийняття нових законів України;

є) інші міжнародні договори, ратифікація яких передбачена міжнародним договором або законом України.

(…)

Стаття 12. Затвердження міжнародних договорів України

1. Затвердженню підлягають міжнародні договори України, які не потребують ратифікації, якщо такі договори передбачають вимогу щодо їх затвердження або встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в актах Президента України або Кабінету Міністрів України.

2. Затвердження міжнародних договорів України здійснюється Президентом України у формі указу щодо:

а) міжнародних договорів, які укладаються від імені України;

б) міжнародних договорів, які укладаються від імені Уряду України, якщо такі договори встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в актах Президента України.

3. Затвердження міжнародних договорів України здійснюється Кабінетом Міністрів України у формі постанови щодо:

а) міжнародних договорів, які укладаються від імені Уряду України, крім договорів, зазначених у пункті «б» частини другої цієї статті;

б) міжвідомчих договорів, якщо такі договори встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в актах Кабінету Міністрів України.

(…)

Стаття 13. Приєднання України до міжнародних договорів або їх прийняття

1. Рішення про приєднання України до міжнародних договорів або про їх прийняття приймаються:

а) щодо договорів, які потребують ратифікації, – у формі закону України про приєднання до міжнародного договору або закону України про прийняття міжнародного договору, невід'ємною частиною яких є текст міжнародного договору;

б) щодо міжнародних договорів, які укладаються від імені України, які не потребують ратифікації, – у формі указу Президента України;

в) щодо міжнародних договорів, які укладаються від імені Уряду України, які не потребують ратифікації, – у формі постанови Кабінету Міністрів України.

(…)

Стаття 14. Набрання чинності міжнародними договорами України

Міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на обов'язковість міжнародного договору відповідно до цього Закону в порядку та в строки, передбачені договором, або в інший узгоджений сторонами спосіб.

Стаття 15. Дотримання міжнародних договорів України

1. Чинні міжнародні договори України підлягають сумлінному дотриманню Україною відповідно до норм міжнародного права.

2. Згідно з принципом сумлінного дотримання міжнародних договорів Україна виступає за те, щоб й інші сторони міжнародних договорів України неухильно виконували свої зобов'язання за цими договорами.

(…)

Стаття 19. Дія міжнародних договорів України на території України

1. Чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства.

2. Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору». [Про міжнародні договори України. (Закон від 29.06.2004). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1906–15]

0.2.3. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини

(Закон від 23.02.2006)

(http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3477-15)

«Стаття 1. Визначення термінів

1. У цьому Законі терміни вживаються в такому значенні:

Конвенція – Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України;

Суд – Європейський суд з прав людини;

Комісія – Європейська комісія з прав людини;

практика Суду – практика Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини;

Рішення – а) остаточне рішення Європейського суду з прав людини у справі проти України, яким визнано порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; б) остаточне рішення Європейського суду з прав людини щодо справедливої сатисфакції у справі проти України; в) рішення Європейського суду з прав людини щодо дружнього врегулювання у справі проти України; г) рішення Європейського суду з прав людини про схвалення умов односторонньої декларації у справі проти України;

(…)

Стаття 2. Виконання Рішення

1. Рішення є обов'язковим для виконання Україною відповідно до статті 46 Конвенції.

2. Порядок виконання Рішення визначається цим Законом, Законом України «Про виконавче провадження» (606–14), іншими нормативно-правовими актами з урахуванням особливостей, що передбачені цим Законом.

(…)

Стаття 10. Додаткові заходи індивідуального характеру

1. З метою забезпечення відновлення порушених прав Стягувача, крім виплати відшкодування, вживаються додаткові заходи індивідуального характеру.

2. Додатковими заходами індивідуального характеру є:

а) відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного стану, який Стягувач мав до порушення Конвенції (restitutio in integrum);

б) інші заходи, передбачені у Рішенні. (Пункт «б» частини другої статті 10 в редакції Закону N 3135-VI (3135–17) від 15.03.2011)

3. Відновлення попереднього юридичного стану Стягувача здійснюється, зокрема, шляхом:

а) повторного розгляду справи судом, включаючи відновлення провадження у справі;

б) повторного розгляду справи адміністративним органом.

(…)

Стаття 13. Заходи загального характеру

1. Заходи загального характеру вживаються з метою забезпечення додержання державою положень Конвенції, порушення яких встановлене Рішенням, забезпечення усунення недоліків системного характеру, які лежать в основі виявленого Судом порушення, а також усунення підстави для надходження до Суду заяв проти України, спричинених проблемою, що вже була предметом розгляду в Суді.

2. Заходами загального характеру є заходи, спрямовані на усунення зазначеної в Рішенні системної проблеми та її першопричини, зокрема:

а) внесення змін до чинного законодавства та практики його застосування;

б) внесення змін до адміністративної практики;

в) забезпечення юридичної експертизи законопроектів;

г) забезпечення професійної підготовки з питань вивчення Конвенції та практики Суду прокурорів, адвокатів, працівників правоохоронних органів, працівників імміграційних служб, інших категорій працівників, професійна діяльність яких пов'язана із правозастосуванням, а також з триманням людей в умовах позбавлення свободи;

д) інші заходи, які визначаються – за умови нагляду з боку Комітету міністрів Ради Європи – державою-відповідачем відповідно до Рішення з метою забезпечення усунення недоліків системного характеру, припинення спричинених цими недоліками порушень Конвенції та забезпечення максимального відшкодування наслідків цих порушень.

(…)

Стаття 16. Відповідальність за невиконання чи неналежне виконання Рішення

1. У разі невиконання або неналежного виконання Рішення винні службові особи, до повноважень яких належить це виконання, несуть адміністративну, цивільну або кримінальну відповідальність, передбачену законами України.

Стаття 17. Застосування судами Конвенції та практики Суду

1. Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права». [Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини. (Закон від 23.02.2006). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3477–15]

0.2.4. Заява Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод»

(Постанова ВР України № 462-VIII від 21.05.2015)

(http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/462-19)

«І Відступ від зобов'язань

1. У зв'язку з анексією та тимчасовою окупацією Російською Федерацією невід'ємної частини території України – Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, здійсненої внаслідок збройної агресії проти України, повну відповідальність за дотримання прав людини і виконання відповідних міжнародних договорів на анексованій та тимчасово окупованій території України несе Російська Федерація.

2. З огляду на збройну агресію Російської Федерації проти України за участю як регулярних Збройних Сил Російської Федерації, так і незаконних збройних формувань, керованих, контрольованих і фінансованих Російською Федерацією, на територіях окремих районів Донецької та Луганської областей України з квітня 2014 року підрозділи Служби безпеки України, Міністерства

внутрішніх справ України та Збройних Сил України здійснюють антитерористичну операцію, яка є складовою реалізації невід'ємного права України на індивідуальну самооборону України від агресії в розумінні статті 51 Статуту ООН. Російська Федерація як держава, яка фактично окупувала і контролює частину Донецької і Луганської областей, відповідає за дотримання і захист прав людини на цих територіях як за міжнародним гуманітарним правом, так і за міжнародним правом захисту прав людини.

3. Триваюча збройна агресія Російської Федерації проти України, яка супроводжується вчиненням воєнних злочинів і злочинів проти людяності як регулярними Збройними Силами Російської Федерації, так і незаконними збройними формуваннями, керованими, контрольованими і фінансованими Російською Федерацією, становить суспільну небезпеку, яка загрожує життю нації в розумінні пункту 1 статті 4 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, пункту 1 статті 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

4. З метою забезпечення життєво важливих інтересів суспільства і держави в умовах збройної агресії Російської Федерації Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України та інші органи державної влади вимушені приймати рішення, які становлять певний відступ від зобов'язань України за Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод.

5. 12 серпня 2014 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» щодо превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години». Відповідно до цього Закону в районі проведення довготривалої антитерористичної операції, як виняток, може здійснюватися превентивне затримання осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години, але не більше ніж на 30 діб, за згодою прокурора та без ухвали суду. Застосування норм цього Закону зумовлює необхідність певного відступу України від зобов'язань, визначених пунктом 3 статті 2, статтями 9 та 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та статтями 5, 6 та 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Водночас застосування таких норм виключно під час проведення антитерористичної операції у виняткових випадках з метою запобігання тяжким злочинам є тими межами, яких вимагає гострота небезпеки, спричинена збройною агресією Російської Федерації та діями терористичних угруповань, підтримуваних Російською Федерацією.

6. 12 серпня 2014 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції». Відповідно до цього Закону на час проведення антитерористичної операції вводиться особливий режим досудового розслідування, відповідно до якого повноваження слідчих суддів, визначені чинним Кримінальним процесуальним кодексом України, тимчасово передаються відповідним прокурорам, які набувають додаткових процесуальних прав. Особливий режим досудового розслідування діє виключно у районі проведення антитерористичної операції та за умови неможливості слідчого судді виконувати повноваження, визначені чинним Кримінальним процесуальним кодексом України. Застосування норм цього Закону зумовлює необхідність певного відступу від зобов'язань України за пунктом 3 статті 2, статтями 9, 14 та 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та статтями 5, 6, 8 та 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Водночас фактична відсутність функціонування судів в окремих районах Донецької та Луганської областей, спричинена збройною агресією Російської Федерації та діями терористичних угруповань, підтримуваних Російською Федерацією, є тією межею, яка дозволяє передавати повноваження слідчих суддів прокурорам в умовах загрози для існування нації.

7. 12 серпня 2014 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про здійснення правосуддя та кримінального провадження у зв'язку з проведенням антитерористичної операції». Відповідно до цього Закону на час проведення антитерористичної операції була змінена територіальна підсудність судових справ, підсудних судам, розташованим у районі проведення антитерористичної операції, та підслідність кримінальних правопорушень, вчинених у районі проведення антитерористичної операції, у разі неможливості здійснювати досудове розслідування. Засто-

сування норм цього Закону зумовлює необхідність певного відступу від зобов'язань України за статтею 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Водночас фактична відсутність функціонування судів та органів досудового розслідування в окремих районах Донецької та Луганської областей, спричинена збройною агресією Російської Федерації та діями терористичних угруповань, підтримуваних Російською Федерацією, є тією межею, яка дозволяє змінити територіальну підсудність судових справ та підслідність кримінальних правопорушень в умовах загрози для існування нації.

8. 3 лютого 2015 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про військово-цивільні адміністрації». Відповідно до цього Закону були утворені військово-цивільні адміністрації як тимчасові державні органи, які діють на території Донецької та Луганської областей у складі Антитерористичного центру при Службі безпеки України і призначені для забезпечення дії Конституції та законів України, забезпечення безпеки і нормалізації життєдіяльності населення, правопорядку, участі у протидії диверсійним проявам і терористичним актам, недопущення гуманітарної катастрофи в районі проведення антитерористичної операції. Зазначений Закон надає військово-цивільним адміністраціям повноваження, зокрема, встановлювати обмеження щодо перебування у певний період доби на вулицях та в інших громадських місцях без визначених документів; тимчасово обмежувати або забороняти рух транспортних засобів і пішоходів на вулицях, дорогах та ділянках місцевості; організовувати перевірку документів, що посвідчують особу, у фізичних осіб, а в разі потреби – огляд речей, транспортних засобів, багажу та вантажів, службових приміщень і житла громадян, крім обмежень, встановлених Конституцією України. Застосування норм цього Закону зумовлює необхідність певного відступу від зобов'язань України за статтями 9, 12 та 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, статтями 5 та 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та статтею 2 Протоколу № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Водночас проведення антитерористичної операції з метою відвернення загрози знищення нації збройною агресією Російської Федерації є тією межею, яка дозволяє тимчасово обмежувати свободу пересування і право на повагу до приватного життя.

9. Відтак, Україна користується своїм правом на відступ від зобов'язань, визначених пунктом 3 статті 2, статтями 9, 12, 14 та 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та статтями 5, 6, 8 та 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, в окремих районах Донецької та Луганської областей України, визначених Антитерористичним центром при Службі безпеки України у зв'язку з проведенням антитерористичної операції, на період до повного припинення збройної агресії Російської Федерації, відновлення конституційного ладу та порядку на окупованій території України та повідомлення Генеральному секретарю Організації Об'єднаних Націй та Генеральному секретарю Ради Європи про продовження застосування у повному обсязі Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

10. Водночас без створення будь-яких перешкод щодо дії інших норм Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та з огляду на подальше існування небезпечної ситуації надалі під час проведення антитерористичної операції і відсічі збройній агресії Російської Федерації, Україна залишає за собою право вживати заходів, які можуть бути підставою для відступу від зобов'язань за іншими статтями Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод на підставі та в порядку, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод та цією Постановою, про що здійснюватиметься інформування Генерального секретаря Організації Об'єднаних Націй та Генерального секретаря Ради Європи.

II

Інформування про стан безпекової ситуації у Донецькій та Луганській областях та про зміни території, на яку поширюється відступ від зобов'язань

Україна інформує Генерального секретаря Організації Об'єднаних Націй та Генерального секретаря Ради Європи про стан безпекової ситуації в Донецькій та Луганській областях та про

зміну території, на яку поширюється відступ України від зобов'язань за Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод». [Заява Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод» (Постанова ВР України №462-VIII від 21.05.2015). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/462–19]

0.2.5. Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя

(постанова Пленуму ВСС від 19.12.2014)
(http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0013740–14)

«Частиною першою статті 9 Конституції України встановлено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Крім того, якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, передбачено інші правила, ніж ті, що визначено у відповідному акті законодавства України, то згідно із частиною другою статті 19 Закону України від 29 червня 2004 року № 1906-IV «Про міжнародні договори України» (далі – Закон № 1906-IV), статті 3 Закону України від 23 червня 2005 року № 2709-IV «Про міжнародне приватне право» застосовуються правила міжнародного договору.

Під час розгляду конкретної судової справи вирішення (подолання) колізії між нормою міжнародного договору України і нормою іншого законодавчого акта України належить до компетенції суду.

Міжнародні договори України, які набрали чинності, не лише сприяють розвитку міждержавного співробітництва у різних сферах суспільного життя та належному забезпеченню національних інтересів, здійсненню цілей, завдань і принципів зовнішньої політики України, закріплених у Конституції України, а й можуть завдяки своєму пріоритету над нормами відповідних законодавчих актів України змінювати регулювання правових відносин, установлених законодавством України.

З метою забезпечення правильного й однакового застосування судами міжнародних договорів під час здійснення правосуддя пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

ПОСТАНОВЛЯЄ дати судам такі роз'яснення:

1. Під міжнародним договором України слід розуміти міжнародну угоду з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, укладену в письмовій формі й регульовану міжнародним правом, незалежно від того, викладена така угода в одному або декількох пов'язаних між собою документах чи від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо) (стаття 2 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року (далі – Віденська конвенція), стаття 2 Закону № 1906-IV).

2. Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України у формі ратифікації, та договори, які не потребують ратифікації й затверджені у формі указу Президента України або постанови Кабінету Міністрів України, є частиною національного законодавства України (частина перша статті 9 Конституції України, частина перша статті 3, стаття 12, стаття 19 Закону № 1906-IV). У зв'язку із цим суди при застосуванні міжнародних договорів України під час здійснення правосуддя мають враховувати, що частиною національного законодавства слід розглядати не тільки ратифіковані Верховною Радою України міжнародні договори України, а й ті міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано в інших формах, погоджених сторонами, наприклад, шляхом «підписання», «прийняття», «затвердження» і «приєднання», за допомогою яких держава виражає в міжнародному плані свою згоду на обов'язковість для неї договору (підпункт b пункту 1 статті 2 Віденської конвенції, стаття 8 Закону № 1906-IV).

Під час розгляду справ, вирішуючи (долаючи) колізію між нормою міжнародного договору, який набрав чинності для України не шляхом надання згоди Верховною Радою України на його обов'язковість у формі ратифікації, і нормою іншого акта законодавства України, слід враховува-

ти юридичну силу акта законодавства, яким було надано згоду на обов'язковість міжнародного договору України (наприклад, постанова Кабінету Міністрів України від 05 грудня 2007 року №1389 «Про затвердження Договору між Кабінетом Міністрів України та Урядом Латвійської Республіки про співробітництво в боротьбі з тероризмом, незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, прекурсорів та організованою злочинністю»). Норми такого міжнародного договору застосовуються в порядку, передбаченому для відповідного акта законодавства України, з урахуванням співвідношення законодавчого акта і підзаконного нормативно-правового акта.

Частиною правової системи України є також міжнародні договори, укладені Українською РСР до проголошення незалежності України, згідно з якими Україна як держава – правонаступниця Української РСР продовжує здійснювати міжнародні права і обов'язки (стаття 6 Закону України від 12 вересня 1991 року №1543-XII «Про правонаступництво України»).

Україна також є правонаступницею прав і обов'язків за міжнародними договорами Союзу РСР, які не суперечать Конституції України та інтересам республіки (стаття 7 Закону України «Про правонаступництво України»).

Міністерство закордонних справ України на письмовий запит суду може надати роз'яснення про те, чи мало місце правонаступництво України щодо кожного конкретного міжнародного договору СРСР.

3. Порядок укладення, виконання та припинення міжнародних договорів України регулюється Законом №1906-IV, Положенням про порядок укладення, виконання та денонсації міжнародних договорів України міжвідомчого характеру, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 17 червня 1994 року №422) (далі – Положення про порядок укладення, виконання та денонсації міжнародних договорів України міжвідомчого характеру).

При застосуванні багатостороннього міжнародного договору судам слід враховувати, що в деяких випадках положення такого договору не будуть чинними у відносинах між двома його сторонами. Наприклад, відповідно до статті 29 Гаазької конвенції про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах 1970 року її положення замінюють положення статей 8–16 Гаазької конвенції з питань цивільного процесу 1954 року; згідно з положеннями статті 38 Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 1980 року для держави, яка приєднується до Конвенції, ця Конвенція набирає чинності лише у відносинах з тими її Сторонами, що висловили згоду на таке приєднання і застосування Конвенції, у зв'язку з чим наведена Конвенція застосовується у відносинах України з 65 державами з 92 Сторін Конвенції.

Так, 30 червня 2011 року Данія висловила заперечення проти приєднання України до Конвенції про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей 1996 року, до якої Україна приєдналася відповідно до Закону України від 14 вересня 2006 року №136-V «Про приєднання України до Конвенції про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей» і яка набрала чинності для України з 01 лютого 2008 року. У зв'язку із цим згідно з пунктом 3 статті 58 цієї Конвенції вона не набрала чинності у відносинах між Україною та Данією.

Звернути увагу судів на те, що у разі внесення змін до багатостороннього міжнародного договору, яке здійснюється у формі протоколів чи в іншій формі, не обов'язково ці зміни є чинними для всіх сторін основного договору. Наприклад, Європейська конвенція про видачу правопорушників 1957 року є чинною для 50 держав, окремі з них також є сторонами трьох додаткових протоколів до цієї Конвенції, а деякі приєдналися лише до одного або кількох протоколів. Отже, при вирішенні питань щодо екстрадиції суду слід перевіряти, в якій мірі у відносинах України з відповідною іноземною державою застосовується Конвенція та протоколи, що її змінюють.

Застосовуючи міжнародні договори України під час здійснення правосуддя, суди повинні враховувати, що чинні міжнародні договори України підлягають сумлінному дотриманню Україною відповідно до норм міжнародного права (частина перша статті 15 Закону №1906-IV).

У разі наявності обґрунтованих сумнівів, пов'язаних із чинністю міжнародного договору для України або складом його держав-учасниць, для з'ясування спірних питань суди у формі письмо-

вого запиту повинні звертатися до Міністерства закордонних справ України, яке здійснює реєстрацію міжнародних договорів України та загальний нагляд за їх виконанням, зберігає їх оригінали або завірені належним чином копії.

4. Статтею 26 Віденської конвенції встановлено, що кожний чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись.

Міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на їх обов'язковість відповідно до Закону № 1906-IV у порядку та в строки, передбачені договором, або в інший погоджений сторонами спосіб. Наприклад, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (РИМ, 4.XI.1950) була ратифікована Законом України від 17 липня 1997 року №475/97-ВР, а набрала чинності для України з 11 вересня 1997 року – у день, коли ратифікаційну грамоту було передано на зберігання Генеральному секретареві Ради Європи відповідно до статті 59 цієї Конвенції. Механізм виконання відповідних внутрішньодержавних процедур в Україні щодо набрання договором чинності визначається Законом № 1906-IV та Положенням про порядок укладення, виконання та денонсації міжнародних договорів України міжвідомчого характеру.

Враховуючи положення статті 9 Конституції України, статті 26 Віденської конвенції, статей 15, 19 Закону № 1906-IV, міжнародно-правовий принцип сумлінного виконання міжнародних зобов'язань, при здійсненні правосуддя суди повинні враховувати, що існує пріоритет міжнародного договору України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, над національним законом та іншими актами законодавства, крім Конституції України. Тобто якщо таким міжнародним договором встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені законодавством України, то застосовуються правила міжнародного договору України.

5. При підписанні, ратифікації, прийнятті, затвердженні міжнародного договору або приєднанні до нього можуть бути зроблені заяви та сформульовані застереження до його положень відповідно до норм міжнародного права, за винятком випадків, коли застереження забороняються самим договором або не наведені в числі можливих застережень, або коли вони несумісні з об'єктом і цілями договору (стаття 19 Віденської конвенції, стаття 10 Закону № 1906-IV). Значення заяви та застереження роз'яснено статтею 2 Закону № 1906-IV. Заяви та застереження, як правило, не допускаються в двосторонніх міжнародних договорах.

Застереження виключає або змінює юридичну дію певних положень договору для держави, яка зробила застереження, або для іншого учасника договору в його відносинах із цією державою, тому повинне враховуватися судами при розгляді справи. Наприклад, відповідно до законів України від 19 жовтня 2000 року № 2052-III «Про приєднання до Конвенції про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах» та від 19 жовтня 2000 року № 2051-III «Про приєднання України до Конвенції про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах» набрали чинності для України із заявами та застереженнями Конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах 1965 року та Конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах 1970 року.

Згідно із зазначеними заявами та застереженнями Центральним органом України визначено Міністерство юстиції України, яке є компетентним органом складати підтвердження про вручення документів і забезпечує передачу таких документів у цивільних або комерційних справах центральному органу юстиції іншої держави.

Ціль (мета) міжнародного договору, як правило, формулюється у тексті самого міжнародного договору. Наприклад, відповідно до статті 2 Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму від 16 травня 2005 року метою цієї Конвенції є збільшення зусиль Сторін у запобіганні тероризму і його негативним наслідкам стосовно повного здійснення прав людини, зокрема права на життя, як заходами, вжитими на національному рівні, так і шляхом міжнародного співробітництва, з приділенням належної уваги чинним багатостороннім або двостороннім договорам чи угодам між Сторонами.

Суди повинні враховувати також і застереження, зроблені до відповідного міжнародного договору, учасницею якого є Україна, іншою державою, що є стороною цього договору. Наприклад, Україна в Законі України «Про приєднання України до Конвенції про юрисдикцію, право, що

застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей» висловила застереження відповідно до статей 55, 60 цієї Конвенції щодо збереження юрисдикції своїх компетентних органів вживати заходів, спрямованих на захист нерухомого майна дитини, що розташоване на її території, та залишення за собою права не визнавати будь-яку батьківську відповідальність, а також заходи, якщо вони є несумісними із заходом, вжитим її компетентними органами стосовно нерухомого майна дитини, розташованого на її території.

Судам також слід мати на увазі правила прийняття застережень і заперечень проти них, що встановлені у статті 20 Віденської конвенції.

У разі надання Верховною Радою України згоди на обов'язковість міжнародного договору у формі ратифікації відповідні заяви та застереження України формулюються в законі про ратифікацію, яким Верховна Рада України надає згоду на обов'язковість такого договору для України. Згода України на обов'язковість міжнародного договору може надаватися також шляхом його затвердження (стаття 8 Закону №1906-IV), що стосується виняткового договорів, які не потребують ратифікації, та здійснюється у формі указу Президента України або постанови Кабінету Міністрів України, або актів центральних органів виконавчої влади чи державних органів України стосовно міжвідомчих договорів (стаття 12 Закону №1906-IV, пункт 6 Положення про порядок укладення, виконання та денонсації міжнародних договорів України міжвідомчого характеру). Разом із тим при застосуванні міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, суду слід враховувати, що зроблені від імені України заяви та застереження у майбутньому можуть бути змінені або повністю чи частково зняті відповідним нормативним актом Верховної Ради України.

6. Чинні міжнародні договори України публікуються українською мовою (частина перша статті 21 Закону №1906-IV). У разі відсутності автентичного перекладу багатостороннього міжнародного договору українською мовою офіційний переклад тексту українською мовою здійснює Міністерство закордонних справ України.

При розгляді справ суди повинні користуватися офіційно опублікованим текстом міжнародного договору України українською мовою за умови його наявності. Наприклад, Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах, яка ратифікована із застереженням Законом України від 10 листопада 1994 року №240/94-ВР «Про ратифікацію Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах», була вчинена лише російською мовою та офіційно опублікована в Україні також лише російською мовою. За відсутності автентичного тексту договору українською мовою або офіційного перекладу міжнародного договору українською мовою необхідно використовувати автентичний текст договору іншою офіційною мовою, якою він був укладений.

За наявності розбіжностей між однаково автентичними текстами міжнародного договору застосовуються тлумачення, передбачені статтею 33 Віденської конвенції.

7. Відповідно до положень частини першої статті 21, статті 22 Закону №1906-IV, пункту 4 Указу Президента України від 27 червня 1996 року №468/96 «Про Єдиний державний реєстр нормативних актів» чинні міжнародні договори України публікуються у «Зібранні чинних міжнародних договорів України» й інших офіційних друкованих виданнях України, реєструються у Міністерстві закордонних справ України та у Міністерстві юстиції України і включаються до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів.

При здійсненні правосуддя судам слід враховувати те, що згідно зі статтею 14 Закону №1906-IV набрання міжнародним договором чинності для України безпосередньо не пов'язане з моментом його офіційного оприлюднення або реєстрації. Проте відповідно до частини другої статті 57 Конституції України міжнародні договори України, які визначають права і обов'язки громадян, можуть застосовуватися судами лише у тому випадку, якщо вони були офіційно оприлюднені, тобто доведені до відома населення у порядку, встановленому законом.

Судам слід мати на увазі те, що міжнародні договори, укладені Українською РСР до проголошення незалежності України, і міжнародні договори Союзу РСР, які є обов'язковими для України внаслідок підтвердження нею своїх зобов'язань за ними (статті 6, 7 Закону України «Про право-

наступництво України»), опубліковані в офіційних виданнях Ради Міністрів (Кабінету Міністрів) Союзу РСР та Української РСР. Міністерство закордонних справ України надає роз'яснення про те, чи мало місце правонаступництво України щодо кожного конкретного міжнародного договору колишнього СРСР.

8. Чинні міжнародні договори України застосовуються судами при здійсненні правосуддя, зокрема: – при розгляді та вирішенні цивільних справ, якщо міжнародним договором України встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені законодавством України, яке регулює відносини, що є предметом судового розгляду;

– при розгляді та вирішенні цивільних справ, якщо міжнародним договором України встановлено інші правила судочинства, ніж ті, що передбачені цивільним процесуальним законом України;

– при вирішенні цивільних справ, якщо міжнародним договором України регулюються відносини, у тому числі з іноземними державами чи іноземцями, що стали предметом судового розгляду (наприклад, при розгляді клопотань про виконання рішень іноземних судів в Україні);

– під час досудового розслідування і судового розгляду у кримінальних провадженнях, якщо міжнародним договором України встановлено інші правила судочинства, ніж ті, що передбачені кримінальним процесуальним законом України. Так, згідно зі статтею 4 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) при виконанні на території України окремих процесуальних дій за запитом (дорученням) компетентних органів іноземних держав у рамках міжнародного співробітництва застосовуються положення КПК. На прохання компетентного органу іноземної держави під час виконання на території України таких процесуальних дій може застосовуватися процесуальне законодавство іноземної держави, якщо це передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, а за відсутності такого міжнародного договору України – за умови, що це прохання не суперечить законодавству України;

– у ході міжнародного співробітництва під час кримінального провадження (наприклад, при розгляді скарг на рішення про видачу осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (екстрадиція), або передачу засуджених осіб і їх прийняття для відбування покарання). Судам слід мати на увазі, що при розгляді та вирішенні питань міжнародного співробітництва під час кримінального провадження необхідно застосовувати норми КПК про міжнародне співробітництво під час кримінального провадження. Так, відповідно до статті 543 КПК порядок направлення запиту до іншої держави, порядок розгляду уповноваженим (центральним) органом України запиту іншої держави або міжнародної судової установи про таку допомогу і порядок виконання такого запиту визначаються КПК і чинним міжнародним договором України. Застосування судами при розгляді та вирішенні питань міжнародного співробітництва під час кримінального провадження лише норм КПК допускається в разі відсутності відповідного міжнародного договору України. Наприклад, згідно з частиною першою статті 548 КПК запит (доручення, клопотання) про міжнародне співробітництво складається органом, який здійснює кримінальне провадження, або уповноваженим ним органом згідно з вимогами КПК та відповідного міжнародного договору України, а за його відсутності – згідно з КПК;

– при вирішенні справ про адміністративні правопорушення, якщо міжнародним договором України встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені законодавством України про адміністративні правопорушення;

– якщо є відсильна норма національного законодавства до відповідних джерел міжнародного права;

– якщо міжнародно-правова норма визначає іншу процесуальну форму судового провадження, ніж та, що встановлена Цивільним процесуальним кодексом України (ЦПК) (наприклад, при вирішенні цивільної справи міжнародним договором України передбачені інші правила судового провадження).

У разі застосування судом відповідного міжнародного договору України при вирішенні справи у мотивувальній частині судового рішення в обов'язковому порядку має зазначатися норма цього міжнародного договору (назва, стаття, її частина, абзац, пункт, підпункт міжнародного договору, на підставі яких вирішено справу, а також процесуального закону, яким керувався суд).

Слід визнати правильною практику тих судів, які за наявності аналогічних норм національного законодавства, що регулюють спірні правовідносини, при вирішенні справ по суті застосовують не норми міжнародного договору України, а національне законодавство (наприклад, при розгляді справ про захист авторського права і (або) суміжних прав; при розгляді спорів про захист гідності, честі та ділової репутації за участю засобів масової інформації). При цьому не є зайвим посилання на наявність аналогічних норм міжнародного права.

9. При здійсненні правосуддя суди мають враховувати, що відповідно до статті 9 Конституції України, статей 309, 341 ЦПК неправильне застосування судом норм права, у тому числі міжнародного права, які у встановленому законом порядку визнані частиною національного законодавства, може бути підставою для скасування чи зміни судового рішення.

При здійсненні правосуддя у кримінальному провадженні суди мають враховувати, що відповідно до статті 9 Конституції України, статей 9, 409, 413, 438 КПК неправильне застосування судом норм права, у тому числі міжнародного права, які у встановленому законом порядку визнані частиною національного законодавства, може бути підставою для скасування чи зміни судового рішення з підстави істотного порушення норм КПК.

Неправильне застосування норми міжнародного права може мати місце у випадках, коли судом не було застосовано норми міжнародного права, яка підлягала застосуванню, або, навпаки, суд застосував норму міжнародного права, яка не підлягала застосуванню, або коли судом було надано неправильне тлумачення норми міжнародного права.

10. Окремі правила застосування міжнародних договорів сформульовані у Віденській конвенції.

За загальним правилом міжнародний договір не має зворотної дії у часі стосовно держав, які є його учасниками (стаття 28 Віденської конвенції), за винятком випадків, коли намір надати договору зворотної сили випливає з самого договору або домовленостей його сторін.

Правила застосування послідовно укладених договорів, які стосуються одного і того самого питання, визначені статтею 30 Віденської конвенції. Зокрема, якщо в договорі встановлюється, що він обумовлений попереднім чи наступним договором або що він не повинен вважатись несумісним із таким договором, то переважну силу мають положення цього другого договору; якщо всі учасники попереднього договору є також учасниками наступного договору, але дію попереднього договору не припинено або не зупинено відповідно до статті 59 Віденської конвенції, попередній договір застосовується тільки тією мірою, якою його положення є сумісними з положеннями наступного договору.

11. Застосовуючи міжнародні договори України під час здійснення правосуддя, суди повинні враховувати, що при тлумаченні міжнародного договору застосовуються правила статей 31, 32, 33 Віденської конвенції. Договір повинен тлумачитись добросовісно відповідно до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їхньому контексті, а також з урахуванням об'єкта і цілей договору. При цьому звичайне значення цілей договору насамперед має визначатися на основі тексту саме цього договору та його контексту, під яким розуміється тип висновків, які можуть враховувати, наприклад, структуру, зміст або термінологію інших положень договору, зокрема таких, що передують правилу тлумачення або містяться після нього. Поряд із контекстом міжнародного договору враховуються: будь-яка наступна угода між учасниками щодо тлумачення договору або застосування його положень; наступна практика застосування договору, яка встановлює угоду учасників щодо його тлумачення; будь-які відповідні норми міжнародного права, які застосовуються у відносинах між учасниками.

Здійснюючи правосуддя та застосовуючи міжнародні договори України, суди мають враховувати, що окремі міжнародні договори містять положення, згідно з якими спори щодо тлумачення або застосування відповідного договору вирішуються шляхом переговорів, арбітражними судами, юрисдикційними органами міжнародних організацій, наприклад СОТ, або спеціально створеними органами. Одним з органів, юрисдикція якого поширюється на питання тлумачення міжнародних договорів, є Міжнародний суд Організації Об'єднаних Націй (статті 35, 36 Статуту Міжнародного Суду від 26 червня 1945 року).

Положеннями деяких договорів у рамках Ради Європи передбачається можливість врегулювання питань їх застосування чи тлумачення в органах Ради Європи. Зокрема, Європейський

комітет із правового співробітництва Ради Європи може вирішувати за домовленістю держав спори щодо тлумачення чи застосування Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією 1999 року (стаття 21); Європейський комітет із проблем злочинності Ради Європи уповноважений розглядати за домовленістю держав спори щодо тлумачення чи застосування Конвенції про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом 1990 року (стаття 42), а також сприяти дружньому врегулюванню будь-яких труднощів, які можуть виникнути у зв'язку із застосуванням Конвенції про передачу засуджених осіб 1983 року (стаття 23), Європейської конвенції про міжнародну дійсність кримінальних вироків 1970 року (стаття 65), Європейської конвенції про боротьбу з тероризмом 1977 року (стаття 9), Європейської конвенції про передачу провадження у кримінальних справах 1972 року (стаття 44).

У разі виникнення труднощів із застосуванням міжнародних договорів України суди при здійсненні правосуддя можуть використовувати акти та рішення міжнародних організацій, спеціалізованих органів, які мають повноваження щодо тлумачення відповідних міжнародних договорів або врегулювання спорів щодо тлумачення. Наприклад, нормативний зміст поняття «затримання», коли обмежується право індивіда на свободу, розкривається у Зводі принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню або ув'язненню у будь-якій формі, затвердженому Резолюцією 43/173 Генеральної Асамблеї ООН від 09 грудня 1988 року, у Правилах Організації Об'єднаних Націй, що стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі, прийнятих Резолюцією 45/113 Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1990 року, у Правилах застосування тримання під вартою, умов, у яких воно відбувається, і запровадження гарантій від зловживань, наданих Рекомендацією REC (2006) 13 Комітету Міністрів Ради Європи від 27 вересня 2006 року.

12. Відповідно до статті 32 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, зі змінами, внесеними Протоколом № 11 (далі – Конвенція), питання тлумачення й застосування цієї Конвенції та протоколів до неї підпадають під юрисдикцію Європейського суду з прав людини. Обов'язковість цієї юрисдикції визнана Україною під час ратифікації Конвенції, що закріплено в Законі України від 17 липня 1997 року № 475/97-ВР «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції». Крім того, Законом України від 22 лютого 2000 року № 1484-III «Про ратифікацію Протоколу № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари» було ратифіковано відповідний Протокол № 6 до Конвенції, який набрав чинності для України 01 травня 2000 року; Законом України від 09 лютого 2006 року № 3435-IV «Про ратифікацію Протоколів № 12 та № 14 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» було ратифіковано згадані протоколи. При цьому Протокол № 14 змінює контрольну систему Конвенції і вносить до неї відповідні зміни і зазначені протоколи набрали чинності для України 01 липня 2006 року та 01 червня 2010 року відповідно.

Також згідно зі статтею 17 Закону України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди повинні застосовувати при розгляді справ Конвенцію та практику Європейського суду з прав людини як джерело права.

Враховуючи, що Україна визнає юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції, застосування судами цієї Конвенції має здійснюватися з обов'язковим урахуванням практики Європейського суду з прав людини не тільки щодо України, а й щодо інших держав.

При здійсненні кримінального провадження судам слід враховувати, що принцип верховенства права у кримінальному провадженні та кримінальне процесуальне законодавство України застосовуються з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (частина друга статті 8, частина п'ята статті 9 КПК). Недотримання вимог Конвенції за умови наявності рішення Європейського суду з прав людини, яке набуло статусу остаточного, може бути підставою для перегляду судового рішення Верховним Судом України в порядку, визначеному главою 33 розділу V КПК.

Тлумачення термінів і положень Конвенції та протоколів до неї містяться в рішеннях Європейського суду з прав людини. Їх використання судом при тлумаченні й застосуванні Конвенції

та протоколів до неї під час розгляду конкретної справи є необхідним як наступна практика застосування міжнародного договору (підпункт «b» пункту 3 статті 31 Віденської конвенції).

13. При здійсненні правосуддя суди повинні звертати увагу на те, що у своїх рішеннях Європейський суд з прав людини через тлумачення положень Конвенції та протоколів до неї, враховуючи, що Прикінцевими положеннями цієї Конвенції передбачено, що вона вчинена англійською і французькою мовами, виходячи з обставин конкретної справи, вирішував питання розбіжностей між однаково автентичними текстами цього договору англійською і французькою мовами як на користь французького тексту (рішення у справах «Пакеллі проти Німеччини» від 25 квітня 1983 року (пункт 31), «Вемгофф проти Німеччини» від 27 червня 1968 року (пункт 7), так і на користь англійського (рішення у справі «Рінгейзен проти Австрії» від 16 липня 1971 року (пункти 88, 92)). Крім того, Європейський суд з прав людини також надавав автономне значення термінам, що використовуються в тексті Конвенції та протоколів до неї, з огляду на відмінність термінів, що використовуються в законодавстві різних держав – сторін Конвенції для позначення однакових правових явищ.

При цьому Європейський суд з прав людини визначив такими, що мають автономне значення, не залежне від того, яке надається в правових системах держав – учасниць Конвенції, такі поняття: «цивільні права і обов'язки», «кримінальне обвинувачення» (пункт 1 статті 6 Конвенції), «обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення» (пункти 2 і 3 статті 6 Конвенції), «майно» (стаття 1 Першого протоколу до Конвенції), «законне ув'язнення», «затримання або арешт» (пункт 1 статті 5 Конвенції), «житло» (пункт 1 статті 8 Конвенції), «приватне і сімейне життя» (пункт 1 статті 8 Конвенції), «розумний строк судового розгляду» (пункт 1 статті 6 Конвенції). Наприклад, вирішуючи питання про те, як можна тлумачити поняття «кримінальне обвинувачення», Європейський суд з прав людини виходить із таких критеріїв: 1) класифікація провадження згідно з національним законодавством; 2) природа злочину; 3) природа та рівень суворості покарання, яке загрожує особі (рішення у справах «Енгель та інші проти Нідерландів» від 08 червня 1976 року, «Ізе та Коннорс проти Великобританії» від 09 жовтня 2003 року). Виходячи з таких критеріїв, певні справи, зокрема про адміністративні правопорушення, де особі загрожує покарання у виді позбавлення свободи чи великий штраф, розглядатимуться Європейським судом з прав людини як кримінальні та вимагатимуть застосування гарантій справедливості судового розгляду, викладених у статті 6 Конвенції.

14. Суди при здійсненні правосуддя можуть застосовувати норми міжнародних договорів безпосередньо як частину законодавства України, якщо вжиття відповідних заходів належить до компетенції суду або якщо вони сформульовані в міжнародному договорі як норми прямої дії.

Наприклад, у пункті 1 статті 14 Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 року передбачено, що без згоди запитуваної держави видана особа не може в запитуючій державі переслідуватися, засуджуватися або затримуватися з метою виконання вироку чи постанови про утримання під вартою ні за яке правопорушення, вчинене до її видачі, крім правопорушення, за яке вона була видана, і її особиста свобода ні з яких інших причин не може обмежуватися, за винятком передбачених цим пунктом випадків. Якщо під час розгляду кримінальної справи щодо особи суд встановить, що вона видавалася з держави – сторони Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 року за інший злочин, ніж той, що є предметом розгляду в суді, і є відмова органів держави, з якої вона була видана, щодо притягнення її до кримінальної відповідальності за цей злочин, суд повинен закрити кримінальну справу із застосуванням пункту 1 статті 14 цієї Конвенції про видачу правопорушників.

Як норми прямої дії підлягають застосуванню судом, зокрема, норми міжнародних договорів України, які закріплюють права людини та основоположні свободи.

15. При застосуванні міжнародних договорів України про видачу (екстрадицію) особи суди, виходячи із заборони більше одного разу притягувати особу до кримінальної відповідальності за один і той самий злочин (стаття 2 Кримінального кодексу України (далі – КК), стаття 99 КПК), мають під час судового розгляду щодо виданої в Україну особи з'ясовувати, чи відповідає діяння, у вчиненні якого обвинувачується особа, за фактичними обставинами і юридичною кваліфікацією тому злочину, у зв'язку з яким було видано цю особу.

16. Норми міжнародних договорів, які визначають ознаки складу кримінально караного діяння, не можуть застосовуватись судами України безпосередньо, оскільки такими договорами прямо встановлюється обов'язок держави забезпечити виконання передбачених договором обов'язків шляхом встановлення покарання за певні злочини внутрішнім (національним) законом (наприклад, Єдина конвенція про наркотичні засоби 1961 року, Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників 1979 року, Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден 1970 року, Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) 1999 року).

При здійсненні правосуддя суди повинні враховувати, що відповідно до частини першої статті 3 КК законодавство України про кримінальну відповідальність становить КК, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права. При цьому підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК (частина перша статті 2 КК); злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом (частина третя статті 3 КК).

У зв'язку із цим міжнародно-правові норми, що передбачають ознаки складу злочину, мають застосовуватись судами України лише у тих випадках, коли норми КК прямо встановлюють необхідність застосування міжнародного договору України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України (наприклад, статті 438–440 КК).

17. Керуючись принципом суверенної рівності держав, закріпленим у пункті 1 статті 2 Статуту Організації Об'єднаних Націй, держави є рівними між собою і жодна з них без її згоди не підсудна судам іншої. Посольства як органи зовнішніх зносин держав мають такі самі імунітети, що й сама держава, яку вони представляють.

Згідно з Віденською конвенцією про дипломатичні зносини 1961 року, стороною якої є Україна, до іноземної держави, її дипломатичних представників і консульських установ застосовується судовий імунітет.

Разом із тим відповідно до статті 31 цієї ж Конвенції дипломатичний агент користується імунітетом від кримінальної, цивільної та адміністративної відповідальності у країні перебування, крім деяких майнових позовів, які стосуються приватного нерухомого майна, деяких позовів, що стосуються спадкування, позовів, що стосуються будь-якої професійної або комерційної (але за межами своїх офіційних функцій) діяльності дипломатичних агентів в Україні, тощо. У цій же статті передбачено, що дипломатичний агент не зобов'язаний (але має право) давати свідчення як свідок, а також те, що імунітет дипломатичного агента від юрисдикції держави перебування не звільняє його від юрисдикції акредитуючої держави.

Судам слід враховувати, що згідно зі статтею 43 Віденської конвенції про консульські зносини 1963 року консульські посадові особи та консульські службовці не підлягають юрисдикції судових або адміністративних органів держави перебування щодо дій, вчинених ними при виконанні консульських функцій, крім деяких цивільних позовів (що випливають з договору чи в разі завдання шкоди). Відповідно до Положення про дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав в Україні, затвердженого Указом Президента України від 10 червня 1993 року №198/93, Україна гарантує додержання положень згаданих конвенцій.

18. Відповідно до частини четвертої статті 6 КК питання про кримінальну відповідальність дипломатичних представників іноземних держав та інших громадян, які за законами України і міжнародними договорами України, ратифікованими Верховною Радою України, не є підсудні у кримінальних справах судам України, у разі вчинення ними злочину на території України вирішується дипломатичним шляхом. Порядок вирішення зазначених питань встановлено, зокрема, Конвенцією про привілеї та імунітети Об'єднаних Націй 1946 року, Конвенцією про привілеї та імунітети спеціалізованих установ ООН 1947 року, Віденською конвенцією про дипломатичні зносини 1961 року, Віденською конвенцією про консульські зносини 1963 року, Генеральною угодою про привілеї та імунітети Ради Європи 1949 року, Конвенцією про привілеї та імунітети Дунайської Комісії 1963 року тощо.

Здійснюючи правосуддя, судам необхідно враховувати, що відповідні міжнародні договори України визначають коло осіб, які мають імунітет (особисті дипломатичні імунітети, особисті

консульські імунітети, імунітети персоналу спеціальних місій, імунітети персоналу представництв міжнародних організацій тощо). Перелік таких імунітетів, передбачених міжнародними договорами України, як правило, містить імунітети від кримінальної та адміністративної відповідальності, а також частковий імунітет від цивільної відповідальності.

При цьому члени адміністративно-технічного персоналу дипломатичного представництва та члени їх родин, що живуть разом з ними, відповідно до пункту 2 статті 37 Віденської конвенції про дипломатичні зносини 1961 року не звільняються від цивільної та адміністративної юрисдикції країни перебування щодо дій, які були ними здійснені не під час виконання службових обов'язків.

19. Відповідно до норм міжнародного права акредитуюча держава може відмовитися від імунітету дипломатичних агентів щодо цивільної або адміністративної юрисдикції, і така відмова має бути чітко висловлена (стаття 32 Віденської конвенції про дипломатичні зносини 1961 року).

У зв'язку із цим суди повинні мати на увазі, що пред'явлення позову до іноземної держави, залучення іноземної держави до участі у справі як відповідача або третьої особи, накладення арешту на майно, яке належить іноземній державі та знаходиться на території України, застосування щодо такого майна інших засобів забезпечення позову і звернення стягнення на таке майно згідно з частиною першою статті 79 Закону України «Про міжнародне приватне право» можуть бути допущені лише за згодою компетентних органів відповідної держави, якщо інше не передбачено міжнародним договором України або законом України (діє принцип абсолютного чи функціонального (обмеженого) судового імунітету).

У тих випадках, коли в порушення норм міжнародного права Україні, її майну або представникам в іноземній державі не забезпечується такий самий судовий імунітет, який забезпечується іноземним державам, їх майну та представникам в Україні, Кабінетом Міністрів України може бути вжито до цієї держави, її майна відповідних заходів, дозволених міжнародним правом, якщо тільки заходів дипломатичного характеру не достатньо для врегулювання наслідків зазначеного порушення норм міжнародного права (частина четверта статті 79 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Наприклад, у зв'язку з ухваленням судами Арабської Республіки Єгипет рішень щодо встановлення відповідальності України як держави за комерційну діяльність її окремих суб'єктів господарювання, що порушує судовий імунітет України, загальновизнані принципи і норми міжнародного права, з метою захисту прав та інтересів України 08 листопада 2000 року Кабінет Міністрів України прийняв постанову № 1663 «Про застосування зворотних заходів щодо Арабської Республіки Єгипет та її майна в Україні», якою встановив, що судова недоторканність щодо Арабської Республіки Єгипет та її майна в Україні, за винятком її дипломатичних і консульських установ та їх майна, не забезпечується.

20. Судам слід мати на увазі, що відповідно до частини першої статті 15 Закону України «Про міжнародні договори України» Україна, виступаючи за сумлінне виконання міжнародних договірних зобов'язань, тим самим підтверджує проголошене в статті 18 Конституції України прагнення неухильно дотримуватися загальновизнаних принципів і норм міжнародного права.

Під загальновизнаними принципами міжнародного права згідно зі Статутом ООН, Декларацією про принципи міжнародного права, що стосується дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй 1970 року, судам слід розуміти основні імперативні норми міжнародного права, які приймаються і визнаються міжнародною спільнотою держав у цілому і відхилення від яких є неприпустимим. При цьому згідно зі статтею 64 Віденської конвенції, якщо виникає нова імперативна норма загального міжнародного права, то будь-який існуючий міжнародний договір, який суперечить цій нормі, стає недійсним і припиняється.

До загальновизнаних принципів міжнародного права належать, зокрема, принцип поваги до основних прав людини та основних свобод і принцип сумлінного дотримання і добросовісного виконання міжнародних зобов'язань.

Під загальновизнаною нормою міжнародного права судам слід розуміти правило поведінки, що приймається і визнається міжнародною спільнотою держав у цілому як юридично обов'язкове». [Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя. (постанова Пленуму ВСС від 19.12.2014). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-14]

§3. Рішення ЄСПЛ
які мають загальне значення для застосування статей Кримінального кодексу України

0.3.1. Справа «Карпюк та інші проти України»
«195. (…) Суд чітко усвідомлює субсидіарний характер свого завдання і має бути обережним, перебираючи на себе роль суду першої інстанції щодо вирішення питань факту, коли це неминуче не вимагається з огляду на обставини конкретної справи. У разі, коли провадження на національному рівні вже відбулося, до завдань Суду не входить заміна оцінки фактів, здійсненої національними судами, на власну оцінку, і за загальним правилом саме цим судам належить оцінювати надані їм докази. Хоча Суд не зв'язаний висновками національних судів, за нормальних обставин для того, аби змусити Суд відійти від висновків, яких дійшли зазначені суди потрібні переконливі підстави». [Карпюк та інші проти України (30582/04 і 32152/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b10]

0.3.2. Справа «Шмушкович проти України»
«44. (…) Суд повторює, що згідно з його практикою провадження щодо незначних правопорушень, що призводять до покарання у вигляді позбавлення волі, підпадають під кримінальний аспект статті 6 Конвенції незалежно від того, чи причетній особі дійсно було призначено покарання у вигляді позбавлення волі, чи ні. У цій справі заявника визнали винним у вчиненні правопорушення, максимальне покарання за яке – позбавлення волі строком на п'ятнадцять діб. Відповідно стаття 6 Конвенції застосовується до провадження щодо заявника». [Шмушкович проти України (3276/10). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_990]

0.3.3. Справа «Асанідзе проти Грузії»
«149. Таким чином, Суд наголошує, що за Конвенцією виші органи Грузинської держави є відповідальними за поведінку своїх підлеглих. Тому предметом обговорення в Суді є виключно відповідальність саме Грузинської держави, а не відповідальність будь-якого внутрішнього органу влади. Роль Суду полягає не в тому, щоб мати справу з численними національними органами влади чи судами або розглядати спори між інституціями чи з приводу внутрішньої політики». [Асанідзе проти Грузії (71503/01). ECHR 2004-IV. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–112968]

0.3.4. Справа «97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia»
«121. Аргументи Уряду про те, що в даний час «з процесуальних підстав» вже неможливо провести розслідування за фактами даних подій і що, крім усього іншого, з часу революції в листопаді 2003 року Свідки Єгови живуть в мирній обстановці, не можуть змінити цей висновок. Щодо останнього аргументу Європейський суд хотів би нагадати, що відповідальність передбачається для держави Грузії тільки як для самостійного суб'єкта, що не припинив свого існування, а не як для конкретного уряду або політичного органу влади. Для Європейського суду не можуть мати значення розбіжності, що виникли на рівні національних інститутів влади або політичних структур». [97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia» (71156/01). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–80395] (Неофіційний авторський переклад)

0.3.5. Справа «Бенедік проти Словенії»
«122. Суд зазначає, що вираз «згідно із законом» у значенні статті 8 §2 вимагає, по-перше, щоб оскаржений захід мав певну основу в національному законодавстві. По-друге, національне законодавство повинне бути доступним для відповідної особи. По-третє, особа, яка постраждала, повинна мати можливість передбачити наслідки національного законодавства для нього, і, по-четверте, національне законодавство повинне бути сумісним з верховенством права.

123. Суд також повторює, що національні органи влади, зокрема суди, повинні тлумачити та застосувати національне законодавство. Проте суд зобов'язаний перевірити, чи спосіб, у який тлумачиться і застосовується національне законодавство, створює наслідки, які узгоджуються з принципами Конвенції, які тлумачаться у світлі прецедентного права Суду.» [Бенедік проти Словенії (62357/14). ECHR 2018-IV. https://www.echr.com.ua/translation/sprava-benedik-proti-sloveniipovnij-tekst-rishennya] (Неофіційний переклад «ECHR: Ukrainian Aspect»).

0.3.6. Справа «Cebotari v. Moldova»

«51. У справі «Oferta Plus» Суд дійшов таких висновків щодо звинувачень, висунутих проти генерального директора компанії: «141. … звинувачення проти С. Т., засноване на передумові, що його компанія не заплатила за електроенергію, поставлену державним установам, видається несумісним з вищевказаними висновками цивільних судів».

52. За таких обставин Суд не може погодитися з твердженням, що матеріали кримінальної справи щодо заявника можуть переконати об'єктивного спостерігача, що заявник міг вчинити злочин, що інкримінувався йому. Як було встановлено в справі «Oferta Plus», ніякі об'єктивні міркування не можуть привести до такого переконання, з урахуванням явних висновків, що містяться в остаточних рішеннях цивільних судів. Отже, Суд вважає, що тримання заявника під вартою в період з 9 серпня по 19 листопада 2006 року не було засноване на розумній підозрі у вчиненні ним злочину». (Неофіційний авторський переклад). [Cebotari v. Moldova (35615/06). ECHR 2007-XI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–83247]

0.3.7. Справа «Delfi AS проти Естонії»

«110. Суд передусім зазначає, що можливості, які Інтернет надає користувачам для самовираження через створюваний ними контент, служать унікальною платформою для реалізації ними права на свободу самовираження. Цей факт є незаперечним і Суд визнав його у своїх попередніх рішеннях. Однак поряд з цими перевагами існують також і певні ризики. Дифамаційні та інші висловлювання явно протиправного характеру, включаючи ворожі висловлювання і такі, що підбурюють до насильства, можуть, як ніколи раніше, поширюватися у світовому масштабі за лічені секунди, а інколи залишаються стійко присутніми в мережі Інтернет. Ці дві суперечливі реалії є центральним аспектом цієї справи. З огляду на необхідність захисту цінностей, які лежать в основі Конвенції, та однакової поваги до прав, гарантованих статтею 10 і 8 Конвенції, слід забезпечувати баланс, який зберігає суть обох прав. Отже, хоча Суд визнає можливість отримання завдяки Інтернету важливих переваг для реалізації права на свободу вираження поглядів, він бере до уваги й те, що притягнення до відповідальності за дифамаційні та іншого роду протиправні висловлювання має, у принципі, й далі залишатися ефективним засобом юридичного захисту в разі порушення особистих прав.

(…)

115. Тому Суд вважає, що ця справа стосується «обов'язків і відповідальності», які покладаються на інформаційні інтернет-портали відповідно до пункту 2 статті 10 Конвенції, коли вони надають у комерційних цілях платформу для користувацьких коментарів щодо раніше опублікованого контенту, а деякі користувачі при цьому – чи то ідентифіковані, чи анонімні – дозволяють собі висловлювання явно протиправного змісту, які порушують особисті права інших осіб і містять мову ворожнечі та заклики до вчинення стосовно них насильства. Суд наголошує, що ця справа стосується великого, професійно керованого, інформаційного інтернет-порталу, який на комерційній основі публікує свої власні інформаційні статті та запрошує читачів додавати до них свої коментарі.

116. Отже, справа не стосується інших форумів у мережі Інтернет, на яких може відбуватися поширення коментарів третіх осіб – тобто, наприклад, дискусійних інтернет-форумів чи електронних дошок оголошень, на яких користувачі можуть вільно висловлювати свої ідеї щодо будь-яких тем за відсутності будь-якої вхідної інформації, що вводиться адміністратором форуму для спрямування дискусії у певне русло, або, наприклад, соціальних медіа-платформ, де постачальник платформи не пропонує якогось контенту і де контент-провайдером може бути приватна особа, яка займається веб-сайтом чи блогом як хобі.

117. Суд також зазначає, що інформаційний інтернет-портал компанії-заявника є одним із найбільших інтернет-видань у країні; він має широку читацьку аудиторію, і загальновідомою була стурбованість громадськості стосовно провокаційного характеру коментарів, які надходили до порталу. До того ж, як зазначено вище, згідно з висновком Верховного суду оскаржувані коментарі у цій справі здебільшого містили мову ворожнечі та прямі заклики до насильницьких дій. Таким чином, встановлення факту їхньої протиправності не вимагає лінгвістичного чи юридич-

ного аналізу, оскільки ці коментарі за своїми формальними ознаками були явно протиправними. Саме виходячи з цих міркувань Суд далі розглядатиме скаргу компанії-заявника.

(…)

136. Суд також визнав, що висловлювання, які несумісні з цінностями, проголошуваними й гарантованими Конвенцією, не підпадають під гарантії статті 10 з огляду на статтю 17 Конвенції. Прикладами таких висловлювань, що вже були предметом розгляду Суду, є висловлювання, які заперечують Голокост або виправдовують пронацистську політику, твердження про причетність усіх мусульман до серйозних терористичних актів або про те, що євреї є джерелом зла в Росії.

(…)

147. Що стосується питання про те, чи може відповідальність фактичних авторів коментарів бути розумною альтернативою відповідальності інформаційного інтернет-порталу в такій справі як ця, то Суд бере до уваги той факт, що користувачі Інтернету не зацікавлені в тому, щоб розкривати свою особу. Анонімність вже давно використовується для уникнення репресій або небажаної уваги. Тому вона може служити важливим чинником, що сприяє вільному поширенню ідей та інформації, у тому числі, зокрема, в Інтернеті. Водночас Суд не випускає з уваги й те, з якою легкістю, масштабністю і швидкістю відбувається поширення інформації в Інтернеті, а також живучість у мережі Інтернет будь-якої інформації, яка одного разу була там розміщена, у зв'язку з чим наслідки протиправних висловлювань в Інтернеті можуть бути значно більш негативними ніж у випадку, коли йдеться про такі висловлювання в традиційних медіа. З цього приводу Суд також посилається на нещодавнє рішення Суду Європейського Союзу у справі Google Spain та Google, в якій Суд ЄС, хоча й в іншому контексті, розглядав проблему, пов'язану з тим, що доступність в Інтернеті певної інформації протягом тривалого часу призвела до серйозного втручання у право особи на приватне життя, і визнав, що основоположні права людини, як правило, переважують комерційні інтереси оператора пошукової системи та інтереси інших користувачів Інтернету.

148. Суд зауважує, що рівень анонімності в Інтернеті може бути різним. Користувачі Інтернету можуть бути анонімними для більшої частини публіки, але водночас можуть бути ідентифіковані постачальником послуг завдяки їхнім обліковим записам або контактним даним, які можуть бути або неперевіреними, або підлягати певній перевірці – йдеться про різні процедури, починаючи з обмеженої перевірки (наприклад, за допомогою активації облікового запису через адресу електронної пошти або через аккаунт у соціальній мережі) до підтвердження автентичності особи, чи то за допомогою національних електронних ідентифікаційних карток, чи то даних автентифікації користувача в системі інтернет-банкінгу. Постачальник послуг може також надати своїм користувачам широкі можливості користування правом анонімності, взагалі не зобов'язуючи їх ідентифікувати себе, і в такому випадку ідентифікація таких осіб можлива лише обмеженою мірою за допомогою інформації, що зберігається постачальниками послуг доступу до мережі Інтернет. Розкриття такої інформації можливе, як правило, лише за наявності відповідного розпорядження слідчого або судового органу і за певних обмежувальних умов. Тим не менш, у деяких випадках її розкриття може потребуватися з метою ідентифікації правопорушників і притягнення їх до відповідальності.

(…)

157. З цього приводу Суд зауважує, що в деяких випадках адміністратори порталу не видаляли неприпустимі коментарі за власною ініціативою і що, судячи з усього, через деякий час після подій у цій справі компанія-заявник створила спеціальну групу модераторів. Беручи до уваги наявність у кожного широких можливостей для того, щоб його голос був почутий в Інтернеті, Суд вважає, що зобов'язання великих інформаційних порталів вживати ефективних заходів для обмеження поширення в мережі мови ворожнечі та висловлювань, які підбурюють до насильства – що є предметом розгляду в цій справі – жодним чином не можна прирівнювати до «приватної цензури». Визнаючи «важливу роль» Інтернету «у розширенні доступу громадян до новин та сприянні поширенню інформації взагалі», Суд водночас нагадує, що він ураховує й ризик завдання шкоди контентом і комунікаціями в Інтернеті.

158. До того ж, залежно від обставин, може виявитися неможливою ідентифікація конкретної жертви мови ворожнечі – це, наприклад, може мати місце в деяких випадках, коли мова ворожне-

чі спрямована проти групи осіб або коли висловлювання містять прямі заклики до вчинення насильства у спосіб, пропонований у деяких із коментарів, про які йдеться в цій справі. У випадках, коли є конкретна фізична особа, що потерпіла від стверджуваного порушення її прав, може виявитися, що вона позбавлена можливості повідомити постачальника інтернет-послуг про таке порушення. Суд надає ваги тому факту, що можливості потенційної жертви мови ворожнечі здійснювати постійний моніторинг Інтернету є значно обмеженішими у порівнянні з можливостями великого комерційного інформаційного інтернет-порталу запобігати розміщенню таких коментарів або швидко видаляти їх із сайту.

159. (…) Суд визнає, як вже зазначено вище, що в таких справах, як ця – коли йдеться про коментарі сторонніх користувачів, які містять мову ворожнечі та прямі погрози заподіяти шкоду тілесній недоторканості фізичних осіб, як це розуміється у практиці Суду – Договірні держави можуть, виходячи з прав та інтересів інших осіб і суспільства в цілому, покладати відповідальність на інформаційні інтернет-портали без порушення при цьому статті 10 Конвенції, якщо ті не вживають заходів з негайного видалення коментарів явно протиправного змісту навіть за відсутності повідомлення про них з боку стверджуваного потерпілого чи третіх осіб». [Delfi AS проти Естонії (64569/09). ECHR 2015-VI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–163044]

0.3.8. Справа «Lavents c. Lettonie»

«135. Суд нагадує, що фраза «передбачено законом» за змістом пункту 2 статті 8 Конвенції означає, по-перше, що оспорювана міра повинна мати основу в національному законодавстві. У цьому відношенні Суд завжди розумів термін «закон» у його матеріальному та неформальному значенні; до нього також включені тексти більш низького рангу, ніж закони, прийняті компетентними органами на підставі делегованих законодавчих повноважень». [Lavents c. Lettonie (58442/00). ECHR 2002-XI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–65362] (Неофіційний авторський переклад).

0.3.9. Справа «Pasko v. Russia»

«73. Далі, Європейський Суд нагадує, що відповідно до його усталеної прецедентної практики термін «закон» повинен розумітися в «змістовому», а не в «формальному» сенсі. Отже, він включає в себе все, що становить писане право, в тому числі й акти, що мають меншу юридичну силу, ніж закони, а також рішення судів, в яких дається їх тлумачення. [Pasko v. Russia (69519/01), ECHR 2009-X. http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001–95318] (Неофіційний авторський переклад).

0.3.10. Справа «Вєренцов проти України»

«66. (…) За відсутності чіткого та передбачуваного законодавства, що визначає правила проведення мирних демонстрацій, покарання заявника за порушення неіснуючого порядку було несумісним зі статтею 7 Конвенції. За цих обставин немає потреби окремо розглядати, чи можна вважати накази працівників міліції законними та передбачуваними з точки зору того самого положення. Відповідно було порушення статті 7 Конвенції». [Вєренцов проти України (20372/11). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_945]

§4. Науково-практичний коментар щодо загальних питань застосовності норм міжнародного права та рішень ЄСПЛ

0.4.1. Не потребують ратифікації декларації, принципи, кодекси, стандарти, що прийняті резолюцією Генеральної Асамблеї ООН, а також документи Ради Європи, які не передбачають надання згоди на їх обов'язковість державами-членами.

До повноважень Верховної Ради України належить надання законом згоди на обов'язковість міжнародних договорів України та денонсація міжнародних договорів України (п. 32 ст. 85 Конституції України). Згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору може надаватися шляхом підписання, ратифікації, затвердження, прийняття договору, приєднання до договору, а також іншим шляхом, про який домовилися сторони (ст. 8 Закону «Про міжнародні договори України»). Зокрема, ратифікації підлягають міжнародні договори України, що стосуються прав, свобод та обов'язків людини і громадянина, а також виконання яких зумовлює зміну законів України або прийняття нових законів України.

Такі документи, як, наприклад, Загальна декларація прав людини, Основні принципи незалежності судових органів, Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями, визначення агресії, сформульовані у Резолюції XXIX сесії Генеральної Асамблеї ООН від 14.12.1974 р., не є міжнародним договором у розумінні Закону України «Про міжнародні договори України» і тому не потребують надання згоди на їх обов'язковість Верховною Радою України. Разом з тим вони визнаються універсальним і ефективним механізмом у відповідній галузі, а недотримання їх приписів виключає державу з кола демократичних країн. Багато в чому це справедливо і стосовно документів ПАРЄ.

У деяких випадках міжнародного договір вважається таким, згоду на обов'язковість якого надано Верховною Радою України, в силу того, що на цей договір посилається інший, який ратифікований в установленому порядку. Наприклад, Міжнародний кодекс поведінки державних посадових осіб слід вважати таким, згоду на обов'язковість якого надано Верховною Радою України, оскільки на нього посилається Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції, яка, у свою чергу, ратифікована Законом від 18.10.2006 р. *(див.: 368.1.2 та 368.1.9)*.

Конвенції та інші міжнародні договори супроводжуються інколи пояснювальними записками (пояснювальними доповідями), які роз'яснюють зміст певних норм, історію прийняття конвенції. Тлумачення окремих положень міжнародного права містяться в рішеннях комітетів, комісій тощо, що створені у зв'язку з прийняттям міжнародного договору. Наприклад, Комітет ООН з прав людини готує зауваження загального порядку, в яких дає тлумачення окремих статей Міжнародного пакту про громадянські і політичні права. Такі документи також не підлягають ратифікації, але мають неабияке значення для правозастосовної практики. Зокрема, на них для аргументації правової позиції посилається у своїх рішеннях ЄСПЛ.

0.4.2. Україна є правонаступницею прав і обов'язків за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР, а також за міжнародними договорами Союзу РСР, які не суперечать Конституції України та інтересам республіки. На цій підставі міжнародні договори Російської імперії, які були чинними для СРСР, також слід вважати дійсними і для України, – якщо вони не суперечать її інтересам та Конституції України.

Деякі міжнародні договори укладені задовго до проголошення незалежності України. Більшість із них укладені СРСР, деякі – УРСР, а деякі укладені, коли не існував СРСР, до складу якого входила УРСР. Наприклад, IV Гаазька конвенція про закони і звичаї сухопутної війни підписана і ратифікована Російською імперією у 1907 р. СРСР як правонаступник Росії визнав для себе цю Конвенцію лише у 1955 р. нотою Міністерства закордонних справ СРСР уряду Нідерландів як депозитарію Гаазьких конвенцій 1899 і 1907 рр. Якщо стосовно таких міжнародних договорів відсутній нормативний акт України, прийнятий після оголошення нею незалежності у 1991 р., слід керуватися таким.

По-перше, Законом від 12 вересня 1991 р. Україна підтвердила свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності України *(див.: 0.2.1)*

По-друге, відповідно до ст. 34 Віденської конвенції про правонаступництво держав щодо договорів *(див.: 0.1.1),* коли частина або частини території держави відокремлюються й утворюють одну або декілька держав, незалежно від того, чи продовжує існувати держава-попередниця, будь-який договір, що був чинним на момент правонаступництва держав щодо всієї території держави-попередниці, залишається чинним стосовно кожної утвореної в такий спосіб держави-спадкоємниці.

За змістом наведених норм діє презумпція обов'язковості для України міжнародних документів, які були чинні (обов'язкові) для СРСР і УРСР. Ця презумпція вимагає для скасування обов'язковості для України такого міжнародного договору прийняття акта його денонсації Україною (виходу з договору). За відсутності такого акта міжнародний договір (наприклад, вказана вище IV Гаазька конвенція про закони і звичаї сухопутної війни) має для України обов'язковий характер. Обсяг зазначеної обов'язковості може бути уточнений, якщо Україна ратифікує чи приєднається до міжнародного договору, що був чинним для СРСР і УРСР, зазначивши у відповідному акті певні заяви та(або) застереження. Заяви та(або) застереження оголошуються в порядку, який може бути передбачений

безпосередньо в самому міжнародному договорі, або (якщо договір імперативно не забороняє ратифікацію чи приєднання до нього із застереженнями) відповідно до положень Віденської конвенції про право міжнародних договорів. Нижче в матеріалах до статей КК України наводяться лише такі заяви та застереження України до міжнародних договорів (за їх наявності), які мають значення для застосування відповідних кримінально-правових норм.

0.4.3. Коментар щодо змісту окремих ознак складу злочину (наприклад, предмета чи суб'єкта) не означає, що в кожному конкретному випадку в діянні особи наявні всі інші ознаки відповідного складу злочину (наслідки, вина тощо). Також авторський висновок про необхідність кваліфікації вчиненого за певною статтею Особливої частини КК України завжди передбачає, що така кваліфікація можлива лише за наявності усіх інших (разом з тими, що проаналізовані в цьому конкретному пункті коментаря) ознак відповідного складу злочину.

0.4.4. Деякі з доктринальних висновків (коментарів) стосовно ознак злочинів можуть бути виведені шляхом тлумачення безпосередньо статей КК України та норм іншого внутрішнього законодавства, а також практики українських судів, однак залучення норм міжнародного права та практики Європейського суду з прав людини в усякому разі значно підсилює відповідну аргументацію.

0.4.5. В окремих випадках як коментар наводиться лише стисле формулювання того, як Європейський суд оцінює певні правові обставини, – з тим, щоб запобігти оскарженню рішення українського суду, винесеного у справі, що характеризується схожими обставинами. В таких випадках відповідний пункт коментаря починається словами «Правова позиція ЄСПЛ».

0.4.6. Певні положення Конвенції (статті 2–5, 8–12, 14) передбачають не тільки негативний обов'язок держав (обов'язок утримуватися від порушень чи непропорційних обмежень прав і свобод людини), але й їх позитивний обов'язок – вживати належних заходів для забезпечення можливості повної реалізації прав і свобод людини, а також належним чином реагувати на їх порушення. Сам факт недотримання позитивного обов'язку, зокрема відмова розпочати кримінальне провадження або невиправдане його затягування, достатній для визнання Європейським судом наявності порушення відповідних положень Конвенції. Будь-який недолік розслідування, який перешкоджатиме його здатності встановити причину смерті або осіб, що несуть за неї відповідальність, може призвести до констатації недотримання вимог Конвенції, оскільки «держави мають позитивний обов'язок (...) установити кримінальну відповідальність за правопорушення проти особи, у тому числі замах на такі правопорушення, а також посилити стримуючий ефект такої криміналізації, застосовуючи положення кримінального закону на практиці шляхом ефективного розслідування та кримінального переслідування».

(Див., напр.: 115.2.3; 367.2.1; 271.2.1; 361.3.1 – п. 46)

І навпаки, в багатьох випадках своєчасне притягнення до кримінальної відповідальності за національним законодавством ЄСПЛ визнає достатнім для захисту прав заявника, а відтак відмовляє заявнику в задоволенні його скарги (*див., напр.: 178.3.1 – п. 110*).

Принагідно зауважимо, що питання дотримання державою своїх позитивних зобов'язань актуалізується як у практиці ЄСПЛ, так і в рішеннях Конституційного Суду України. Так КСУ вважає, що держава, виконуючи свій головний обов'язок – утвердження і забезпечення прав і свобод людини (частина друга ст. 3 Конституції України) – повинна не тільки утримуватися від порушень чи непропорційних обмежень прав і свобод людини, але й вживати належних заходів для забезпечення можливості їх повної реалізації кожним, хто перебуває під її юрисдикцією. Із цією метою законодавець та інші органи публічної влади мають забезпечувати ефективне правове регулювання, яке відповідає конституційним нормам і принципам, та створювати механізми, необхідні для задоволення потреб та інтересів людини. При цьому посилена увага має бути зосереджена на особливо вразливих категоріях осіб, до яких належать, зокрема, особи з психічними розладами (п. 3 мотивувальної частини рішення від 1 червня 2016 р. №2-рп/2016). ЄСПЛ, застосовуючи ст. 5 Конвенції, виходить із того, що ця стаття встановлює позитивний обов'язок держави щодо захисту свободи осіб, які перебувають під її юрис-

дикцією, інакше існувала б значна прогалина в захисті від свавільного затримання, що було б несумісним з важливістю особистої свободи у демократичному суспільстві, тому держава повинна вживати заходів, що забезпечують ефективний захист вразливих осіб.

0.4.7. У випадках, коли момент закінчення злочину визначається моментом закінчення певного строку, що визначається нормами цивільного податкового, адміністративного, військового чи іншого законодавства, і виникають сумніви щодо точного змісту зазначених норм, для їх тлумачення доцільно взяти до уваги норми міжнародного права.

Ряд статей КК України встановлює кримінальну відповідальність за вчинення (за невчинення) передбачених цими статями дій в певні строки. При цьому для визначення меж таких строків зазначені статті відсилають до іншого законодавства. Наприклад, за ст. 158^2 КК України кваліфікується незаконне знищення виборчої документації або документів референдуму «поза встановленим законом строком зберігання». Для уточнення вказаних строків зберігання необхідно звертатися до положень виборчого законодавства.

В інших статтях КК України, де наявність складу злочину пов'язана з порушенням певного строку, він визначається безпосередньо в диспозиції статті КК України, але таким чином, що це вимагає тлумачення. Наприклад, за ст. 175 КК України кваліфікується безпідставна невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої установленої законом виплати громадянам «більш як за один місяць». Цей строк можна тлумачити як календарний місяць (невиплата за січень чи за липень тощо) або місяць як тридцять днів після останньої виплати заробітної плати. За частиною 1 ст. 407 КК України кваліфікується самовільне залишення військової частини або місця служби тривалістю «понад три доби, але не більше місяця». Виникає необхідність уточнення: «три доби» календарні чи як 72 години з моменту залишення військової частини.

Деякі статті КК не містять прямого посилання на певний строк але зміст кожної з таких статей не залишає сумніву в тому, що відповідний злочин вважається закінченим після закінчення (сплиття) певного строку. Наприклад, за ст. 366^1 КК України кваліфікується умисне неподання суб'єктом декларування зазначеної у статті декларації. Зрозуміло, що моментом закінчення цього злочину є момент закінчення строку, встановленого для подання декларації. Але залишається під питанням яким є цей строк: останній день місяця, північ останньої доби строку, нуль годин і хвилин наступної доби тощо. Ознакою складу ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) є фактичне «ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів» (ст. 212 КК України), що має не тільки кількісний (розмір коштів), а й часовий вимір: момент ненадходження коштів, коли злочин вважається закінченим.

У деяких випадках зазначені питання можуть бути зняті і строки уточнені після звернення до положень іншого (не кримінального) законодавства. Так, Цивільний кодекс України містить спеціальну гл. 18 «Визначення та обчислення строків» Однак не виключаються ситуації, коли і після залучення норм іншого законодавства поняття строку, вказаного в тій чи іншій статті КК України залишається до кінця не з'ясованим. Саме в таких випадках, для тлумачення доцільно застосувати норми міжнародного права, а саме Європейську конвенцію про обчислення строків (ETS N 76) від 16.05.1972 р. [Європейська конвенція про обчислення строків (Рада Європи, від 16.05.1972 р.) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_677] І хоча ця конвенція не ратифікована Україною, для тлумачення її положення можуть бути застосовані (взяті до уваги). Характерно, що Державна фіскальна служба України у своєму листі від 07.07.2015 № 24525/7/99-99-22-01-02-17 для роз'яснення визначення строків подання платником податків інформації на запит ДФС послалася на положення зазначеної Конвенції.

0.4.8. За певних обставин, коли кримінальне обвинувачення суперечить судовим рішенням у цивільних чи господарських справах, суд, який розглядає кримінальне провадження, має взяти до уваги висновки щодо обставин справи, які містяться в рішеннях цивільних чи господарських судів.

(Див.: 0.3.6)

0.4.9. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК України, в яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незакон-

ність» («порушення встановленого законом порядку»), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.3.8; 0.3.9; 0.4.13 – підп. 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції (*див., зокрема: 163.2.6 та 371.2.1*).

0.4.10. Правова позиція ЄСПЛ: вимоги щодо доступності та передбачуваності закону, за порушення якого особа притягується до відповідальності, поширюється як безпосередньо на кримінально-правові норми, так і на норми, до яких відсилають бланкетні диспозиції відповідних статей Кримінального кодексу.

(Див.: 0.3.10)

0.4.11. Правова позиція ЄСПЛ: провайдери (власники компаній) інформаційних інтернет-порталів, які надають у комерційних цілях платформу для користувацьких коментарів щодо раніше опублікованого контенту, несуть за певних умов відповідальність за поширення користувачами – чи то ідентифікованими, чи анонімними – інформації явно протиправного змісту, які порушують особисті права інших осіб і містять мову ворожнечі та заклики до вчинення насильства. Це не стосується провайдерів (власників компаній) соціальних мереж, дискусійних інтернет-форумів, електронних дошок оголошень тощо.

(Див.: 0.3.7)

Наведена вище правова позиціє ЄСПЛ сформульована у справі щодо розміщення в Інтернет матеріалів дифамаційного характеру та пов'язана з цивільною відповідальністю. Однак, на наш погляд, цю позицію Європейського суду слід брати до уваги і під час розгляду кримінальних справ, – коли анонімні особи, користуючись потуранням провайдера тривалий час поширюють інформацію, зміст якої свідчить про наявність ознак конкретних складів злочинів. Маються на увазі статті 109, 110, 258[2], 295, 299, 436, 439 КК України. Як мінімум в таких випадках мова може йти про відповідальність власників компанії чи адміністратора за службову недбалість (ст. 367 КК України).

0.4.12. Відповідальність за міжнародним правом (окрім міжнародного кримінального права) передбачається для держави як самостійного суб'єкта, що не припинив свого існування, а не як конкретного уряду або політичного органу влади. Це означає, що внутрішня політична обстановка в державі, що характеризується суперечливими позиціями різних гілок влади на розглядуване ЄСПЛ питання, а також зміна влади (конституційним шляхом чи в результаті революції, заколоту тощо), не впливають на прийнятність справи для розгляду ЄСПЛ та на оцінку юрисдикції держави-відповідача.

(Див.: 0.3.3; 0.3.4)

0.4.13. У випадках, коли права і свободи людини обмежуються органами держави чи від її імені, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону вказаних прав, своєчасне і повне розслідування випадків їх порушень приватними особами, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

Все це спрямовано на отримання відповідей на такі питання:

1. Чи допускає в принципі Конвенція обмеження цього конкретного права людини, яке було обмежено в даному випадку?

Якщо будь-яке обмеження заборонене, подальший аналіз втрачає необхідність і ЄСПЛ формулює висновок про порушення відповідних положень Конвенції. Наприклад, заборонено катування або нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження або покарання (ст. 4 Конвенції). Не можуть бути підставою для обмеження (відступу від цієї заборони) навіть умови війни, а також наявність іншої суспільної небезпеки, навіть якщо вона загрожує життю нації (ст. 15 Конвенції) або життю інших людей (*див.: 127.2.9*).

2. Чи були застосовані владою заходи або вчинені приватною особою діяння, що призвели до обмеження прав людини, встановлені (передбачені) законом?

Передбаченими законом заходи з обмеження прав людини вважаються, коли вони застосовані відповідно до норм національного законодавства (законам та підзаконним нормативним актам). Однак сам по собі національний закон має відповідати Конвенції, в тому числі й загальним принципам, які викладені в ній або маються на увазі *(див.: 151.3.3 – п. 45)*. Це стосується якості закону: та чи інша норма не може вважатися «законом», якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю, щоб громадянин міг регулювати свою поведінку: він повинен мати можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести певна дія. Рівень передбачуваності значною мірою залежить від змісту заходу, сфери, яку він має охопити, а також кількості та статусу тих, до кого він застосовується *(див., напр.: 157.3.6 – п. 108)*.

Однією з вимог до поняття «встановлені законом» є передбачуваність правової норми. Норма не може розглядатися як «встановлена законом», якщо вона не сформульована з достатньою точністю, щоб надати громадянину – за потреби, з належною юридичною консультацією – передбачити наслідки, які може мати певна дія *(див., напр.: 301.3.1 – п. 29; 371.2.1)*.

Слід зазначити, що у випадку, якщо заходи з обмеження прав людини були здійснені на підставі нового закону, зміст якого вимагає приведення у відповідність із цим Законом іншого законодавства, і це не було здійснено, ЄСПЛ визнає, що обмеження прав людини «не ґрунтувалося на достатньо точних і передбачуваних законодавчих актах» *(див.: 172.3.2 – пункти 83–85)*.

3. Чи були заходи з обмеження прав людини спрямовані на досягнення легальних (легітимних) цілей?

Деякі норми Конвенції уточнюють, які саме цілі мають вважатися легітимними (легальними). Наприклад, Конвенція вказує, що органи державної влади можуть втрутитися в право на повагу до приватного і сімейного життя в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

Важливо, що при оцінці законності будь-якого втручання в права і свободи людини Суд не обмежується проголошеними («видимими») цілями, але також розглядає істинні наміри та цілі, що стоять за ними (див., напр.: 371.2.14 та 371.3.24).

4. Чи можна визнати застосовані заходи влади (діяння інших осіб) з обмеження прав і свобод людини такими, що є необхідними в демократичному суспільстві?

Інакше кажучи, заходи мають відповідати «нагальній суспільній необхідності», зокрема бути співрозмірним (пропорційними) із переслідуваним легальним цілями *(див.: 162.3.3)*. Суд вивчає, чи могли задекларовані цілі в конкретних обставинах справи бути досягнуті без обмеження прав людини або шляхом обмежень меншого масштабу, тяжкості *(див.: 163.3.4 – п. 140)*. Суд перевіряє, чи було втручання виправданим та необхідним у демократичному суспільстві, та, зокрема, чи було воно пропорційним, і чи були причини, надані національними органами влади на його виправдання, важливими та достатніми (*див.: 171.3.13 – п. 47*). Для встановлення наявності чи відсутності пропорційності ЄСПЛ оцінює, зокрема, характер і тяжкість застосованих до правопорушника покарань або характер та суворість санкцій норм, за порушення яких притягається до відповідальності особа. *(див.: 109.3.1; 157.3.6 – п. 108; 338.3.2)*.

Вказані вище критерії розташовані в порядку, що має практичне значення. А саме – у випадку негативної відповіді на певне питання, Суд не вважає за необхідне досліджувати питання, що розташовані нижче у цьому списку. Наприклад, якщо ЄСПЛ доходить висновку, що розглядуване

діяння, що призвело до обмеження прав і свобод людини, «не передбачено законом», він не визнає за необхідне встановлювати, чи відповідає діяння іншим вимогам, а саме: чи переслідувало втручання законні цілі і чи було воно необхідним у демократичному суспільстві (*див.: напр.: 170.3.4 – п. 32*). У свою чергу, якщо доведено, що втручання не переслідувало «законної мети», немає необхідності досліджувати, чи було воно «необхідним у демократичному суспільстві» *(див.: 158.3.7 – ст. 46)*.

Слід зазначити, що непоодинокі випадки, коли ЄСПЛ визнає, що застосовані владою заходи були законними та переслідували легальні цілі, однак кваліфікує їх як такі, що порушили Конвенцію з огляду на їх суворість, яка непропорційна вказаним цілям (*див., напр.: 284.3.2 – пункти 80–96*).

Для визначення законності обмеження прав державних службовців ЄСПЛ використовує додаткові критерії, що обумовлені специфікою правового статусу цих осіб та особливостями покладених на них обов'язків, наприклад обов'язку не розголошувати відомості, що становлять державну таємницю *(див.: 328.3.2 та 328.4.2)*.

0.4.14. У деяких статтях Особливої частини КК України об'єктивна сторона відповідного складу злочину характеризується через оціночне поняття «грубе порушення», визначення якого повністю залежить від судового розсуду (судова дискреція). Для визначення порушення «грубим» чи «негрубим» слід, зокрема, враховувати судову практику ЄСПЛ у справах відповідної категорії. Уявляється, що в усякому випадку, коли ЄСПЛ раніше визнавав певне діяння таким, що порушує положення Конвенції, воно має визнаватися «грубим порушенням».

Наприклад, грубим порушенням права обвинуваченого на захист (ст. 370 КК України) слід визнавати необґрунтовану відмову в задоволені клопотання захисту про допит свідків, якщо вирок вирішальною мірою було обґрунтовано показаннями зазначених свідків *(див.: 374.4.10 та 374.4.11)*.

0.4.15. Поняттям «серйозний злочин», «серйозний характер злочину», «серйозні кримінальні злочини», що використовуються в певних міжнародних договорах та рішеннях ЄСПЛ, відповідають поняття «тяжкий» і «особливо тяжкий злочин», визначення яких надано у ст. 12 КК України.

(Див.: 255.1.2 – Закон від 04.02.2004 про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності)

КРИМІНАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ

(Відомості Верховної Ради України, 2001, № 25–26, ст. 131)
Редакція станом на 01.03.2019
(Стаття 376[1] – в редакції станом на 01.03.2019)

ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА

Розділ І. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

Стаття 1. Завдання Кримінального кодексу України

1. Кримінальний кодекс України має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам.

2. Для здійснення цього завдання Кримінальний кодекс України визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили.

Стаття 2. Підстава кримінальної відповідальності

1. Підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом.

2. Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду.

3. Ніхто не може бути притягнений до кримінальної відповідальності за той самий злочин більше одного разу.

§1. Норми міжнародного права
щодо завдань кримінального закону та підстав кримінальної відповідальності

1.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«Статья 11
1. Каждый человек, обвиняемый в совершении преступления, имеет право считаться невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком путем гласного судебного разбирательства, при котором ему обеспечиваются все возможности для защиты». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

1.1.2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 16.12.1966).
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.1973)
«Стаття 14
(…)
2. Кожен обвинувачений в кримінальному злочині має право вважатися невинним, поки винність його не буде доведена згідно з законом.
(…)
7. Ніхто не повинен бути вдруге засуджений чи покараний за злочин, за який він уже був остаточно засуджений або виправданий відповідно до закону і кримінально-процесуального права кожної країни». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

1.1.3. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 32 – Стаття 14 (Рівність перед судами і трибуналами і право кожного на справедливий судовий розгляд)»

(Дев'яноста сесія – 2007 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«6. Хотя статья 14 не включена в перечень не допускающих отступлений положений, перечисленных в пункте 2 статьи 4 Пакта, государства, использующие право отступления от нормальных процедур, требующихся по статье 14, в условиях чрезвычайного положения в государстве, должны обеспечивать, чтобы такие отступления не выходили за рамки тех, которые диктуются исключительно остротой фактического положения. Гарантии справедливого судебного разбирательства ни при каких обстоятельствах не могут быть объектом мер в обход защиты не допускающих отступлений прав. Так, например, поскольку статья 6 Пакта в целом не допускает отступлений, любое судебное разбирательство, приводящее к вынесению смертного приговора во время чрезвычайного положения, должно соответствовать положениям Пакта, в том числе всем требованиям статьи 14. Аналогичным образом, поскольку статья 7 также в целом не допускает отступлений, никакие показания или признания вины или в принципе другие доказательства, полученные в нарушение этого положения, не могут использоваться в качестве доказательств ни в каких судебных разбирательствах, охватываемых статьей 14, в том числе и в условиях чрезвычайного положения, за исключением тех случаев, когда показание или признание вины, полученное в нарушение статьи 7, используется как доказательство того, что имели место запрещаемые этим положением пытки или иное обращение. Отход от основополагающих принципов справедливого судебного разбирательства, включая презумпцию невиновности, запрещен во все времена.

(…)

30. В соответствии с пунктом 2 статьи 14 каждый обвиняемый в уголовном преступлении имеет право считаться невиновным, пока виновность его не будет доказана согласно закону. Презумпция невиновности, имеющая основополагающее значение для защиты прав человека, возлагает обязанность доказывания на обвинение, гарантирует, что никакая вина не может быть резюмирована до тех пор, пока виновность не была доказана вне всяких разумных сомнений, обеспечивает, чтобы сомнения толковались в пользу обвиняемого и требует, чтобы с лицами, которым предъявляются обвинения в совершении уголовного деяния, обращались в соответствии с этим принципом. Все государственные органы власти обязаны воздерживаться от предрешения исхода судебного разбирательства, например, воздерживаясь от публичных заявлений, в которых утверждается о виновности обвиняемого.

(…)

54. Пункт 7 статьи 14 Пакта, предусматривающий, что никто не должен быть вторично судим или наказан за преступление, за которое он уже был окончательно осужден или оправдан в соответствии с законом и уголовно-процессуальным правом каждой страны, воплощает принцип ne bis in idem. Данное положение запрещает предание лица, которое уже было осуждено или оправдано в связи с определенным преступлением, вновь тому же суду или вновь другому суду за это же преступление; так, например, лицо, оправданное гражданским судом, не может быть вновь предано за это же преступление военному или специальному суду. Пункт 7 статьи 14 не запрещает повторное слушание дела лица, осужденного в его отсутствие, которое просит об этом, но применяется в случае повторного осуждения.

55. Неоднократное наказание лица, отказывающегося от военной службы со ссылкой на свои убеждения, за неподчинение новому приказу о явке на военную службу может считаться наказанием за одно и то же преступление, если подобный последующий отказ основан на той же самой постоянной решимости, опирающейся на убеждения.

56. Предусматриваемый в пункте 7 статьи 14 запрет не имеет значения, если вышестоящий суд отменяет приговор и распоряжается о проведении нового судебного разбирательства. Кроме того, это положение не запрещает возобновления уголовного производства, оправдываемого исключительными обстоятельствами, такими, как обнаружение доказательств, которых не имелось или которые не были известны в момент вынесения оправдательного приговора.

57. Данная гарантия применяется только в случае уголовных преступлений и не применяется в случае дисциплинарных мер, которые не составляют санкцию, предусмотренную в случае уголовного преступления, по смыслу статьи 14 Пакта. Кроме того, это положение не гарантирует ne bis in idem в отношении национальных юрисдикций двух или более государств. Такое понимание не должно, однако, подрывать усилия государств, направленные на недопущение нового судебного разбирательства одного и того же уголовного преступления через международные конвенции». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №32 – Стаття 14 (Рівність перед судами і трибуналами і право кожного на справедливий судовий розгляд)» (Дев'яноста сесія – 2007 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

1.1.4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«***Стаття 6. Право на справедливий суд***

(…)

2. Кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

1.1.5. Протокол №7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 22.11.1984)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«***Стаття 4. Право не бути притягненим до суду або покараним двічі***

1. Нікого не може бути вдруге притягнено до суду або покарано в порядку кримінального провадження під юрисдикцією однієї і тієї самої держави за правопорушення, за яке його вже було остаточно виправдано або засуджено відповідно до закону та кримінальної процедури цієї держави.

2. Положення попереднього пункту не перешкоджають відновленню провадження у справі згідно із законом та кримінальною процедурою відповідної держави за наявності нових або нововиявлених фактів чи в разі виявлення суттєвих недоліків у попередньому судовому розгляді, які могли вплинути на результати розгляду справи.

3. Жодних відступів від положень цієї статті не допускається на підставі статті 15 Конвенції». [Протокол №7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Рада Європи, від 22.11.1984). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_804]

1.1.6. Римський статут міжнародного кримінального суду

(ООН, від 17.07.1998)

(щодо ратифікації див.: частина 6 ст. 124 Конституції України; постанова ВР №145-VIII від 04.02.2015)

«***Статья 9. Элементы преступлений***

1. Элементы преступлений помогают Суду в толковании и применении статей 6, 7, 8 и 8-бис.

(…)

Статья 20. Ne bis in idem

1. За исключением случаев, предусмотренных в настоящем Статуте, никакое лицо не может быть судимо Судом за деяние, составляющее основу состава преступления, в отношении которого данное лицо было признано виновным или оправдано Судом.

2. Никакое лицо не может быть судимо никаким другим судом за упоминаемое в статье 5 преступление, в связи с которым это лицо уже было признано виновным или оправдано Судом.

3. Никакое лицо, которое было судимо другим судом за деяние, запрещенное также по смыслу статьи 6, 7, 8 и 8-бис, не может быть судимо Судом за то же деяние, за исключением случаев, когда разбирательство в другом суде:

a) предназначалось для того, чтобы оградить соответствующее лицо от уголовной ответственности за преступления, подпадающие под юрисдикцию Суда; или

b) по иным признакам не было проведено независимо или беспристрастно в соответствии с нормами надлежащей законной процедуры, признанными международным правом, и проводилось таким образом, что, в существующих обстоятельствах, не отвечало цели предать соответствующее лицо правосудию». [Римський статут міжнародного кримінального суду. (ООН, від 17.07.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588]

1.1.7. Резолюція 43/173 «Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином»

(ООН, від 09.12.1988)

(див: 0.4.1).

Приложение

Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме

Сфера применения Свода принципов

Настоящие Принципы применяются для защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме.

(…)

Принцип 36

1. Задержанное лицо, подозреваемое или обвиняемое в совершении уголовного преступления, считается невиновным и имеет право на обращение с ним как с таковым до тех пор, пока его виновность не будет доказана согласно закону в ходе открытого судебного разбирательства, на котором оно располагало всеми гарантиями, необходимыми для своей защиты.

Общее положение

Ничто в настоящем Своде принципов не должно истолковываться в смысле ограничения или отхода от любого права, как оно определено в Международном пакте о гражданских и политических правах». [Резолюція 43/173 «Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином» (ООН, від 09.12.1988). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_206]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення в рішеннях ЄСПЛ щодо завдань кримінального закону та підстав кримінальної відповідальності

1.2.1. Справа «Шагін проти України»

«81. Суд повторює, що принцип презумпції невинуватості, закріплений у пункті 2 статті 6 Конвенції, є одним з аспектів права на справедливий судовий розгляд кримінальної справи, гарантованого пунктом 1 статті 6. Цей принцип не лише забороняє передчасне висловлення думки самим судом про те, що особа, «яку обвинувачено у вчиненні злочину», є винною, тоді як це ще не доведено відповідно до закону, а й поширюється на заяви, що їх роблять інші державні посадові особи стосовно проваджень, що тривають, у кримінальних справах і які спонукають громадськість до думки про вину підозрюваного та визначають наперед оцінку фактів компетентним судовим органом. Достатньо мати – навіть за відсутності будь-якого формального висновку – певні підстави припускати, що відповідна посадова особа вважає обвинуваченого винним. У цьому зв'язку Суд наголосив на тому, як важливо державним посадовим особам добирати слова, оприлюднюючи свої заяви ще до судового розгляду справи, порушеної проти особи, та визнання її винною в тому чи іншому злочині. Таким чином, слід принципово розрізняти повідомлення про те, що когось лише підозрюють у вчиненні злочину, та чітку заяву, зроблену за відсутності остаточного вир., про те, що особа вчинила злочин. Чи порушує заява державної посадової особи принцип презумпції невинуватості – слід визначати в контексті конкретних обставин, за яких було зроблено таку заяву.

82. Крім того, з'ясовуючи, чи становить оскаржувана заява державної посадової особи порушення пункту 2 статті 6, Суд не надає вирішальної ваги характерові чи результатам подальшого судового процесу. Наприклад, Суд визнав наявність порушення пункту 2 статті 6 Конвенції навіть у кримінальних справах, у яких національні суди закрили провадження у зв'язку із закінченням строків давності, заявника виправдали, а вирішувати питання вини взагалі не було потреби». [Шагін проти України (20437/05). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_612]

1.2.2. Справа «О. проти Норвегії»

«33. (…) Крім того, сфера застосування пункту 2 статті 6 не обмежується лише кримінальними справами, розгляд яких ще триває. За певних обставин Суд також доходив висновку, що це положення застосовне при ухваленні судом рішення вже після припинення такого провадження або після винесення виправдувального вироку». [О. проти Норвегії (29327/95). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_240]

1.2.3. Справа «Пантелеєнко проти України»

«66. Суд нагадує, що, відповідно до його практики, ані пункт 2 статті 6, ані жодна інша стаття Конвенції не дає права особі, «обвинуваченій у здійсненні кримінального злочину», на відшкодування його збитків або права на компенсацію за незаконне попереднє затримання, коли провадження проти нього було припинено. Відмова у компенсації сама по собі не порушує принцип презумпції невинуватості». [Пантелеєнко проти України (11901/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_274]

1.2.4. Справа «Лада проти України»

«49. (…) Послідовний підхід Суду полягає у тому, що право на презумпцію невинуватості буде порушено, якщо судове рішення або заява державного посадовця щодо особи, яка обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, відображає думку про її вину до того, як її буде доведено відповідно до закону. Навіть за відсутності будь-якого формального висновку достатньо того, що існують певні міркування, які дозволяють припустити, що суд або посадова особа вважають особу, яка обвинувачується, винною. Необхідно встановити принципову відмінність між твердженням про те, що хтось тільки підозрюється у вчиненні злочину та чіткою заявою, що особа вчинила злочин, за відсутності остаточного вирішення. Суд неодноразово наголошував на важливості вибору державними посадовцями слів у своїх заявах до судового розгляду та визнання особи винною у вчиненні конкретних кримінальних правопорушень. Питання про те, чи порушує заява державного посадовця принцип презумпції невинуватості, повинно визначатись у контексті конкретних обставин, за яких оскаржувана заява була зроблена». [Лада проти України (32392/07). https://minjust.gov.ua/files/general/2018/03/16/20180316182819–32.doc]

1.2.5. Справа «Allenet de Ribemont v. France»

«36. Посягання на презумпцію невинуватості може виходити не тільки від судді або від суду, але також від інших органів державної влади.

(…)

38. Свобода вираження поглядів, гарантована статтею 10 Конвенції, передбачає свободу отримання та передачі інформації. Частина 2 статті 6 Конвенції не може перешкоджати органам влади інформувати суспільство про кримінальні розслідування, але вимагає, щоб вони робили це з повною мірою обачності та делікатності, необхідними для дотримання презумпції невинуватості». [Allenet de Ribemont v. France (15175/89). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57914] (Неофіційний авторський переклад).

1.2.6. Справа «Сергій Золотухін проти Росії»

«80. Суд вважає, що слово «правопорушення» в тексті статті 4 Протоколу № 7 не повинно тлумачитися з дотриманням обмежувального підходу. Він нагадує, що Конвенція повинна тлумачитись і застосовуватися таким чином, щоб права, які вона гарантує, були реальними і ефективними, а не теоретичними і ілюзорними. Це – живий документ, який повинен тлумачитись

у світлі сучасних умов. Положення такого міжнародного договору, як Конвенція, повинні тлумачитись у світлі їхніх цілей і предмету, а також відповідно до принципу ефективності.

81. Суд далі зазначає, що підхід, при якому робиться наголос на правовій кваліфікації двох правопорушень, є занадто обмежувальним у тому, що стосується прав людини, бо якщо Суд обмежуватиметься висновком про те, що особа була притягнута до суду за правопорушення, які мають різну правову кваліфікацію, він ризикує підірвати гарантії, закріплені в статті 4 Протоколу №7 замість того, щоб робити їх реальними і ефективними, як того вимагає Конвенція.

82. Таким чином, Суд вважає, що стаття 4 Протоколу №7 має розумітись як заборона переслідування або судового розгляду справи про друге «правопорушення», якщо це правопорушення ґрунтується на однакових фактах або фактах, які, по суті, є тими же самими.

83. Гарантії, закріплені в статті 4 Протоколу №7 починають діяти з початком нового судового переслідування, коли попереднє виправдання або засудження особи вже набуло сили res judicata. На цьому етапі наявні матеріали справи будуть обов'язково включати рішення, яким закінчилося перше кримінальне провадження, а також перелік звинувачень, висунутих заявнику у зв'язку з новою справою. Як правило, ці документи містять виклад фактів, що стосуються правопорушення, за яке заявник уже судився, а також виклад фактів, що стосуються нового правопорушення. На думку Суду, такий виклад фактів являє собою підхожу відправну точку для розгляду питання про те, чи є ці факти тотожними або по суті такими же самими. Суд підкреслює, що не має значення, яка частина нових звинувачень врешті-решт була прийнята або відхилена в рамках нового провадження, оскільки стаття 4 Протоколу №7 містить гарантії проти того, щоб особа вдруге поставала перед судом або піддавалася ризику бути покараною, а не заборону другого засудження або виправдання особи». [Сергій Золотухін проти Росії (14939/03) ECHR 2009-II. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117760]

1.2.7. Справа «A and B v. Norway»

«130. На підставі огляду прецедентної практики Суду очевидно, що заборона двічі підлягати відповідальності стосується притягнення до відповідальності як за кримінальним, так і адміністративним правом, що найбільш належним чином забезпечує дотримання статті 4 Протоколу №7. (…) Тим не менше стаття 4 Протоколу №7 не виключає проведення подвійного провадження за умови виконання певних умов. Зокрема, держава-відповідач повинна переконливо довести, що подвійне провадження у справі «має достатньо тісний зв'язок за змістом та строками». Іншими словами, необхідно довести, що вони об'єднані інтегрованим чином, щоб сформувати єдине ціле. Це передбачає не тільки, що цілі, які досягаються, а також засоби, які використовуються для їх досягнення, повинні, по суті, бути взаємодоповнюючими та пов'язаними в часі, а також те, що можливі наслідки для такого правового регулювання відповідної поведінки мають бути пропорційними та передбачуваними для постраждалих осіб.

131. Що стосується умов, які необхідно виконати для того, щоб подвійне кримінальне та адміністративне провадження вважалося достатньо пов'язаними по суті та в часі відповідно до пункту 2 статті 4 Протоколу №7, то відповідні міркування, що випливають з практики Суду, як обговорювалося вище, можуть бути підсумовані таким чином.

132. Матеріальні фактори, що визначають наявність достатньо тісного зв'язку по суті, включають:

– чи різні справи дотримуються додаткових цілей і, таким чином, стосуються не лише абстрактно, але і конкретно різних аспектів соціальної неправомірної поведінки;

– чи є подвійність розглянутих справ передбачуваним наслідком, як у законодавстві, так і на практиці тієї ж спірної поведінки;

– чи відповідні судочинства проводяться таким чином, щоб уникнути, наскільки це можливо, копіювання у збиранні, а також оцінці доказів, зокрема, шляхом адекватної взаємодії між різними компетентними органами, з тим що факти, використані в одному процесі, також використовуються в іншому процесі;

– і перш за все чи враховує санкція, накладена в провадженні, яка стає остаточно завершальним, попередні санкції з метою запобігання того, що зацікавлена особа в кінцевому підсумку

змушена нести надмірне навантаження, останній ризик найменш імовірний там, де існує компенсаційний механізм, призначений для забезпечення того, щоб загальна сума будь-яких застосованих штрафів була пропорційною». [A and B v. Norway (24130/11 and 29758/11). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–168972] (Неофіційний авторський переклад).

1.2.8. Справа «Kapetanios et autres c. Grèce»

«52. Суд нагадує про свою лінію прецедентного права, відповідно до якого для визначення наявності «кримінального обвинувачення» необхідно враховувати три критерії: правову класифікацію з цього питання в національному законодавстві, характер відповідальності та ступінь тяжкості санкцій. Ці критерії також є альтернативними, а не сукупними (…). Це не виключає кумулятивного підходу, якщо окремий аналіз кожного критерію не дозволяє зробити чіткий висновок про існування кримінального обвинувачення». [Kapetanios et autres c. Grèce (3453/12, 42941/12 et 9028/13). ECHR 2015-IX. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–154026] (Неофіційний авторський переклад).

1.2.9. Справа «Mamidakis c. Grèce»

«21. У цьому випадку штраф, накладений на заявника, був передбачений положеннями Митного кодексу і не був класифікований як кримінальне покарання за національним законодавством. Однак через серйозний характер злочину, пов'язаного з контрабандою, стримуючий і репресивний характер накладеної санкції, а також дуже значну суму штрафу, Суд вважає, що покарання для заявника в цьому випадку було досить тяжким, щоб виправдати, що кримінальний аспект статті 6 Конвенції застосовний в даному випадку». [Mamidakis c. Grèce (35533/04). ECHR 2007-IV. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–78976] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо завдань кримінального закону та підстав кримінальної відповідальності

1.3.1. Справа «Пантелеєнко проти України»

Фактичні обставини:

Із травня 1999 р. прокуратура м. Чернігова порушила кримінальну справу проти заявника за звинуваченням у зловживанні службовим становищем та підробці офіційних документів. Версія обвинувачення полягала в тому, що заявник, діючи як приватний нотаріус, шляхом обману завіряв операції, пов'язані з правом власності та нерухомістю, використовуючи недійсні реєстраційні форми.

4 серпня 2001 р. кримінальну справу було закрито за малозначимістю вчиненого злочину. Скарга заявника щодо цієї постанови була відхилена 6 листопада 2001 р. Деснянським судом як недостатньо обґрунтована. Зокрема, суд зазначив, що провину заявника було підтверджено доказами, зібраними під час розслідування.

26 червня 2002 р. Деснянський суд відхилив скаргу заявника щодо постанови від 4 серпня 2001 р. Суд вказав, що в матеріалах справи міститься достатньо доказів того, що заявник підробив певний нотаріальний документ та свідомо вчинив недійсну нотаріальну дію. Однак, зважаючи на малозначність злочину, подальше кримінальне переслідування було недоцільним. Щодо подань заявника відносно неприйнятності доказів, отриманих під час обшуку його контори, суд постановив, що подібні заяви можуть подаватися протягом розгляду справи по суті, та зазначив, що їх перевірка в ході судового процесу не належить до його компетенції.

9 вересня 2002 р. Апеляційний суд залишив у силі дане рішення. 13 грудня 2002 р. Верховний Суд відхилив клопотання заявника про надання дозволу подати апеляційну скаргу в касаційному порядку.

Рішення ЄСПЛ:

«63. Заявник подав скаргу відносно відмови органів влади відшкодувати йому шкоду за схемою «компенсації за незаконне кримінальне переслідування», що суперечить принципу презумпції невинуватості. Він посилався на пункт 2 статті 6 Конвенції, яка передбачає: «Кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку».

64. Уряд стверджував, що не було порушення пункту 2 статті 6 Конвенції, оскільки рішення прокуратури закрити справу з нереабілітуючих обставин було переглянуто і врешті-решт залишено в силі судами. Заявник не погодився.

(…)

69. Суд відмічає, що справу заявника було закрито на досудовому етапі слідчими органами на тій підставі, що малозначність злочину, вчиненого заявником, робить його кримінальне переслідування недоцільним. Національні суди, переглянувши це рішення, погодилися з тим, що (ненаведений) доказ, що міститься у матеріалах справи, є достатнім для доведення вчинення злочину заявником, а також малозначимості злочину.

70. Дійсно, вирішення питання відносно невинуватості обвинуваченого можливе до тих пір, поки кримінальний процес не закінчується прийняттям обвинувального вироку. Однак своїм рішенням від 26 грудня 2001 р. Новозаводський суд відхилив клопотання заявника про компенсацію, спираючись на той факт, що кримінальне провадження проти нього було припинено з нереабілітуючих обставин. Це рішення підтвердив Апеляційний суд після того, як скаргу заявника відносно рішення про припинення кримінального провадження з нереабілітуючих обставин було врешті-решт відхилено. Суд не вважає за потрібне визначити в даній справі, чи в принципі порушує презумпцію невинуватості відмова присудити компенсацію на підставі того, що кримінальне провадження було завершено з нереабілітуючих обставин. Суд зазначає, що в даній справі судові рішення про закриття кримінального провадження проти заявника було сформульовано таким чином, що немає сумнівів щодо їх думки про те, що заявник скоїв злочин, який йому інкримінується. Зокрема, Деснянський суд зазначив, що матеріали справи містять достатньо доказів щодо встановлення факту підробки заявником нотаріального документа та вчинення недійсної нотаріальної дії, єдиною причиною для припинення провадження є недоцільність переслідування у випадку малозначимості злочину. Це рішення було залишено в силі Апеляційним судом, і Верховний Суд відхилив клопотання заявника про дозвіл подати апеляційну скаргу за касаційною процедурою. На думку Суду, формулювання, що використовувалися Деснянським судом, самі по собі були достатніми для встановлення факту порушення презумпції невинуватості. Той факт, що позов заявника про компенсацію було відхилено на підставі висновків, зроблених в ході кримінального провадження, тільки загострив ситуацію. Хоча Деснянський суд дійшов висновку після слухання, проведеного в присутності заявника, що попередні провадження були не кримінальними за природою та їм бракувало багатьох елементів, зазвичай властивих кримінальному розгляду. У зв'язку з цим, не можна дійти висновку, що судовий процес закінчився чи мав намір закінчитися «доведенням вини заявника відповідно до закону». За таких обставин, Суд вважає, що аргументи, представлені Деснянським судом, підтверджені під час апеляційного розгляду, а також відхилення клопотання заявника про компенсацію на тих же підставах становлять порушення принципу презумпції невинуватості.

71. Отже мало місце порушення п. 2 статті 6 Конвенції». [Пантелеєнко проти України (11901/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_274]

1.3.2. Справа «Хаммерн проти Норвегії»

Фактичні обставини:

22 вересня 1993 р. заявникові було пред'явлено офіційне обвинувачення на підставі статей 195, 198 і 213 Кримінального кодексу Норвегії у стверджуваному вчиненні кількох злочинів – сексуального домагання стосовно десяти дітей.

Справу заявника розглядав високий суд м. Фростатінґа у складі трьох суддів і присяжних протягом 43 днів – з 15 листопада 1993 р. до 31 січня 1994 р. Після того як присяжні дали заперечну відповідь на всі 25 запитань стосовно обвинувального акта, суд рішенням від 31 січня 1994 р. виправдав заявника.

Згодом заявник звернувся до високого суду з вимогою компенсації на підставі статей 444–446 Кримінально-процесуального кодексу. 13–15 лютого 1995 р. високий суд з огляду на висновок про недоведену ймовірність того, що заявник не вчиняв діяння, яке стало підставою для обви-

нування, відхилив його вимогу щодо додаткового відшкодування, передбаченого статтею 444. Заявник оскаржив рішення високого суду від 28 лютого 1995 р., звернувшись до апеляційного комітету Верховного суду. Він скаржився, що рішення високого суду містить припущення про наявність кримінальної відповідальності і що, відповідно, воно порушує вимоги пункту 2 статті 6 Конвенції. Заявник просив Верховний суд скасувати рішення високого суду.

Рішенням від 8 червня 1995 р., яке заявникові було повідомлено поштою 20 липня 1995 р., апеляційний комітет відхилив його скаргу.

Рішення ЄСПЛ:

«42. Суд вважає, що розгляд компенсаційної вимоги в цій справі не давав підстав для «кримінального обвинувачення» проти заявника, і не вважає за необхідне розглядати аргумент Уряду про те, що це провадження мало цивільний характер. Проте необхідно з'ясувати, чи існує між цим компенсаційним провадженням і розглядом відповідної кримінальної справи зв'язок, який міг би служити підставою для висновку про застосування пункту 2 статті 6 в компенсаційних справах. Суд знову вказує на той факт, що оскаржувані рішення національних судів стосовно компенсаційної вимоги містять прямі посилання на положення статті 444 Кримінально-процесуального кодексу Норвегії, згідно з якими особа, якій раніше пред'являлися обвинувачення, має право домагатися компенсації у зв'язку з питаннями, безпосередньо пов'язаними з кримінальною справою проти неї.

(…)

47. Щодо наступного питання – чи було дотримано в компенсаційній справі пункту 2 статті 6, – Суд знову наголошує на тому, що це положення містить загальне правило, згідно з яким після остаточного виправдувального вир. суду не допускається навіть висловлення підозр стосовно винуватості обвинувачуваного. Суд зауважує, що у своєму рішенні від 25 лютого 1995 р. – відповідні частини якого цитувалися апеляційним комітетом Верховного суду – високий суд відтворив висновки медичних експертів, які «свідчать про дуже високий ступінь ймовірності того, що 10 дітей, імена яких згадуються в обвинувальному акті, зазнали сексуального домагання», а також докладно підсумував різні види доказів, що вказують на п. Хаммерна як на виконавця діянь, про які йдеться в обвинувальному акті. На підставі доказів, які розглядалися як в кримінальному провадженні, так і в компенсаційному провадженні, високий суд, дійшовши висновку про недоведення заявником ймовірності того, що він не вчиняв діяння, які становили підставу для обвинувачень, відхилив його компенсаційну вимогу, подану з посиланням на статтю 444 Кримінально-процесуального кодексу [Норвегії]. На думку Суду, таке мотивування високого суду явно становить висловлення підозри стосовно заявника, яка пов'язана з обвинуваченням його в сексуальних домаганнях, тоді як у відповідній справі суд виправдав його.

(…)

49. (…) Отже, було допущено порушення пункту 2 статті 6 Конвенції». [Хаммерн проти Норвегії (30287/96). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_246]

1.3.3. Справа «Рінгвольд проти Норвегії»

Фактичні обставини:

Заявники були засуджені, а згодом виправдані апеляційним судом за вчинення зґвалтування, насильницькі дії сексуального характеру, вбивства.

Рішення ЄСПЛ:

«41. Залишається з'ясувати, чи існував між кримінальним провадженням та подальшим розглядом компенсаційної справи зв'язок, який міг би служити підставою для включення останньої також у сферу застосування пункту 2 статті 6. Суд знову наголошує на тому, що для вирішення питання компенсації результат провадження у кримінальній справі вирішального значення не мав. У цій конкретній справі ситуація була зворотною: незважаючи на виправдання заявника судом, призначення компенсації було юридично допустимим заходом. Отже, хоч би яким був висновок суду в розгляді кримінальної справи проти заявника, компенсаційна справа не була безпосереднім наслідком такого розгляду. У цьому аспекті ця справа явно відрізняється від справ, згаданих вище, в яких Суд дійшов висновку, що відповідні провадження у справах були наслідком і супутньою обставиною кримінальних проваджень і що пункт 2 статті 6 був застосовний у таких справах.

42. Відповідно, Суд зазначає, що пункт 2 статті 6 не був застосовним у провадженні щодо компенсаційного позову проти заявника і, отже, порушення цього положення в цій справі не було». [Рінгвольд проти Норвегії (34964/97). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_421]

1.3.4. Справа «Lavents c. Lettonie»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«125. Суд нагадує, що принцип презумпції невинуватості, закріплений пунктом 2 статті 6 Конвенції, вимагає, зокрема, щоб члени суду, виконуючи свої обов'язки, не керувалися упередженою думкою про те, що обвинувачений вчинив дію, яку йому інкримінують; необхідність доказування переважає в обвинуваченні, а сумнів тлумачиться на користь обвинуваченого. Таким чином, пункт 2 статті 6 вимагає від представників держави – насамперед суддів, що розглядають справу, але й від інших представників органів влади, – щоб вони утримувалися від публічних заяв про те, що обвинувачений вчинив правопорушення, у якому його звинувачують, доти, доки ця вина не буде офіційно встановлена судом.

126. Уряд зазначає, що пані Šteinerte [президент Колегії Ризького окружного суду, що розглядав справу] ніколи офіційно не стверджувала, що заявник є винним. Однак Суд нагадує, що так само, як і кожне інше положення Конвенції або протоколів до неї, пункт 2 статті 6 слід тлумачити так, щоб він міг гарантувати права конкретні та ефективні, а не теоретичні й ілюзорні стосовно обґрунтування судових рішень, презумпція невинуватості може порушуватися навіть за відсутності формального твердження; достатньо того, щоб рішення включало якусь мотивацію, яка дає привід припущення, що суддя вважає особу винною.

На думку Суду, такий самий підхід слід застосувати до розгляду заяв, зроблених представниками органів влади. Справді, той факт, шо зазначені висловлювання мали форму запитання або містили сумнів, не є достатнім для того, щоб не розглядати їх у світлі пункту 2 статті 6; в іншому випадку цей пункт втратив би свою ефективність. Що є важливим для застосування цього положення, так це реальний зміст заяв, а не їхня буквальна форма.

127. Суд констатує, що у своєму першому інтерв'ю, опублікованому 4 і 5 листопада 1999 р., пані Šteinerte заявила, що вона ще не знає, «чи вирок буде обвинувальним, чи міститиме часткове виправдання». Як вважає Суд, таке твердження явно показувало, що суддя вже переконана у вині заявника, принаймні за одним пунктом обвинувачення, і що вона виключає можливість того, що він виявиться повністю невинуватим. Стосовно другого інтерв'ю, яке з'явилося 7 грудня 1999 р. в «Комерсант Балтік», пані Šteinerte висловила в ньому своє велике здивування з приводу того, що обвинувачені вперто заявляють про свою невинуватість за всіма пунктами обвинувачення. Зокрема, вона привернула увагу журналістів і читачів до одного з пунктів обвинувачення (незаконне зберігання зброї), за яким поведінка заявника видавалася їй найбільш незрозумілою і нелогічною. Суд вважає такі твердження також визнанням винуватості заявника. До речі, Суд може лише висловити своє здивування з приводу того, що в цьому останньому інтерв'ю пані Šteinerte запропонувала обвинуваченим довести свою невинуватість. З огляду на її загальний характер, така пропозиція суперечить самому принципу презумпції невинуватості, одному з основних принципів демократичної держави.

128. Таким чином, Суд робить висновок, що було порушення пункту 2 статті 6 Конвенції». [Lavents c. Lettonie (58442/00). ECHR 2002-XI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–65362]

1.3.5. Справа «Дактарас проти Литви»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ

(переклад НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України):

«Суд також зауважив, що презумпція невинуватості вимагає від державних службовців особливої обережності при здійсненні у кримінальному процесі оцінок дій обвинуваченого, вина якого не встановлена компетентним судом. Однак при вирішенні питання про порушення права на презумпцію невинуватості слід брати до уваги не лише зміст конкретних висловлювань, а й контекст, в якому вони були зроблені.

Суд зазначив, що заяви обвинувача з приводу вини пана Дактараса були зроблені в контексті прийняття мотивованого рішення на попередній стадії кримінального процесу, а не, наприклад, на прес-конференції. Суд дійшов висновку, що, стверджуючи доведеність вини заявника за допомогою зібраних доказів, обвинувач використав ту ж термінологію, що і сам пан Дактарас у проханні про припинення провадження у справі. Погоджуючись з тим, що сам по собі термін «доведеність» не є вдалим, Суд все ж таки вважав, що використання цього терміна як обвинувачем, так і самим заявником мало на меті не стільки встановити вину пана Дактараса на підставі зібраних доказів, скільки підтвердити достатність матеріалів справи для її передачі до суду. Отже, порушення ч. 2 ст. 6 Конвенції було відсутнє». [Дактарас проти Литви (24.11.2000). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_005]

1.3.6. Справа «Довженко проти України»

Фактичні обставини:

25 травня 2002 р. місцева газета «Приазовский рабочий» опублікувала повідомлення про те, що міліція затримала заявника за підозрою у вчиненні низки вбивств. У ньому йшлося, зокрема, про таке: «Але найбільш сенсаційним є той факт, що затриманим виявився колишній лейтенант міліції карного розшуку Сергій Довженко».

28 травня 2002 р. інша газета, «Салон Дона и Баса», опублікувала повідомлення про прес-конференцію, проведену паном К., керівником Маріупольського МВ УМВС України в Донецькій області. Згідно з цією публікацією, у зв'язку з ходом розслідування серії вбивств, пан К. заявив, що міліція затримала «особу, яка обґрунтовано підозрюється у вчиненні злочинів із використанням вогнепальної зброї», а також наголосив, що розголошувати будь-яку іншу інформацію про хід розслідування є недоречним.

8 червня 2002 р. газета «Приазовский рабочий» опублікувала резюме іншої прес-конференції пана К. з приводу затримання заявника. Журналіст, який був автором статті про прес-конференцію, називав заявника його справжнім ім'ям і навів деякі уривки з виступу пана К. Зокрема, говорячи про те, хто може були наступними жертвами затриманого, висловлювання пана К. було процитовано таким чином: «Ними будуть співпрацівники міліції (…) та інші. (…) Але в цьому відношенні ми можемо довіряти лише словам злочинця (…) І в мене є сумніви щодо багатьох його висловлювань...».

11 грудня 2002 р. той самий журналіст повідомив у газеті «Приазовский рабочий», що перше слухання у справі заявника мало відбутися у той день. Він зазначив, що органи міліції завжди наполягали на відсутності у заявника спільників, у той час як в останньому інтерв'ю пан М., начальник УМВС України в Донецькій області, висловив іншу думку. Журналіст повідомив: «На початку липня пан М. заявив в офіційному прес-релізі, що Довженко просто – цитуючи його слово в слово – «один з членів злочинного угрупування, яким було вчинено ряд вбивств».

8 вересня 2003 р. апеляційний суд Донецької області, діючи як суд першої інстанції, визнав заявника винним у вчиненні сімнадцяти вбивств та інших менш тяжких злочинів, які мали місце у період між 1999 та 2002 роками і призначив йому покарання у виді довічного позбавлення волі з конфіскацією майна.

2 жовтня 2003 р. заявник подав до Верховного Суду касаційну скаргу на вирок від 8 вересня 2003 р. У своїх доводах у Верховному Суді України заявник, зокрема, скаржився, що його право на презумпцію невинуватості було порушено численними газетними статтями з повідомленнями щодо кримінального провадження у його справі, зазначивши також, що у деяких статтях посадові особи державних органів чітко зазначали, що він вчинив вбивства, незважаючи на те, що провадження ще тривало.

7 квітня 2005 р. Верховний Суд України відхилив касаційну скаргу заявника як необґрунтовану.

Рішення ЄСПЛ:

«49. Повертаючись до цієї справи, Суд враховує твердження Уряду про те, що цитати в статтях від 8 червня і 11 грудня 2002 р. не припускали, що високопоставлені працівники міліції називають заявника на ім'я. Це, однак, не вирішує питання за пунктом 2 статті 6 Конвенції, оскільки особа, якої стосувалась заява, могла бути визначена і без зазначення її імені.

50. Суд зазначає, що 25 травня 2002 р. ім'я та інша особиста інформація щодо заявника були згадані в пресі та, відповідно, стали відомі громадськості. Крім того, враховуючи тяжкість злочинів, у вчиненні яких підозрювався заявник, і особливий інтерес засобів масової інформації до справи, ім'я заявника повинно було бути добре відомим громадськості.

51. Таким чином, Суд вважає, що заяви високопоставлених працівників міліції, процитовані в газетних статтях від 28 травня, 8 червня і 11 грудня 2002 р., явно стосувалися заявника, навіть без згадування його імені. Чітке згадування цими особами імені заявника в цьому випадку не було необхідним, щоб підпадати під дію гарантій пункту 2 статті 6 Конвенції.

52. При оцінці змісту висловлювань, що розглядаються, Суду достатньо відзначити, що в газетній статті від 8 червня 2002 р. затриманий згадувався як «злочинець» без будь-яких застережень. Така оцінка, надана високопоставленим працівником міліції, сприймалась як встановлений факт і прирівнювалась до заяви про вину заявника у вчиненні злочину, в якому він підозрювався. Ця заява передувала оцінці відповідних фактів компетентним судовим органом і спонукала громадськість вважати заявника винним до того, як його вина була доведена відповідно до закону.

53. Викладені міркування дозволяють Суду дійти висновку, що мало місце порушення права заявника на презумпцію невинуватості. Тому Суд не вважає за необхідне розглядати інші висловлювання, про які йдеться, і вважає, що мало місце порушення пункту 2 статті 6 Конвенції». [Довженко проти України (36650/03). https://minjust.gov.ua/files/25602]

1.3.7. Справа «Лада проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«50. (…) Суд перш за все зауважує, що постанова, на яку посилається заявник, була ухвалена районним судом при обранні запобіжного заходу. Питання щодо вини заявника у вчиненні кримінального правопорушення, таким чином, явно виходило за межі розгляду справи.

51. З огляду на повний текст постанови від 16 січня 2008 р., Суд також зауважує, що абзац, в якому міститься вираз, на який вказує заявник, сприймається як посилання на обставини, які відповідно до національного законодавства мають враховуватись при прийнятті рішення про обрання запобіжного заходу. У цьому контексті оскаржуваний вираз дійсно стосується характеристики злочину, у вчиненні якого обвинувачувався заявник, як зазначив голова районного суду. Крім того, на початку постанови районний суд прямо зазначив, що заявник обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення. У заключній частині постанови також було зазначено, що судове слідство у справі ще не закінчено, то що ще не було проведено низки слідчих дій для встановлення істини у справі.

52. У світлі зазначеного, Суд вважає, що з огляду на фактичний зміст та контекст, оскаржуваний вираз був справді технічною помилкою судді. Суд вважає, що суддя повинен приділяти особливу увагу точності формулювань у своїх рішеннях. Тим не менш, на думку Суду, обставини справи та уважне читання тексту постанови від 16 січня 2008 р. не дозволяють дійти висновку, що заявника було визнано винним у вчиненні кримінального правопорушення, перш ніж його було засуджено компетентним судом. У цілому оскаржувана постанова обмежується тим, що враховує підозри та обвинувачення проти заявника.

53. З огляду на викладене, Суд не вбачає жодних ознак порушення права заявника на презумпцію невинуватості відповідно до пункту 2 статті 6 Конвенції. Відповідно, ця скарга є явно необґрунтованою та має бути відхилена відповідно до підпункту «а» пункту 3 та пункту 4 статті 35 Конвенції». [Лада проти України (32392/07). https://minjust.gov.ua/files/general/2018/03/16/20180316182819–32.doc]

1.3.8. Справа «Сергій Золотухін проти Росії»

Фактичні обставини:

У січні 2002 року заявник був затриманий за те, що провів свою подругу до військової частини без дозволу, і був доставлений в районний відділ міліції. Згідно з повідомленнями міліції, він

був п'яний, поводився непристойно, використовував нецензурну мову та намагався втекти. Того ж дня районний суд визнав його винним у дрібному хуліганстві та засудив його до триденного арешту. Згодом проти нього було порушено кримінальну справу стосовно тих самих подій. Йому було пред'явлено звинувачення в «хуліганських діях» за статтею 213 Кримінального кодексу РФ безпосередньо після прибуття в поліцейський пункт. У грудні 2002 року той самий районний суд визнав заявника винним у звинуваченні за статтями 318 та 319 Кримінального кодексу, але виправдав його за звинуваченням за статтею 213 КК РФ після того, як визнав, що його вину не було доведено.

Рішення ЄСПЛ:

«118. У російській правовій системі, однак, заборона повторного судового розгляду обмежується сферою кримінального правосуддя. Відповідно до Кримінально-процесуального кодексу, попереднє засудження за аналогічне по суті адміністративне правопорушення не є підставою для припинення кримінальної справи. (…) російські суди не мають у своєму розпорядженні правових норм, які дозволили б їм уникнути повторення судового розгляду в ситуації, коли обвинувачений притягується до суду за правопорушення, за яке він уже був остаточно засуджений або виправданий відповідно до Кодексу про адміністративні правопорушення.

119. У світлі вищевикладеного, Суд вважає, що виправдання заявника за частиною 2 статті 213 Кримінального кодексу [РФ] не позбавило його статусу «жертви» стверджуваного порушення статті 4 Протоколу №7.

120. Суд установив, що заявник був визнаний винним у «дрібному хуліганстві» в рамках адміністративної процедури, яка повинна прирівнюватися до «кримінальної процедури» в автономному сенсі цього поняття в Конвенції. Після того, як засудження стало «остаточним», проти нього було висунуто кілька кримінальних обвинувачень. Більшість із них стосувалися дій заявника, вчинених ним у різний час і в різних місцях. Однак, обвинувачення заявника у «хуліганстві» стосувалося тієї ж самої поведінки, що і обвинувачення у «дрібному хуліганстві», і охоплювало по суті ті ж самі факти.

121. У світлі вищевикладеного, Суд вважає, що справа, порушена стосовно заявника за пунктом «б» частини 2 статті 213 Кримінального кодексу [РФ], стосується, по суті, того ж самого правопорушення, за яке він був засуджений на підставі остаточного рішення за статтею 158 Кодексу про адміністративні правопорушення.

122. Отже, мало місце порушення статті 4 Протоколу №7». [Сергій Золотухін проти Росії (14939/03) ECHR 2009-II. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117760]

1.3.9. Справа «Паскал проти України»:

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«69. Вивчаючи факти цієї справи у світлі своєї практики, Суд вважає, що формулювання інтерв'ю, даного, як стверджується, суддею Ш. газеті «Прапор Батьківщини» у перші тижні судового розгляду справи заявника, створив сильне враження, що особа, яка давала інтерв'ю, була переконана у винуватості заявника. Суд зазначає, що суддя заперечувала, що будь-коли давала інтерв'ю цій газеті та намагалася дистанціюватися від вказаної публікації, вимагаючи втручання прокуратури. Проте, оскільки стосовно її звернення не було ефективного розслідування, обставини публікації прояснено ніколи не було та не було усунуто ознак небезсторонності судді. Більше того, Верховний Суд у своєму рішенні не надав жодних міркувань з приводу причин відхилення чіткої скарги заявника, викладеної у його касації, щодо небезсторонності судді Ш.

70. Суд доходить висновку, що за цих обставин залишається видимість того, що суддя Ш. недвозначно висловила думку щодо винуватості заявника на самому початку судового розгляду. Отже, на думку Суду, побоювання заявника щодо небезсторонності судді Ш. можуть вважатись об'єктивно виправданими.

(…)

72. Уряд доводив, що публікація в газеті «Прапор Батьківщини» не може вважатися такою, що порушує презумпції невинуватості заявника.

73. Суд зазначає, що характер тверджень, що приписувалися газетою судді Ш., був ключовим у обґрунтуванні висновку, що заявник не мав справедливого розгляду безстороннім судом. Отже, Суд не вважає за необхідне окремо розглядати це питання у контексті цієї скарги». [Паскал проти України (24652/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_736]

1.3.10. Справа «Ігор Тарасов проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:

«22. Заявник наполягав на своїй скарзі, доводячи, що його двічі незаконно притягнули до юридичної відповідальності за одне й те саме правопорушення.

23. З огляду на суворість накладеного стягнення, Уряд визнав, що провадження у справі про адміністративне правопорушення щодо заявника було кримінальним у розумінні статті 4 Протоколу № 7. Уряд стверджував, що обидва провадження, порушені щодо заявника, стосувалися його поведінки 26 січня 2002 року в одному й тому ж місці. Проте факти, на підставі яких було порушено адміністративне провадження, стосувались порушення громадського порядку у зв'язку з використанням нецензурної лексики, розмахуванням дерев'яною ніжкою від стільця та погрозами застосування фізичного насильства. На противагу, факти, які стали важливим елементом кримінального обвинувачення, стосувалися заподіяння тілесних ушкоджень та майнової шкоди. За цих підстав Уряд стверджував, що заявника не було двічі притягнуто до юридичної відповідальності за одне і те саме діяння.

2. Оцінка Суду

(a) Чи було перше провадження кримінальним за своїм характером

24. Юридична кваліфікація процедури згідно з національним законодавством не може бути єдиним критерієм для застосування принципу ne bis in idem за пунктом 1 статті 4 Протоколу № 7. В іншому випадку застосування цього положення було б залишено на розсуд Договірних Сторін до такої міри, що призвело б до наслідків, не сумісних з предметом та метою Конвенції. Поняття «кримінальна процедура» у тексті статті 4 Протоколу №7 повинно тлумачитися з огляду на загальні принципи, що стосуються відповідних слів «кримінальне обвинувачення» та «покарання» у статтях 6 та 7 Конвенції відповідно.

25. Суд зазначає, що за відповідне адміністративне правопорушення передбачено застосування стягнення у вигляді адміністративного арешту на строк до п'ятнадцяти діб. Зважаючи на характер та суворість покарання, Суд вважає, що це провадження у розумінні статті 6 Конвенції було кримінальним. Відповідно воно підпадало під визначення «кримінальної процедури» у розумінні статті 4 Протоколу № 7.

(b) Чи були правопорушення, за які переслідувався заявник, одними і тими самими (idem)?

26. У справі «Сергій Золотухін проти Росії» Суд розглядав існуючі підходи до тлумачення принципу ne bis in idem та дійшов висновку, що статтю 4 Протоколу № 7 слід розуміти як заборону кримінального переслідування або судового розгляду у справі щодо другого «правопорушення», якщо вони витікають з ідентичних, або по суті одних і тих самих фактів. Отже, важливо було зосередитися на тих фактах справи, які складають сукупність конкретних фактичних обставин стосовно одного й того ж обвинуваченого, та нерозривно пов'язані між собою у часі та просторі, існування яких мало бути доведено з метою засудження або порушення кримінальної справи.

27. Повертаючись до цієї справи, Суд зазначає, що обидва провадження на національному рівні стосувалися поведінки заявника в одному й тому ж місці в один і той же проміжок часу. Фактами, що стали підставою для першого притягнення до відповідальності за «дрібне хуліганство», були: а) використання нецензурної лексики щодо працівників бару, б) захоплення та розмахування дерев'яною ніжкою від стільця, в) погроза застосування фізичного насильства та д) ігнорування зауважень на свою адресу.

28. Друге засудження за «хуліганство» розкрило нові відповідні факти, про які не згадувалось у першому випадку: завдання тілесних ушкоджень працівникам бару та заподіяння майнової шкоди власнику бару. Суд зазначає, що ці нові елементи також були складовими частинами тієї

ж безперервної поведінки, яку лише частково було охарактеризовано під час першого засудження. Зокрема, як вбачається з другого засудження, заявник не тільки «схопив» дерев'яну ніжку від стільця та «розмахував» нею, але й використав цей предмет для завдання працівникам бару певних тілесних ушкоджень та заподіяння майнової шкоди власнику бару. Отже, перше засудження стосувалося деяких дій заявника, вчинених в рамках більш широкого безперервного діяння, охопленого тим самим злочинним наміром заявника. Таке виокремлення дій з більш широкого контексту вбачається невиправданим, особливо, коли заявника з бару забрали працівники міліції, які мали можливість на місці злочину належним чином та негайно оцінити обставини справи.

29. Щодо інших фактичних складових, які були використані для першого засудження, Суд зазначає, що друге притягнення заявника до відповідальності також стосувалося використання ним нецензурної лексики, яке було складовою частиною злочинної поведінки заявника у другій справі. На підтвердження своїх висновків щодо фактів суд навів твердження потерпілих, які вказували на те, що заявник погрожував застосуванням фізичного насильства, а Б. намагався його заспокоїти. Це відповідає тим частинам фактів, які було використано для першого притягнення до відповідальності.

30. Отже, Суд доходить висновку, що факти, які двічі призвели до притягнення заявника до відповідальності, були нерозривно пов'язані між собою, та що оцінка національних судів другого провадження по суті стосувалася тих самих фактів, що досліджувалися і у першому провадженні.

(c) Чи було дублювання проваджень (bis)?

31. Мета статті 4 Протоколу № 7 полягає у забороні повторення проваджень, рішення за результатами яких «набрали законної сили». У розумінні цього положення рішення «набирає законної сили», якщо воно набрало сили res judicata. Так відбувається, коли рішення набирає законної сили, тобто коли відсутні жодні додаткові звичайні засоби юридичного захисту, або коли сторони такі засоби вичерпали чи допустили сплив строків використання цих засобів, так і не скориставшись ними. Важливо вказати нате, що стаття 4 Протоколу № 7 не виключає відновлення провадження, про що прямо зазначено у другому пункті статті 4 Протоколу № 7.

32: У цій справі перше провадження завершилось 28 січня 2002 року, коли районний суд визнав заявника винним у вчиненні дрібного хуліганства. Зазначене рішення не підлягало оскарженню та набрало законної сили. Друге провадження було розпочато 29 січня 2002 року та завершено 27 січня 2005 року, іншими словами, вже після набрання рішенням за результатами першого провадження законної сили. Варто зазначити, що районний суд не дійшов висновку про те, що друге провадження суперечило принципу ne bis in idem, відхиливши доводи заявника на тій підставі, що перша справа стосувалася іншого виду відповідальності. Такий висновок відповідав діючим процесуальним нормам національного законодавства, які не передбачали підстав для закриття кримінальної справи у випадку, якщо мало місце попереднє притягнення до відповідальності за, по суті, аналогічне адміністративне правопорушення. Проте, відповідно до положень Конвенції, обидва провадження були кримінальними з огляду на наведені вище підстави і з цього випливає, що національні органи влади продублювали кримінальні провадження, які стосувалися одних і тих самих фактів, у порушення принципу ne bis in idem.

33. Отже, Суд постановляє, що було порушення статті 4 Протоколу № 7». [Ігор Тарасов проти України (44396/05). ECHR 2016-VI. http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_b63]

1.3.11. Справа «Іванов проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«98. Заявник далі скаржився на те, що його було визнано винним в адміністративному порушенні, а потім висунуто кримінальне обвинувачення в цьому ж злочині.

99. Суд зазначає, як це випливає з матеріалів справи, навіть якщо адміністративні і кримінальні провадження відносяться до дій заявника одного й того ж дня, вони стосуються різних подій,

а саме – нецензурних висловлювань і спричинення тілесних ушкоджень. Таким чином, ця скарга є явно необґрунтована і має бути відхилена відповідно до пунктів 3 і 4 статті 35 Конвенції». [Іванов проти України (15007/02). ECHR 2006-XII. http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_136]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 1–2 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

1.4.1. Під правами і свободами людини і громадянина (ч.1 ст. 1 КК України) слід розуміти не тільки права і свободи, які передбачено розд. II Конституції України, але також основоположні права і свободи, що передбачені чинними міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

(Див.: 1.1.1–1.1.6)

Перш за все це статті Загальної декларація прав людини, а також розд. I Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

1.4.2. Частину 2 ст. 1 КК України («Кримінальний кодекс України визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили») слід тлумачити в поєднанні зі ст. 3 («Закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України»).

(Див.: 3.4.1 і 3.4.2)

1.4.3. Стаття 2 КК України підставою кримінальної відповідальності вказує склад злочину. Наразі визначення цього поняття Кримінальний кодекс не надає. Для виявлення ознак загального поняття складу злочину слід звертатися, не тільки до статей Особливої частини КК України, але також до міжнародних договорів та практики ЄСПЛ

Зокрема, як еквівалент поняття «склад злочину» слід, на наш погляд, розуміти поняття «елемент злочину», що використовується в ст. 9 Римського статуту міжнародного кримінального суду.

(Див.: 1.1.6, а також матеріали до статей 346–447 КК України)

1.4.4. Порушенням презумпції невинуватості визнається застосування національним судом в постанові про закриття справи формулювань, які вказують на вину особи у вчиненні злочину.

(Див.: 1.3.1)

1.4.5. Рішення національного суду про цивільну відповідальність особи за певні дії, при тому, що був постановлений виправдувальний вирок або судове рішення про звільнення особи від кримінальної відповідальності за ті саме дії, може бути або не бути порушенням презумпції невинуватості – залежно від певних обставин справи.

(Див.: 1.3.2 та 1.3.3)

1.4.6. Надання інтерв'ю органам масової інформації, в якому суддя висловлює свою переконаність у винуватості особи, справу стосовного якого цей суддя в цей час розглядає, порушує презумпцію невинуватості та право на справедливий та безсторонній суд.

(Див.: 1.3.4; 1.3.9)

1.4.7. Не можуть розглядатися як порушення презумпції невинуватості заяви обвинувача про доведеність вини обвинуваченого, зроблені в судовому засіданні з метою підтвердити достатність матеріалів справи для її передачі до суду.

(Див.: 1.3.5)

1.4.8. Порушенням презумпції невинуватості визнаються публічні заяви до рішення суду високопоставлених працівників поліції, в яких особа згадується як «злочинець» – навіть без згадування імені цієї особи.

(Див.: п. 3.6)

1.4.9. Використання виразу «вчинив тяжкий злочин» як підстави для взяття підозрюваного під варту може свідчить про порушення презумпції невинуватості.

(Див.: 1.3.7)

1.4.10. Порушенням презумпції невинуватості визнається посилання в постанові про обрання запобіжного заходу на таку підставу, як «відмова від визнання своєї вини».
(Див.: 1.3.8)

1.4.11. Якщо порушення закріпленого у ч. 2 ст. 2 КК України принципу щодо презумпції невинуватості здійснюється особою з метою вплинути на зміст судового рішення, такі дії можуть утворювати склад втручання в діяльність судових органів (за наявності інших його ознак).
(Див.: 1.2.1 і 1.2.5)

1.4.12. Слід розрізняти зміст поняття «перше притягнення до кримінальної відповідальності» і поняття «друге притягнення до кримінальної відповідальності», про які йдеться у ч. 3 ст. 2 КК України.

З урахуванням норм міжнародного права та практики ЄСПЛ «перше притягнення до кримінальної відповідальності» – це вирок, який набрав законної сили і яким особу за цей саме злочин остаточно виправдано або засуджено *(див.: 1.1.2; 1.1.5 – ст. 4)*, а «друге притягнення до кримінальної відповідальності» – це «початок нового судового переслідування» *(див., напр.: 1.3.8 – п. 83)*.

Тобто ч. 2 ст. 2 КК України забороняє повідомляти особі про підзору у вчинені злочину, за вчинення якого він вже засуджений або виправданий вироком, який набрав законної сили.

1.4.13. Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» в розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, розуміється не тільки провадження за нормами національного кримінального закону але, за певних обставин також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства.

ЄСПЛ у своєму рішенні в справі «Сергій Золотухін проти Росії» вказав таке:

– «слово «правопорушення» в тексті ст. 4 Протоколу № 7 не повинно тлумачитися з дотриманням обмежувального підходу» (п. 81 рішення);

– «стаття 4 Протоколу № 7 має розумітись як заборона переслідування або судового розгляду справи про друге «правопорушення», якщо це правопорушення ґрунтується на однакових фактах або фактах, які, по суті, є тими же самими» (п. 82 рішення).

Розглядаючи цю справу, Суд перш за все вирішив зробити уточнення стосовно того, яке поняття належить вкладати у вислів «те саме правопорушення» в сенсі Конвенції. Проаналізувавши розуміння, в якому право не бути судимим та покараним двічі подається в інших міжнародних документах, таких як Міжнародний пакт про цивільні та політичні права, прийнятий Організацією Об'єднаних Націй, Хартія основоположних прав Європейського Союзу та Американська конвенція про права людини, Суд вказав, що стаття 4 Протоколу № 7 мусить сприйматись в тому сенсі, що вона забороняє переслідувати чи судити одну особу за друге правопорушення, якщо останнє походить з тих самих фактів або фактів, що «по суті» є такими ж, як і ті, по яких мало місце перше правопорушення. Ця гарантія вступає в дію, коли розпочато нове переслідування, а попереднє рішення про виправдання чи засудження вже набрало законної сили.

Зробивши зазначений вище узагальнювальний висновок стосовно змісту «те саме правопорушення», ЄСПЛ застосував його до вирішення справи, що розглядалася, і визнав, що засудження заявника за порушення громадського порядку спочатку за ст. 158 Кодексу про адміністративні правопорушення РФ («Дрібне хуліганство»), а згодом притягнення до відповідальності за ст. 213 Кримінального кодексу РФ («Хуліганство»), є порушенням ст. 4 Протоколу № 7 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Суд вказав, що факти, які лежать у витоках адміністративної та кримінальної процедур, які було порушено проти заявника, відрізняються лише одним елементом, а саме погрозою насильства на адресу поліцейського, а отже, мусять розглядатися як ідентичні по суті.

Якщо покласти зміст даного рішення ЄСПЛ на зміст українського національного законодавства, слід погодитися з тим, що ЄСПЛ визнав юридичною відповідальністю «одного виду» адміністративну і кримінальну відповідальність за одне й те саме правопорушення, що заборонено ст. 61 Конституції України.

Крім того, слід взяти до уваги, що ЄСПЛ визнає головною ознакою «притягнення до кримінальної відповідальності» характер і розмір санкції, яка передбачена відповідними статями адміністративного закону.

Так, у рішенні в справі «Kapetanios et autres c. Grèce» ЄСПЛ зазначив, що визначення справи як кримінальної залежить від тяжкості санкції, який особа підлягає апріорі, а не від тяжкості по-

карання, яке було в кінцевому рахунку застосоване *(див.: 1.2.8)*. У справі «Mamidakis c. Grèce» ЄСПЛ, розглянувши скаргу на кримінальне засудження заявників за контрабанду після накладення на них за те саме порушення адміністративних штрафів, дійшов висновку, що з огляду на значну суму штрафів такі санкції за їх тяжкістю і стримуючим ефектом належать до сфери кримінального права *(див.: 1.2.9)*.

Подальшого розвитку ця проблематика отримала в рішенні ЄСПЛ «Ігор Тарасов проти України», де ЄСПЛ вказав, що адміністративне покарання у вигляді адміністративного арешту на строк до п'ятнадцяти діб, зважаючи на його характер та суворість, є покаранням кримінальним. Виняткового значення набуває той факт, що представник України в цій справі в процесі її розгляду зайняв таку саме позицію: «23. З огляду на суворість накладеного стягнення, Уряд визнав, що провадження у справі про адміністративне правопорушення щодо заявника було кримінальним у розумінні статті 4 Протоколу № 7» *(див.: 1.3.10)*.

Ураховуючи ту обставину, що за законодавством України розміри штрафів у багатьох статтях КпАП є співрозмірними, а в деяких випадках навіть більше розмірів штрафів в окремих статтях КК України, необхідно мати на увазі імовірність визнання ЄСПЛ порушенням статті 4 Протоколу №7 до Конвенції притягнення особи до кримінальної відповідальності після накладення адміністративних санкцій за те саме порушення правил дорожнього руху, порушення бюджетного законодавства, самоправство тощо. У відповідних випадках необхідно перевіряти – чи не притягувалася особа за ті самі діяння до адміністративної відповідальності у вигляді адміністративного арешту на будь-який строк або штрафу в розмірі, що є співмірними із санкціями у вигляді штрафу, що передбачені КК України. При виявленні такого подальше кримінальне провадження потребує скасування (за можливості) рішення про адміністративне стягнення.

Водночас ЄСПЛ не знаходить порушення ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції («Право не бути притягненим до суду або покараним двічі»), коли має місце реальна сукупність адміністративного та кримінального правопорушень *(див.: 1.3.11)*, а також у випадку притягнення особи до кримінальної відповідальності за порушення податкового обліку та інші правопорушення в галузі фінансів і підприємницькій діяльності *(див.: 212.4.1)*.

(Див.: 1.2.6, 1.2.7; 1.3.8–1.3.11;11.4.1; 296.4.2).

1.4.14. У разі, якщо обвинуваченого визнано винним у вчиненні злочину, норми про презумпцію невинуватості не можуть застосовуватися до тверджень щодо характеру та змісту діянь обвинуваченого як частини процедури спеціальної конфіскації (статті 96^1 і 96^2 КК, а також ч. 9 ст. 100 КПК) за умови, що зазначені твердження не пов'язані з висуненням нового обвинувачення.

(Див.: 96^1.4.1)

1.4.15. ЄСПЛ не визнав порушенням права не бути притягненим до суду або покараним двічі випадок притягнення до кримінальної відповідальності, коли повторний розгляд справи обумовлений скасуванням рішення суду про застосування амністії стосовно особи, яка звинувачена в злочинах «проти основоположних прав людини, такі як навмисне вбивство цивільних осіб та нанесення тяжких тілесних ушкоджень дитині».

(Див.: 85.3.1)

1.4.16. Притягнення особи до кримінальної відповідальності за ухилення особи від призову після відбуття нею покарання за таке саме діяння за таких саме обставин, зокрема щодо мотивів ухилення, слід розглядати як порушення ч. 3 ст. 2 КК України, а також ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

(Див.: 1.1.5 та 335.4.3)

1.4.17. Особа, яка вчинила злочин на території України чи за її межами, і була засуджена міжнародним судом (трибуналом) на підставі міжнародного договору, згоду на обов'язковість якого надано Верховною Радою України, не може бути притягнена до кримінальної відповідальності за той самий злочин.

(Див.: 1.1.6 – ст. 20)

1.4.18. Повідомлення особі про підозру у вчинені злочину, за який вона вже була притягнена до кримінальної відповідальності, порушує ч. 3 ст. 2 КК України.

(Див.: 1.2.6 – п. 83)

Розділ ІІ. ЗАКОН ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

Стаття 3. Законодавство України про кримінальну відповідальність

1. Законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права.

2. Закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності цим Кодексом, включаються до нього після набрання ними чинності.

3. Злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом.

4. Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено.

5. Закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

§1. Норми міжнародного права
щодо законодавства про кримінальну відповідальність

3.1.1. Віденська конвенція про право міжнародних договорів
(ООН, від 23.05.1969)
(приєднання Указом ПВР від 14.04.1986)
«Стаття 2. Вживання термінів
1. Для цілей цієї Конвенції:
a) «договір» означає міжнародну угоду, укладену між державами в письмовій формі і регульовану міжнародним правом, незалежно від того, чи викладена така угода в одному документі, двох чи кількох зв'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування;
b) «ратифікація», «прийняття», «затвердження» і «приєднання» означають, залежно від випадку, міжнародний акт, який має таке найменування і за допомогою якого держава виражає в міжнародному плані свою згоду на обов'язковість для неї договору;
(…)
Стаття 5. Договори, які встановлюють міжнародні організації, і договори, прийняті в рамках міжнародної організації
Ця Конвенція застосовується до будь-якого договору, який є установчим актом міжнародної організації, без шкоди для відповідних правил цієї організації.
(…)
Стаття 26. Pacta sunt servanda
Кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись.
Стаття 27. Внутрішнє право і додержання договорів
Учасник не може посилатись на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору. Це правило діє без шкоди для статті 46.
Стаття 28. Договори не мають зворотної сили
Якщо інший намір не випливає з договору або не встановлений в інший спосіб, то положення договору не є обов'язковими для учасника договору щодо будь-якої дії чи факту, які мали місце до дати набрання договором чинності для визначеного учасника, або щодо будь-якої ситуації, яка перестала існувати до цієї дати.
Стаття 29. Територіальна сфера дії договорів
Якщо інший намір не випливає з договору або не встановлений в інший спосіб, то договір є обов'язковим для кожного учасника щодо всієї його території.
(…)

Стаття 46. Положення внутрішнього права, які стосуються компетенції укладати договори

1. Держава не має права посилатись на ту обставину, що її згода на обов'язковість для неї договору була виражена на порушення того чи іншого положення її внутрішнього права, яке стосується компетенції укладати договори, як на підставу недійсності її згоди, якщо тільки це порушення не було явним і не стосувалося норми її внутрішнього права особливо важливого значення.

2. Порушення є явним, якщо воно буде об'єктивно очевидним для будь-якої держави, що діє в цьому питанні добросовісно і відповідно до звичайної практики». [Віденська конвенція про право міжнародних договорів (ООН, від 23.05.1969). http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_118]

3.1.2. Римський статут міжнародного кримінального суду

(ООН, від 17.07.1998)

(щодо ратифікації див.: частина 6 ст. 124 Конституції України; постанова ВР № 145-VIII від 04.02.2015)

*«**Статья 22. Nullum crimen sine lege***

1. Лицо не подлежит уголовной ответственности по настоящему Статуту, если только соответствующее деяние в момент его совершения не образует преступления, подпадающего под юрисдикцию Суда.

2. Определение преступления должно быть точно истолковано и не должно применяться по аналогии. В случае двусмысленности определение толкуется в пользу лица, которое находится под следствием, в отношении которого ведется судебное разбирательство или которое признано виновным.

3. Настоящая статья не влияет на квалификацию любого деяния как преступного по международному праву, независимо от настоящего Статута». [Римський статут міжнародного кримінального суду (ООН, від 17.07.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588]

3.1.3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

*«**Стаття 7. Ніякого покарання без закону***

1. Нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом. Також не може бути призначене суворіше покарання ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

щодо застосування законодавства про кримінальну відповідальність

3.2.1. Справа «Coëme and others v. Belgium»

«145. Суд повторює, що відповідно до своєї прецедентної практики стаття 7 включає, зокрема, принцип, згідно з яким лише закон може визначити злочин та призначити покарання (nullum crimen, nulla poena sine lege). Це не тільки забороняє розширення сфери застосування нових норм, які встановлюють злочинність діяння, на дії, які раніше не були кримінальними правопорушеннями, він також встановлює принцип, згідно з яким кримінальне право не повинно розширено тлумачитися на шкоду обвинуваченому, наприклад за аналогією. Із цього випливає, що правопорушення та відповідні покарання повинні бути чітко визначені законом. Ця вимога виконується, коли особа може знати з формулювання відповідного закону та за необхідності за допомогою інтерпретації судами його суті, які дії та бездіяльність загрожують йому кримінальною відпові-

дальністю». [Coëme and others v. Belgium (67335/01). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–59194] (Неофіційний авторський переклад)

3.2.2. Справа «Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey»

«36. Суд нагадує, що відповідно до його прецедентної практики, стаття 7 Конвенції включає, зокрема, принцип, що лише закон може визначати злочин і призначити покарання (nullum crimen, nulla poena sine lege) та принцип, згідно з яким закон не слід тлумачити розширено на шкоду звинуваченого, наприклад за аналогією. Із цих принципів випливає, що правопорушення та передбачені для нього санкції повинні бути чітко визначені в законі. Ця вимога виконується, коли особа може знати з формулювання відповідного положення та за необхідності за допомогою інтерпретації судами його суті, які вчинки та бездіяльність загрожують йому кримінальною відповідальністю». [Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey (23536/94 and 24408/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58276] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо застосування кримінального закону за аналогією

3.3.1. Справа «Vasiliauskas v. Lithuania»
Див.: 442.3.1 – пункт 183.

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності
норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 3 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

3.4.1. Норми міжнародного права, які імплементовані до КК України, мають обов'язкове значення для уточнення (тлумачення) ознак відповідних складів злочинів.

Деякими статтями КК України доповнений відповідно до зобов'язань України, що покладені на неї як сторону – учасника міжнародного договору, ратифікованого Верховною Радою України. Ряд таких статей текстуально майже дослівно відтворює відповідні норми зазначених міжнародних договорів, у тому числі використовують терміни, які характеризують предмети злочинів. При цьому нерідко статті КК України не надають визначення зазначених предметів. Натомість міжнародний договір містить відповідні дефініції. Зрозуміло, що в таких ситуаціях при кваліфікації вчиненого за відповідними статтями суд зобов'язаний взяти до уваги наведені в міжнародних договорах ознаки предметів злочинів.

Наприклад, Закон України «Про ратифікацію Міжнародної конвенції про боротьбу з актами ядерного тероризму» набрав чинності одночасно з набранням чинності змінами до Кримінального кодексу України, зокрема доповненням КК ст. 265^1 «Незаконне виготовлення ядерного вибухового пристрою чи пристрою, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію». І якщо диспозиція ст. 265^1 КК України не містить ознак предмета цього злочину, то Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму визначає, що «Пристрій», це «будь-який ядерний вибуховий пристрій або будь-який пристрій, який розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію та який може внаслідок своїх радіологічних властивостей спричинити смерть, серйозне каліцтво або суттєву шкоду власності чи навколишньому середовищу».

Висновок щодо застосовності норм міжнародного права для визначення (тлумачення) ознак складів злочинів видається більш очевидним у випадках, коли відповідні статті включені до Особливої частини КК на виконання міжнародних угод і зміст цих статей являє собою по суті інкорпорацію норм вказаних міжнародних угод. Так, ст. 437 «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни» відповідає зобов'язанням України як співзасновника і члена ООН по виконанню Статуту ООН та резолюції, що була прийнята XXIX сесією Генеральної Асамблеї ООН 14 грудня 1974 р. Наразі диспозиція ст. 437 КК України не містить жодних вказівок щодо ознак суб'єкта цього злочину. Натомість ст. 8біс Римського статут МКС наголошує, що «злочин агресії означає планування, підготовку, ініціювання або здійснення акту агресії особою, яка в змозі фактично здійснювати керівництво або контроль за політичними або військовими діями дер-

жави». На наш, погляд сприйняття зазначеної норми як джерела для уточнення ознак суб'єкта злочину, визначеного ст. 437 КК України, відповідає змісту ч. 1 ст. 3 КК України, а саме припису про те, законодавство України про кримінальну відповідальність ґрунтується на «загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права». Це ніяким чином не суперечить ч. 3 ст. 3 КК України.

3.4.2. Норми міжнародного права, які не імплементовані до КК України чи імплементовані неповністю, також можуть враховуватися у правозастосовній практиці.

Зв'язок кримінального права України з міжнародним правом розглядається в науковій літературі переважно під кутом імплементації або навіть інкорпорації норм міжнародного кримінального права до національного кримінального законодавства. Прикладом є зміст більшості статей розд. XX КК України «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку» і сам факт їх появи в Кодексі. Однак не можна ігнорувати тієї обставини, що норми про кримінальну відповідальність за окремі види злочинів знаходяться в інших галузях міжнародного права.

Зокрема, міжнародне морське право містить норми про відповідальність за піратство, пошкодження підводних кабелів і трубопроводів, ненадання допомоги на морі. Міжнародне повітряне право передбачає відповідальність за злочини на повітряному транспорті. Дипломатичне і консульське право встановлює злочинність за посягання на осіб, що користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів. Міжнародне економічне право визнає злочинами підроблення грошей та відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом.

Згідно з частиною першою ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Конвенції, пакти та інші міжнародні договори, які містять зазначені норми підлягають імплементації в національне законодавство, у тому числі в Кримінальний кодекс України.

«Враховуючи положення статті 9 Конституції України, статті 26 Віденської конвенції, статей 15, 19 Закону № 1906-IV, міжнародно-правовий принцип сумлінного виконання міжнародних зобов'язань, при здійсненні правосуддя суди повинні враховувати, що існує пріоритет міжнародного договору України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, над національним законом та іншими актами законодавства, крім Конституції України. Тобто якщо таким міжнародним договором встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені законодавством України, то застосовуються правила міжнародного договору України» *(див.: 0.2.5)*. У свою чергу, ч. 2 ст. 18 Закону № 1906-IV «Про міжнародні договори України» встановлено таке: «Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору» *(див.: 0.2.2)*.

Таким чином, ч. 2 ст. 18 Закону «Про міжнародні договори України» вирішує будь-яку можливу колізію між нормами чинного цивільного, адміністративного та інших галузей національного законодавства та нормами міжнародного права на користь останніх. Відповідно, кодекси зазначених галузей права містять норми, які фактично відтворюють зміст ст. 18 Закону України «Про міжнародні договори України». Наприклад, в ч. 4 ст. 9 КПК зазначено: «У разі якщо норми цього Кодексу суперечать міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, застосовуються положення відповідного міжнародного договору України».

Інша ситуація з Кримінальним кодексом України, який не містить аналогічної норми, а навпаки, встановлює (ч. 3 ст. 3): «злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом». Таким чином, ч. 2 ст. 18 Закону України «Про міжнародні договори України» не поширюється на кримінальне законодавство України, а норми КК мають пріоритет над нормами міжнародного права, які встановлюють кримінальну відповідальність, але не інкорпоровані в Кримінальний кодекс України.

Частини 2 і 5 ст. 3 КК своїм адресатом мають не учасників кримінального судочинства, а законодавця. Вони вказують на його завдання, по-перше, забезпечити відповідність законів України про кримінальну відповідальність положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах,

згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, і, по-друге, включити ці закони безпосередньо до Кодексу.

Більшість міжнародних документів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, містять норми про те, що країни – учасники відповідних конвенцій, пактів, декларацій, угод беруть на себе зобов'язання внести такі доповнення та зміни до національного законодавства, які б відображали зміст відповідних міжнародних норм.

Якщо на ратифікацію подається міжнародний договір, виконання якого потребує прийняття нових або внесення змін до чинних законів України, проекти таких законів подаються на розгляд Верховної Ради України разом із проектом закону про ратифікацію і приймаються одночасно (*див.: 0.2.2 – ст. 9*). Більше того, Закон України від 06.12.2017 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» був прийнятий і частково набрав сили навіть до ратифікації вказаної в ньому Конвенції.

Однак це не виключає виникнення ситуації, коли законодавство України тією чи іншою мірою може суперечити окремим нормам міжнародного права. Причинами цього може бути:

а) відсутність імплементації норми міжнародного права, тобто міжнародний договір ратифікований без одночасного внесення змін до національного законодавства;

б) неповна імплементації норми міжнародного права, тобто внесення до національного законодавства змін, в яких не повністю відображені норми ратифікованого міжнародного договору;

в) редакційні та технічні недоліки відповідних законів, що припускають різне тлумачення нових норм національного законодавства.

У таких випадках постає питання про вирішення можливої колізії між нормами національного законодавства та нормами міжнародного права. Із цього приводу необхідно звернутися до постанови Пленуму ВСС від 19.12.2014 р. №13, в п. 16 якої вказано таке:

«16. Норми міжнародних договорів, які визначають ознаки складу кримінально караного діяння, не можуть застосовуватись судами України безпосередньо, оскільки такими договорами прямо встановлюється обов'язок держави забезпечити виконання передбачених договором обов'язків шляхом встановлення покарання за певні злочини внутрішнім (національним) законом (наприклад, Єдина конвенція про наркотичні засоби 1961 року, Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників 1979 року, Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден 1970 року, Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) 1999 року).

При здійсненні правосуддя суди повинні враховувати, що відповідно до частини першої ст. 3 КК законодавство України про кримінальну відповідальність становить КК, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права. При цьому підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК (частина перша ст. 2 КК); злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом (частина третя ст. 3 КК).

У зв'язку із цим міжнародно-правові норми, що передбачають ознаки складу злочину, мають застосовуватись судами України лише у тих випадках, коли норми КК прямо встановлюють необхідність застосування міжнародного договору України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України (наприклад, статті 438–440 КК)» *(див.: 0.2.5)*.

Водночас це ніяким чином не означає, що норми міжнародного права, які не імплементовані (не повністю імплементовані) в чинний КК, не мають значення для правозастосовної практики.

По-перше, якщо в постанові Пленуму ВСС однозначно відкидається можливість кваліфікувати злочини на підставі безпосередньо норм міжнародного кримінального права, то питання про допустимість безпосереднього застосування норм міжнародних договорів, які стосуються положень Загальної частини кримінального права, залишено без розгляду і вирішення.

Так само залишено поза увагою Пленуму ВСС ситуації, коли міжнародні договори, декриміналізують певні діяння, відповідальність за які встановлена Особливою частиною КК України (*див., напр.: 365.1.5 – п. 25*).

На наш погляд норми міжнародних договорів, які стосуються положень Загальної частини КК України або декриміналізують певні діяння, можуть і повинні застосовуватися безпосередньо, – навіть якщо вони ратифіковані, але не імплементовані до КК України. Така позиція повною мірою узгоджується з принципом міжнародного, конституційного і кримінального права про зворотну силу закону, що скасовує або пом'якшує покарання (*див.: ст. 5 КК України та матеріал до неї*).

По-друге, в міжнародному праві діє принцип «pacta sunt servanda» – «договори повинні виконуватися». В розвиток цього принципу у ст. 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів наголошено: «Учасник не може посилатись на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору. Кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись».

Між тим, незважаючи на те, що низка чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, передбачають кримінальну відповідальність за злочини проти миру, проти людяності та за воєнні злочини, вони імплементовані до Особливої частини КК України частково, а саме імплементовані норми про відповідальність за злочини проти миру та за воєнні злочини. При цьому залишені без імплементації норми про відповідальність за злочини проти людяності. Це також вимагає розгляду і вирішення питання про їх застосовність (*див.: XX.4.3*).

По-третє, в статях Особливої частини КК України деякі ознаки відповідних складів злочинів, які не мають безпосереднього зв'язку з міжнародними договорами, тим не менш нерідко визначені таким чином, що потребують тлумачення. В деяких статях окремі ознаки складів злочинів взагалі не розкриваються. В таких випадках залучення норм міжнародного права для уточнення (тлумачення) змісту ознак відповідних складів злочинів ніяким чином не може бути визнане порушенням ст. 3 КК України (*див., напр.: 236.4.4*).

По-четверте, слід враховувати, що коли відсутня імплементація ратифікованих Україною норм міжнародного права про кримінальну відповідальність за конкретні діяння, формальне застосування частини 3 ст. 3 КК України, зокрема, відмова від використання таких міжнародним норм для тлумачення ознак тих чи інших складів злочинів, означає високу вірогідність звернень громадян України (як потерпілих від злочинів, так і осіб засуджених за їх вчинення) до ЄСПЛ.

Стаття 4. Чинність закону про кримінальну відповідальність у часі

1. Закон про кримінальну відповідальність набирає чинності через десять днів із дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування.

2. Злочинність і караність, а також інші кримінально-правові наслідки діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, що діяв на час вчинення цього діяння.

3. Часом вчинення злочину визнається час вчинення особою передбаченої законом про кримінальну відповідальність дії або бездіяльності.

(Стаття 4 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 5. Зворотна дія закону про кримінальну відповідальність у часі

1. Закон про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотну дію у часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість.

2. Закон про кримінальну відповідальність, що встановлює злочинність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, не має зворотної дії в часі.

3. Закон про кримінальну відповідальність, що частково пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, а частково посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, має зворотну дію у часі лише в тій частині, що пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи.

4. Якщо після вчинення особою діяння, передбаченого цим Кодексом, закон про кримінальну відповідальність змінювався кілька разів, зворотну дію в часі має той закон, що скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи.

(Стаття 5 в редакції Закону № 270-VI від 15.04.2008)

§1. Норми міжнародного права
щодо чинності кримінального закону в часі

4.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
*«**Статья 11***
(…)
2. Никто не может быть осужден за преступление на основании совершения какого-либо деяния или за бездействие, которые во время их совершения не составляли преступления по национальным законам или по международному праву. Не может также налагаться наказание более тяжкое, нежели то, которое могло быть применено в то время, когда преступление было совершено». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

4.1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
*«**Стаття 7***
Ніякого покарання без закону
1. Нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом. Також не може бути призначене суворіше покарання ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення.
2. Ця стаття не є перешкодою для судового розгляду, а також для покарання будь-якої особи за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

4.1.3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)
*«**Стаття 15***
1. Ніхто не може бути визнаний винним у вчиненні будь-якого кримінального злочину внаслідок якоїсь дії чи упущення, що, згідно з діючим на момент його вчинення внутрідержавним законодавством або міжнародним правом, не були кримінальним злочином. Так само не може призначатися більш тяжке покарання, ніж те, яке підлягало застосуванню на момент вчинення кримінального злочину. Якщо після вчинення злочину законом встановлюється більш легке покарання, дія цього закону поширюється на даного злочинця.
2. Ніщо в цій статті не перешкоджає відданню під суд і покаранню будь-якої особи за будь-яке діяння чи упущення, що на момент вчинення були кримінальним злочином згідно з загальними

принципами права, визнаними міжнародним товариством.» [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

4.1.5. Римський статут міжнародного кримінального суду

(ООН, від 17.07.1998)

(щодо ратифікації див.: ч. 6 ст. 124 Конституції України; постанова ВР № 145-VIII від 04.02.2015)

«***Статья 24. Отсутствие обратной силы ratione personae***

1. Лицо не подлежит уголовной ответственности в соответствии с настоящим Статутом за деяние до вступления Статута в силу.

2. В случае внесения изменения в закон, применимый к данному делу до вынесения окончательного решения, применяется закон, более благоприятный для лица, которое находится под следствием, в отношении которого ведется судебное разбирательство или которое признано виновным». [Римський статут міжнародного кримінального суду. (ООН, від 17.07.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588]

4.1.6. Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем

(ПАРЄ, Резолюція 1096 (1996)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«7. Асамблея також рекомендує, щоб злочинні діяння, вчинені окремими особами під час комуністичного тоталітарного режиму, переслідувалися та каралися згідно з нормами кримінального законодавства. Якщо кримінальне законодавство передбачає строк давнини кримінального переслідування, цей строк може бути продовжений, тому що це лише процедурне, а не матеріальне питання. Однак прийняття та застосування зворотного кримінального законодавства не дозволяється. З іншого боку, дозволяється притягати до відповідальності в судовому порядку та карати будь-яку особу за будь-яку дію або бездіяльність, яка на момент її здійснення не була кримінальним правопорушенням відповідно до національного законодавства, але вважалася ним відповідно до загальних правових принципів, що визнаються цивілізованими країнами. Крім того, якщо особою були явно порушені права людини, твердження цієї особи про те, що вона зробила це за наказом, не виключає ані незаконності її дій, ані її особистої провини.» [Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем. (ПАРЄ Резолюція 1096 (1996). http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=16507&lang=EN]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо чинності кримінального закону в часі

4.2.1. Справа «G. v. France»

«26. (…) повинен застосовуватися новий, більш м'який закон стосовно визначення злочину, а також такий новий закон, який є більш м'яким стосовно передбачуваних санкцій». [G. v. France (15312/89). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57968] (Неофіційний авторський переклад).

4.2.2. Справа «Vasiliauskas v. Lithuania [GC]»

«159. Суд повторює, що у разі зміни державного суверенітету над територією або зміни політичного режиму на національних територіях держави, що перебуває під владою закону, цілком законно порушити кримінальну справу проти тих, хто вчинив злочини за колишнього режиму. Суди такої держави, замінивши ті, що існували раніше, не можуть бути піддані критиці за застосування та тлумачення правових положень, що діють на даному етапі, з урахуванням принципів, що регулюють державу, що підпадає під законність». [Vasiliauskas v. Lithuania (35343/05). ECHR 2015-X. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–158290] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо чинності кримінального закону в часі

4.3.1. Справа «Achour v. France»
Фактичні обставини:

У жовтні 1984 р. місцевий суд у кримінальних справах визнав заявника винним у перевезенні наркотиків та засудив його до 3 років позбавлення волі. У липні 1986 р. заявник відбув покарання.

У березні 1994 р. набула чинності стаття 132^9 нового Кримінального кодексу Франції, відповідно до якої були змінені умови і наслідки визнання рецидиву. У цій статті, зокрема, встановлено: якщо особа, яку було засуджено за тяжкий злочин, що карається 10-річним строком ув'язнення, вчинить новий подібний за тяжкістю злочин протягом 10 років з часу відбуття покарання за перший злочин, то міра покарання, що може бути призначена за новий злочин, зростає удвічі.

У квітні 1997 р. заявника було визнано винним у зберіганні наркотиків (у його будинку було знайдено два великих пакети, в яких містилося загалом 57 кг коноплі). Суд, який розглядав справу, призначив заявнику покарання у вигляді 8 років позбавлення волі, а також ухвалив рішення про видворення його за межі території Франції строком на 10 років.

У листопаді 1997 р. апеляційний суд, застосувавши згадану ст. 132^9 КК Франції, збільшив заявнику строк покарання до 12 років ув'язнення.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«37. Заявник, зокрема, зазначив, що збільшення строку позбавлення волі за вироками, що застосовується до рецидивістів, обумовлено більшою небезпекою, яку вони становили завдяки своїй наполегливості до вчинення нових злочинів, незважаючи на попередні вироки. Концепція рецидивізму вважалася передусім засобом забезпечення зразкової поведінки тих, хто вчинив злочинність, через форму пробації, яка виникає внаслідок ризику отримання збільшеного покарання у разі повторного злочину. Тому правила рецидиву були спрямовані на сприяння виправленню засуджених осіб; ця мета, яка сформувала одну з основних тенденцій у сучасній політиці злочинності, відповідно мала певний вплив на визначення питань, пов'язаних із застосуванням послідовних законів. У демократичному суспільстві вимоги захисту суспільного устрою повинні бути узгоджені з метою виправлення правопорушників. Він зазначив, що ст. 7 Конвенції стосується вимоги правової визначеності.

(…)

49. Суд звернув увагу на те, що ст. 132^9 КК Франції передбачала, що максимальний строк ув'язнення та розмір штрафу, які можуть бути призначені за новий злочин, зростають удвічі у разі, коли особа вчинила цей злочин упродовж 10 років з часу відбуття покарання за попередній злочин чи з часу завершення строку, визначеного для виконання покарання за попередній злочин (тоді як кримінальний закон у попередній редакції передбачав можливість призначення більш суворого покарання за умови вчинення нового злочину лише упродовж 5 років). Стаття 132^9 КК Франції набула чинності у березні 1994 року, а заявник вчинив нові правопорушення у 1995 році. Отже, положення зазначеної статті підлягали застосуванню до заявника, і тому його було визнано рецидивістом.

53. Отже, у Суду не було сумніву стосовно того, що заявник цілком міг перебачити ситуацію можливого застосування до нього нових правил. Адже він вчинив другий злочин до завершення 10-річного строку з часу відбуття покарання за попередній подібний злочин (новий злочин було вчинено у 1995 році, а 10-річний строк спливав у липні 1996 року). Тому заявник міг передбачити, що до нього буде застосовано суворіше покарання, аніж те, яке передбачено санкцією відповідної статті (йдеться про статтю, в якій передбачено покарання за новий злочин, який вчинив заявник).

59. Зрештою, Суд визнав, що той факт, що національні суди взяли до уваги попередню судимість заявника (позначка про яку містилася у його кримінальній справі) під час призначення йому покарання за новий злочин, не суперечив Конвенції. Оскільки новий злочин заявник вчинив після набуття чинності ст. 132^9 нового КК Франції.

60. Підсумовуючи, вирок, яким заявник був визнаний винним і визнаний рецидивістом, був застосований відповідно до «закону», який був на момент вчинення другого злочину доступний

і передбачуваний щодо його наслідків. Отже, пан Achour повинен був знати в той час, які саме будуть правові наслідки його злочинних дій. Тому Суд постановив, що порушення ст. 7 Конвенції не було». [Achour v. France (67335/01). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–72927].

4.3.2. Справа «Touvier contre la France»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ (Комісія):

(неофіційний авторський переклад)

«EN DROIT 7. Заявник також вважає, що він був засуджений унаслідок Закону Франції 1964 року, який зворотно встановив відповідальність за злочини проти людяності. Заявник посилається на порушення пункту 1 статті 7 Конвенції. Заявник також вважає, що виняток із застосування зворотної сили, як це передбачено в пункті 2 статті 7 Конвенції, не може бути прийнятий у цій справі, оскільки факти, за що був засуджений, мають ознаки загальноправового злочину, а не злочину проти людяності.

(…)

Комісія зазначає, що заявник був засуджений до довічного ув'язнення за співучасть у злочинах проти людяності. Комісія також зазначає, що ознаки злочинів проти людяності були виписані в Статуті Нюрнберзького міжнародного трибуналу, які додаються до угоди союзників від 8 серпня 1945 року. Французький закон 26 грудня 1964 року відноситься до нього як спеціальний закон, що має за мету забезпечити відповідальність за злочини проти людяності.

(…)

Комісія нагадує, що під час підготовки тексту Конвенції пункт 2 статті 7 був призначений для уточнення того, що ця стаття не зачіпає закони, які, в дуже виняткових обставинах, що виникли після Другої світової війни, встановили зворотну силу законів про відповідальність за воєнні злочини та колабораціонізм. (…) Комісія вважає, що це міркування також стосується злочинів проти людяності.

(…)

У цьому випадку Комісія дійшла висновку про те, що заявник був засуджений не за загальнокримінальний злочин, а за співучасть у злочинах проти людства, як це видно зі справи щодо заявника та вироку суду.

Із цього випливає, що ця скарга має бути відхилена як явно необґрунтована відповідно до статті 27 пункту 2 Конвенції». [Touvier contre la France (29420/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–28405]

4.3.3. Справа «Kafkaris v. Cyprus»

Фактичні обставини:

У 1989 році заявника визнали винним у трьох епізодах умисного вбивства і засудили до довічного ув'язнення відповідно до Кримінального кодексу Кіпру. Водночас Тюремні правила вказували, що особи, засуджені до довічного ув'язнення, можуть бути звільнені умовно-достроково. З цією метою довічне ув'язнення прирівнювалося до позбавлення волі на двадцять років. Згодом Верховний суд Кіпру проголосив у окремій справі, що правила стосовно зменшення покарання були неконституційними і тому було запроваджено нове законодавство, яке забороняло особам, засудженим до довічного ув'язнення, просити про помилування з огляду на хорошу поведінку. Єдиною можливістю для звільнення, яку мають зараз на Кіпрі особи, засуджені до довічного ув'язнення, є конституційне повноваження президента призупинити, відкласти або змінити покарання за рекомендацією Генерального прокурора.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«149. Суд не погоджується, що до заявника було зворотно застосоване тяжче покарання,

(…)

151. Що ж стосується того факту, що внаслідок зміни у Тюремних правилах заявник був позбавлений права на умовно-дострокове звільнення від довічного позбавлення волі, Суд зазначає, що це матерія стосується виконання вироку на відміну від накладеного на нього покарання, що залишається тим, яке було призначене – довічне позбавлення волі. Незважаючи на те, що зміни у тюремному законодавстві та умов звільнення могли тягнути за собою продовження ув'язнення заявника, вони не можуть тлумачитися як накладання більш суворого «покарання», ніж накладене судом першої інстанції. У зв'язку з цим Суд повторює, що питання, пов'язані з політикою та підставами звільнення засуджених, способів їх реалізації, підпадає під компетенцію держав-членів. Відповідно, у цьому відношенні не було порушення статті 7 Конвенції». [Kafkaris v. Cyprus (21906/04). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–85019]

4.3.4. Справа «Del Río Prada проти Іспанії» (офіційний підсумковий звіт)

Фактичні обставини:

У період між 1988 і 2000 роками в рамках восьми кримінальних проваджень заявниці було призначено низку покарань у виді позбавлення волі загальною тривалістю більше 3000 років за різні злочини, пов'язані з терористичними актами. У листопаді 2000 року, з огляду на тісний юридичний та хронологічний зв'язок між злочинами, Національна аудієнція об'єднала покарання заявниці та встановила тридцять років як загальний строк позбавлення волі, відповідно до меж, передбачених Кримінальним кодексом 1973 року, чинним у відповідний час. У квітні 2008 року адміністрація в'язниці, в якій заявниця відбувала покарання, призначила дату її звільнення на липень 2008 року, після вирахування зменшення строку покарання за виконану нею в ув'язненні працю з моменту її утримання під вартою в 1987 році. Згодом, у травні 2008 року, Національна аудієнція попросила тюремну адміністрацію переглянути заплановану дату звільнення заявниці та перерахувати її на основі нового підходу (відомого як «доктрина Парота»), прийнятого Верховним судом у рішенні в лютому 2006 року, згідно з яким відповідні коригування покарання та зменшення строку покарання повинні були застосовуватися до кожного покарання окремо, а не до максимального тридцятирічного строку позбавлення волі. Як результат, остаточну дату звільнення заявниці було встановлено на 27 червня 2017 року. Її подальші апеляції не увінчалися успіхом.

Рішення ЄСПЛ:

«Право – Стаття 7: доводи сторін в основному стосувалися розрахунку загального строку позбавлення волі, який заявниця повинна була відбути відповідно до положень про об'єднання покарань та встановлення максимального строку, а також відповідно до системи зменшення покарання за виконану в ув'язненні працю, як це було передбачено в Кримінальному кодексі 1973 року.

(a) Межі призначеного покарання – за Кримінальним кодексом 1973 року, застосовним на момент скоєння злочинів, максимальний тридцятирічний строк позбавлення волі був максимальним строком відбування покарання (condena) у випадку скоєння кількох пов'язаних між собою злочинів, на відміну від поняття «покарань» (penas), призначених в різних вироках, за яким злочинця було засуджено. Крім того, для мети виконання «призначеного покарання» ув'язнені особи мали право на один день зменшення покарання за кожні два дні виконаної праці. Втім, конкретних положень про застосування зменшення строку покарання при об'єднанні декількох покарань та встановлення максимального строку позбавлення волі, як і в справі заявниці, в якій покарання загальним строком в три тисячі років було зменшено до тридцяти років, не існувало. До 1995 року, коли було розроблено новий Кримінальний кодекс, закон прямо передбачав стосовно питання застосування коригування покарань, що у виняткових випадках може братися до уваги загальна тривалість призначених покарань, а не максимальний строк відбування покарання, передбачений законом.

Враховуючи судову практику та практику тлумачення відповідних положень Кримінального кодексу 1973 року, до рішення Верховного суду 2006 року, коли покарання засудженої особи були об'єднані та було встановлено максимальний строк позбавлення волі, пенітенціарні та

судові органи застосовували будь-яке зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю до максимального строку позбавлення волі. Таким чином, при застосуванні зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю вони брали до уваги максимальний тридцятирічний строк позбавлення волі, встановлений законом. У рішенні, прийнятому в березні 1994 року, Верховний суд послався на максимальний встановлений законом тридцятирічний строк позбавлення волі як на «нове, самостійне покарання», до якого повинне застосовуватися будь-яке коригування, передбачене законом. Таким чином, незважаючи на неоднозначність відповідних положень Кримінального кодексу 1973 року і той факт, що Верховний суд роз'яснив їх лише в 1994 році, чіткою практикою тюремних і судових органів був розгляд строку відбування покарання (condena), враховуючи тридцятирічну верхню межу, в якості нового, самостійного покарання, до якого деякі коригування, зокрема, зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю, повинні були застосовуватися. У світлі цієї практики, під час відбування покарання заявниця мала всі підстави вважати, що призначене покарання становило максимальний тридцятирічний строк, від якого повинне відраховуватися будь-яке зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю. Крім того, зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю було прямо передбачене в законодавстві, яке вимагало автоматичного зменшення строку покарання в якості компенсації за виконану в ув'язненні працю, за винятком двох випадків: коли ув'язнена особа втекла з-під варти або намагалася втекти, і коли ув'язнена особа погано себе вела. Навіть у цих двох випадках зменшення строку покарання, яке вже було призначене суддею, не могло скасовуватися ретроспективно, оскільки дні зменшення строку покарання, яке вже було санкціоноване, вважалися вже відбутими і були частиною прав, законно набутих ув'язненою особою.

Хоча Кримінальний кодекс 1995 року позбавив осіб, засуджених у майбутньому, права на зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю, його перехідні положення дозволяли ув'язненим особам, засудженим за старим Кримінальним кодексом 1973 року – як і заявниця, – продовжувати користуватися цією системою, якщо вона діяла на їхню користь. Проте закон встановив більш жорсткі умови спеціального звільнення, навіть для ув'язнених, засуджених до його вступу в силу. Суд зробив з цього висновок, що обираючи в якості перехідного заходу збереження дії положень щодо зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю і з метою визначення найбільш м'якого кримінального закону, іспанський законодавець розглядав ці положення в якості складової частини матеріального кримінального права, тобто положень, які впливали на фактичну фіксацію покарання, а не лише на його виконання.

У світлі вищевикладеного, на момент скоєння заявницею злочинів, результатом чого стало її кримінальне переслідування, і на момент винесення рішення про об'єднання покарань та встановлення максимального строку позбавлення волі, відповідне іспанське право, взяте в цілому, було сформульоване з достатнім ступенем точності, щоб дозволити заявниці зрозуміти настільки, наскільки це було розумно за даних обставин, межі призначеного їй покарання, беручи до уваги максимальний тридцятирічний строк і систему зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю, передбачені Кримінальним кодексом 1973 року. Таким чином, призначене заявниці покарання становило максимум тридцять років позбавлення волі, а будь-яке зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю мало відраховуватися від цього максимального покарання.

(b) Чи змінило застосування до заявниці «доктрини Парота» лише спосіб виконання покарання, або ж його фактичні межі – У травні 2008 року Національна аудієнція відхилила пропозицію про встановлення 2 липня 2008 року в якості дати остаточного звільнення заявниці, пославшись при цьому на «доктрину Парота», прийняту в рішенні Верховного суду в лютому 2006 року – вже після того, як злочини було скоєно, вироки об'єднано, а максимальний строк позбавлення волі зафіксовано. Вона вважала, що нове правило, за яким зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю повинне застосовуватися до кожного окремого покарання – а не до максимального тридцятирічного строку, як це було раніше, – більше відповідало фактичному формулюванню положень Кримінального кодексу 1973 року. Застосування «доктрини Парота» до ситуації

заявниці звело нанівець будь-яке зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю, на що вона мала право за законом та згідно з остаточними рішеннями суддів, відповідальних за виконання покарань. У результаті максимальний тридцятирічний строк позбавлення волі перестав бути самостійним покаранням, до якого мало застосовуватися зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю, і замість цього став тридцятирічним строком покарання, до якого жодне зменшення строку покарання на практиці не застосовувалося.

(c) Чи була «доктрина Парота» розумно передбачуваною – Зміна в системі застосування зменшення строку покарання стала результатом відходу Верховного суду від попередньої судової практики, а не зміни законодавства. У березні 1994 року Верховний суд дійшов висновку, що максимальний тридцятирічний строк позбавлення волі є «новим, самостійним покаранням», до якого має застосовуватися будь-яке зменшення строку покарання, передбачене законом. У будь-якому випадку, практикою пенітенціарних та судових органів до «доктрини Парота» було застосування зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю до максимального тридцятирічного строку позбавлення волі. Верховний суд не відходив від своєї практики до 2006 року – десять років після того, як відповідне законодавство було скасоване. При цьому він надав нового тлумачення положенням закону, який більше не був чинним, а саме Кримінальному кодексу 1973 року, який було замінено Кримінальним кодексом 1995 року. Крім того, перехідні положення Кримінального кодексу 1995 року мали на меті залишити в силі систему зменшення строку покарання за виконану в ув'язненні працю, встановлену Кримінальним кодексом 1973 року, по відношенню до осіб, засуджених за цим Кодексом, – саме для того, щоб дотриматися положень про заборону ретроактивного застосування більш суворого кримінального закону. Однак нове тлумачення Верховного суду, яке позбавило сили будь-якого вже наданого зменшення строку покарання, фактично означало, що заявницю та інших осіб, що знаходилися в подібному становищі, було позбавлено можливості скористатися системою зменшення строку покарання.

Нарешті, хоча Суд визнав, що Верховний суд не застосував ретроактивно закон про внесення змін до Кримінального кодексу 1995 року, із наданої Верховним судом аргументації було тим не менш зрозумілим, що його мета була тією ж, що й мета згаданого закону, а саме – забезпечення повного та ефективного відбування максимального встановленого законом строку позбавлення волі тими особами, які відбувають кілька тривалих строків позбавлення волі. У зв'язку з цим, хоча держави вільні визначати свою власну кримінально-правову політику, наприклад, шляхом збільшення мір покарань, застосовних до злочинів, вони тим не менш повинні при цьому дотримуватися вимог статті 7 Конвенції, яка беззастережно забороняє ретроспективне застосування кримінального закону, якщо таке застосування діє на шкоду обвинуваченій особі.

У світлі вищевикладеного, на момент засудження заявниці і на момент її повідомлення про рішення про об'єднання її покарань та встановлення максимального строку позбавлення волі жодних ознак наявності помітної тенденції розвитку судової практики в контексті рішення Верховного суду 2006 року не існувало. Таким чином, у заявниці не було жодних причин вважати, що Верховний суд відійде від своєї попередньої судової практики, і що в результаті Національна аудієнція застосує надане їй зменшення строку покарання не до максимального тридцятирічного строку позбавлення волі, а послідовно до кожного з призначених їй покарань. Такий відхід від судової практики призвів до зміни меж призначеного покарання на шкоду заявниці.

Висновок: порушення.

(…)

Стаття 46: З огляду на особливі обставини справи та нагальну необхідність покладення краю встановленим в даній справі порушенням Конвенції було постановлено, що держава-відповідач повинна якнайшвидше звільнити заявницю». [Del Río Prada проти Іспанії» (офіційний підсумковий звіт) (42750/09). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–144747]

4.3.5. Справа «Vasiliauskas v. Lithuania»
(Див.: 442.3.1 – пункти 181, 183, 16–189)

4.3.6. Справа «Rohlena v. the Czech Republic»
(Див.: 32.3.1)

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 4 і 5 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

4.4.1. Принцип зворотної сили закону, який поліпшує становище особи, не закріплений в явному вигляді у ст. 7 Конвенції, але його можна знайти в ст. 15 Міжнародного пакту ООН про громадянські і політичні права

(Див.: 4.1.3.)

4.4.2. Для застосування нового закону, який погіршує становище особи у випадку вчинення повторного злочину, достатньо, аби принаймні другий зі злочинів було вчинено після набуття чинності цим новим законом.

(Див.: 4.3.1)

4.4.3. Застосування нового кримінально-виконавчого закону, що погіршує для особи, яка відбуває покарання, можливості дострокового звільнення, не підпадає під дію ч. 2 ст. 5 КК України, що забороняє зворотну силу закону про кримінальну відповідальність.

(Див.: 4.3.3)

Наприклад, доповнення у 2013 р. Законом № 435-VII від 05.09.2013 р. ст. 107 КВК приписом про заборону засудженим наносити собі або іншим особам татуювання розширює перелік діянь, за вчинення яких на засудженого може бути застосовано адміністрацією колонії стягнення, що, у свою чергу, погіршує перспективи умовно-дострокового звільнення від відбування покарання. Таким чином, можна сказати, що нова норма КВК призвела до того, що засуджений вимушений продовжувати відбувати покарання у виді позбавлення волі. Однак, як зазначив ЄСПЛ, це не може тлумачитися як накладання більш суворого «покарання», ніж накладене судом першої інстанції. Таким чином, на такі зміни в законодавстві не поширюється дія ч. 2 ст. 5 КК України, що забороняє зворотну силу закону про кримінальну відповідальність.

4.4.4. Міжнародні договори не містять ніяких <u>загальних</u> винятків з принципу заборони зворотної сили кримінального закону, що встановлює злочинність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи.

На перший погляд такий висновок суперечить змісту п. 2 ст. 7 Конвенції: «Ця стаття не є перешкодою для судового розгляду, а також для покарання будь-якої особи за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями».

Однак ЄСПЛ на підставі вивчення підготовчих матеріалів до Конвенції встановив, що «пункт 2 статті 7 є лише контекстним роз'ясненням обов'язкового елемента цього правила, який має за мету переконати, щоб не було жодних сумнівів щодо обґрунтованості переслідувань після Другої світової війни за злочини, скоєні під час цієї війни. Таким чином, зрозуміло, що розробники Конвенції не мали наміру дозволяти будь-якого загального винятку з правила про відсутність зворотної сили» *(див.: 442.3.1 – пункти 181, 183, 186–189)*.

Тобто п. 2 ст. 7 Конвенції з правила, визначеного п. 1 ст. 7 встановлено <u>спеціальний</u> виняток щодо обґрунтованості переслідувань після Другої світової війни за злочини, скоєні під час цієї війни. У такому контексті слід розуміти також п. 7 Резолюції Парламентської асамблеї Ради Європи № 1096 (*див.: 4.1.6*).

4.4.5. Продовжуваний злочин кваліфікується за законом про кримінальну відповідальність, який був чинний на момент закінчення цього злочину, а часом закінчення продовжуваного злочину вважається час вчинення останньої дії з числа тих, що складають об'єктивну сторону цього злочину. При цьому ч. 2 ст. 5 КК України не застосовується.

(Див.: 32.4.2)

4.4.6. Застосування нового кримінального закону про умови дострокового звільнення від покарання, що погіршує становище особи, яка відбуває покарання, підпадає під дію ч. 2 ст. 5 КК України, що забороняє зворотну силу закону про кримінальну відповідальність.

(Див.: 4.3.4)

Слід зазначити, що рішення ЄСПЛ в цій справі виглядає дещо суперечливим. Особливо якщо аналізувати його порівняно з рішенням у справі «Kafkaris v. Cyprus» (*див.: 4.3.3*)

Стаття 6. Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених на території України

1. Особи, які вчинили злочини на території України, підлягають кримінальній відповідальності за цим Кодексом.

2. Злочин визнається вчиненим на території України, якщо його було почато, продовжено, закінчено або припинено на території України.

3. Злочин визнається вчиненим на території України, якщо його виконавець або хоча б один із співучасників діяв на території України.

4. Питання про кримінальну відповідальність дипломатичних представників іноземних держав та інших громадян, які за законами України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не є підсудні у кримінальних справах судам України, в разі вчинення ними злочину на території України вирішується дипломатичним шляхом.

Стаття 7. Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених громадянами України або особами без громадянства за межами України

1. Громадяни України та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили злочини за її межами, підлягають кримінальній відповідальності за цим Кодексом, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

2. Якщо особи, зазначені у частині першій цієї статті, за вчинені злочини зазнали кримінального покарання за межами України, вони не можуть бути притягнені в Україні до кримінальної відповідальності за ці злочини.

Стаття 8. Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених іноземцями або особами без громадянства за межами України

1. Іноземці або особи без громадянства, що не проживають постійно в Україні, які вчинили злочини за її межами, підлягають в Україні відповідальності за цим Кодексом у випадках, передбачених міжнародними договорами або якщо вони вчинили передбачені цим Кодексом тяжкі або особливо тяжкі злочини проти прав і свобод громадян України або інтересів України.

2. Іноземці або особи без громадянства, що не проживають постійно в Україні, також підлягають в Україні відповідальності згідно з цим Кодексом, якщо вони за межами України вчинили у співучасті із службовими особами, які є громадянами України, будь-який із злочинів, передбачених у статтях 368, 368^3, 368^4, 369 і 369^2 цього Кодексу, або якщо вони пропонували, обіцяли, надали неправомірну вигоду таким службовим особам, або прийняли пропозицію, обіцянку неправомірної вигоди чи одержали від них таку вигоду.

(Стаття 8 із змінами, внесеними згідно із Законами № 3316-IV від 12.01.2006, № 1261-VII від 13.05.2014)

Стаття 9. Правові наслідки засудження особи за межами України

1. Вирок суду іноземної держави може бути врахований, якщо громадянин України, іноземець або особа без громадянства були засуджені за злочин, вчинений за межами України, та знову вчинили злочин на території України.

2. Відповідно до частини першої цієї статті рецидив злочинів, невідбуте покарання або інші правові наслідки вироку суду іноземної держави враховуються при кваліфікації нового злочину, призначенні покарання, звільненні від кримінальної відповідальності або покарання.

§1. Норми міжнародного права
щодо кримінальної юрисдикції держав та кримінально-правового імунітету окремих осіб

6.1.1. Віденська конвенція про дипломатичні зносини
(ООН, від 18.04.1961)
(ратифіковано Указом ПВР від 21.03.64)
*«**Статья 1***
В настоящей Конвенции приводимые ниже термины имеют следующее значение:
a) «глава представительства» есть лицо, на которое, аккредитирующим государством возложена обязанность действовать в этом качестве;
(…)
d) «членами дипломатического персонала» являются члены персонала представительства, имеющие дипломатический ранг;
e) «дипломатический агент» есть глава представительства или член дипломатического персонала представительства;
(…)
Статья 27
(…)
5. Дипломатический курьер, который должен быть снабжен официальным документом с указанием его статуса и числа мест, составляющих дипломатическую почту, пользуется при исполнении своих обязанностей защитой государства пребывания. Он пользуется личной неприкосновенностью и не подлежит аресту или задержанию в какой бы то ни было форме.
6. Аккредитующее государство или представительство могут назначать дипломатических курьеров ad hoc . В таких случаях положения пункта 5 настоящей статьи также применяются, за тем исключением, что упомянутые в нем иммунитеты прекращаются в момент доставки таким курьером порученной ему дипломатической почты по назначению.
(…)
Статья 29
Личность дипломатического агента неприкосновенна. Он не подлежит аресту или задержанию в какой бы то ни было форме. Государство пребывания обязано относиться к нему с должным уважением и принимать все надлежащие меры для предупреждения каких-либо посягательств на его личность, свободу или достоинство.» [Віденська конвенція про дипломатичні зносини. (ООН, від 18.04.1961). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_048]

6.1.2. Віденська Конвенція про консульські зносини
(ООН, від 24.04.1963)
(приєднання 27.05.1989)
*«**Статья 1. Определения***
1. В настоящей Конвенции приводимые ниже термины имеют следующее значение:
a) «консульское учреждение» означает любое генеральное консульство, консульство, вице-консульство или консульское агентство;
(…)
d) «консульское должностное лицо» означает любое лицо, включая главу консульского учреждения, которому поручено в этом качестве выполнение консульских функций;
(…)
Статья 35. Свобода сношений
(…)
5. Консульский курьер снабжается официальным документом, в котором указываются его статус и число мест, составляющих консульскую вализу. За исключением случаев, когда имеется согласие государства пребывания, ни, если он не является гражданином представляемого государства, лицом, постоянно проживающим в государстве пребывания. При выполнении своих функций он должен находиться под защитой государства пребывания. Он пользуется личной неприкосновенностью и не подлежит ни аресту, ни задержанию в какой бы то ни было форме.
(…)

Статья 41. Личная неприкосновенность консульских должностных лиц

1. Консульские должностные лица не подлежат ни аресту, ни предварительному заключению, иначе как на основании постановлений компетентных судебных властей в случае совершения тяжких преступлений.» [Віденська Конвенція про консульські зносини. (ООН, від 24.04.1963). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show]

6.1.3. Віденська конвенція про представництво держав у їх відносинах з міжнародними організаціями універсального характеру

(ООН, від 14.03.1975)

(ратифіковано 25.08.1978)

«Статья 1. Используемые термины

1. В настоящей Конвенции;

1) «международная организация» означает межправительственную организацию;

2) «международная организация универсального характера» означает Организацию Объединенных Наций, ее специализированные учреждения, Международное агентство по атомной энергии и любую аналогичную организацию, членский состав и ответственность которой носят широкий международный характер;

3) «Организация» означает данную международную организацию;

4) «орган» означает:

a) любой главный или вспомогательный орган международной организации или

b) любую комиссию, комитет или подгруппу любого такого органа, членами которых являются государства;

(…)

Статья 2. Сфера применения настоящей Конвенции

1. Настоящая Конвенция применяется к представительству государств в их отношениях с любой международной организацией универсального характера и к их представительству на конференции, созываемых такой организацией или под ее руководством, в тех случаях, когда Конвенция принята государством пребывания и Организация выполнила процедуру, предусмотренную в статье 90.

2. Тот факт, что настоящая Конвенция не применяется к другим международным организациям, не наносит ущерба применению к представительству государств в их отношениях с другими такими организациями любого установленного в Конвенции правила, которое подлежало бы применению согласно международному праву независимо от Конвенции.

3. Тот факт, что настоящая Конвенция не применяется к другим конференциям, не наносит ущерба применению к представительству государств на таких конференциях любого установленного в Конвенции правила, которое подлежало бы применению согласно международному праву независимо от Конвенции.

4. Ничто в настоящей Конвенции не препятствует заключению между государствами или между государствами и международными организациями соглашений, делающих Конвенцию полностью или частично применимой к другим международным организациям или конференциям, помимо упомянутых в пункте 1 настоящей статьи.

(…)

Часть II. Представительства при международных организациях

(…)

Статья 27. Свобода сношений

(…)

5. Курьер представительства, который должен быть снабжен официальным документом с указанием его статуса и числа мест, составляющих почту, пользуется при исполнении своих обязанностей защитой государства пребывания. Он пользуется личной неприкосновенностью и не подлежит аресту или задержанию в какой бы то ни было форме.

6. Посылающее государство или представительство может назначать курьеров ad hoc представительства. В таких случаях положения пункта 5 настоящей статьи также применяются, за тем

исключением, что упомянутые в нем иммунитеты прекращаются в момент доставки курьером ad hoc порученной ему почты представительства по назначению.

(…)

Статья 28. Неприкосновенность личности

Личность главы представительства и членов дипломатического персонала представительства неприкосновенна. Они не подлежат аресту или задержанию в какой бы то ни было форме. (…)

(…)

Часть III. Делегации в органах и на конференциях

(…)

Статья 57. Свобода сношений

(…)

6. Курьер делегации, который должен быть снабжен официальным документом с указанием его статуса и числа мест, составляющих почту, пользуется при исполнении своих обязанностей защитой государства пребывания. Он пользуется личной неприкосновенностью и не подлежит аресту или задержанию в какой бы то ни было форме.

7. Посылающее государство или делегация может назначать курьеров ad hoc делегации. В таких случаях положения пункта 6 настоящей статьи также применяются, за тем исключением, что упомянутые в нем иммунитеты прекращаются в момент доставки курьером ad hoc порученной ему почты делегации по назначению.

(…)

Статья 58. Неприкосновенность личности

Личность главы делегации, других делегатов и членов дипломатического персонала делегации неприкосновенна. Они не подлежат, в частности, аресту или задержанию в какой бы то ни было форме. Государство пребывания обязано относиться к ним с должным уважением и принимать все надлежащие меры для предупреждения каких бы то ни было посягательств на их личность, свободу или достоинство, а также преследовать в судебном порядке и наказывать лиц, совершивших такие посягательства». [Віденська конвенція про представництво держав у їх відносинах з міжнародними організаціями універсального характеру. (ООН, від 14.03.1975). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_254]

6.1.4. Конвенція про привілеї та імунітети Об'єднаних Націй

(ООН, від 13.02.1946)

(приєднання 20.11.1953)

«Статья IV. Представители Членов Организации

Раздел 11. Представителям Членов Организации в главных и вспомогательных органах Объединенных Наций и на конференциях, созываемых Объединенными Нациями, при исполнении ими своих служебных обязанностей и во время поездки к месту заседания и обратно, предоставляются следующие привилегии и иммунитеты:

а) иммунитет от личного ареста или задержания и от наложения ареста на личный багаж, а также всякого рода судебно-процессуальный иммунитет в отношении всего сказанного, написанного или совершенного ими в качестве представителей;

(…)

Раздел 12. Для обеспечения полной свободы слова и независимости при исполнении ими служебных обязанностей представителям Членов Организации в главных и вспомогательных органах Объединенных Наций и на конференциях, созываемых Объединенными Нациями, продолжает предоставляться судебно-процессуальный иммунитет в отношении сказанного или написанного ими, а также в отношении всех действий, совершенных ими при исполнении служебных обязанностей; этот иммунитет продолжает предоставляться даже после того, как лица, которых это касается, уже не являются представителями Членов Организации.

(…)

Статья VI. Эксперты в командировках по делам Объединенных Наций

Раздел 22. Эксперты (иные, чем должностные лица, к которым относится статья V), выполняющие поручения Объединенных Наций, пользуются такими привилегиями и иммунитетами, какие

необходимы для независимого выполнения их функций в продолжение командировок, включая время, потраченное на поездки в связи с командировками. В частности им предоставляется:

a) иммунитет от личного ареста или задержания и от наложения ареста на их личный багаж;

b) всякого рода судебно-процессуальный иммунитет в отношении всего сказанного или написанного ими и совершенного ими при исполнении служебных обязанностей. Этот судебно-процессуальный иммунитет продолжает предоставляться даже после того, как лица, которых это касается, уже не состоят в командировке по делам Объединенных Наций;

(…)

Раздел 23. Привилегии и иммунитеты предоставляются экспертам в интересах Объединенных Наций, а не для личной выгоды экспертов. Генеральный Секретарь имеет право и обязанность отказаться от иммунитета, предоставленного эксперту, в тех случаях, когда, по его мнению, иммунитет препятствует отправлению правосудия и от него можно отказаться без ущерба для интересов Объединенных Наций». [Конвенція про привілеї та імунітети Об'єднаних Націй. (ООН, від 13.02.1946). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_150]

6.1.5. Конвенція про привілеї та імунітети спеціалізованих установ ООН

(ООН, від 21.11.1947)

(приєднання 13.04.1966)

«***Статья V. Представители членов специализированных учреждений***

Раздел 13. Представители членов специализированных учреждений в созываемых последними заседаниях, при исполнении ими своих обязанностей и при поездках к месту заседаний и обратно, пользуются следующими привилегиями и иммунитетами:

a) иммунитетом от личного ареста или задержания и от наложения ареста на личный багаж, а также всякого рода судебно-процессуальным иммунитетом в отношении всего сказанного, написанного или совершенного ими в качестве должностных лиц;

(…)

Раздел 14. Для обеспечения полной свободы слова и полной независимости при исполнении ими своих обязанностей, представителям членов специализированных учреждений, участвующим в созываемых последними заседаниях, продолжает предоставляться судебно-процессуальный иммунитет в отношении всего сказанного или написанного ими, а также в отношении всех действий, совершенных ими при исполнении служебных обязанностей, даже и после того, как означенные лица перестают исполнять эти обязанности.

(…)

Раздел 16. Привилегии и иммунитеты предоставляются представителям членов специализированных учреждений не для личной выгоды отдельных лиц, а для того, чтобы обеспечить независимое выполнение ими своих функций, связанных с работой специализированных учреждений. Поэтому государство, состоящее членом специализированного учреждения, не только имеет право, но и обязано отказываться от иммунитета своих представителей в каждом случае, когда, по его мнению, иммунитет препятствует отправлению правосудия и когда отказ от него не причиняет ущерба той цели, ради которой иммунитет был предоставлен.

Раздел 17. Положения разделов 13, 14 и 15 не применяются в отношении властей государства, гражданином которого данное лицо состоит или представителем которого оно является или являлось.

Статья VI. Должностные лица

Раздел 18. Каждое специализированное учреждение определит категории должностных лиц, по отношению к которым должны применяться положения настоящей статьи и статьи VIII. Оно представляет эту информацию правительствам всех государств, присоединившихся к настоящей Конвенции в качестве членов этого учреждения, и Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций. Фамилии должностных лиц, включенных в эти категории, периодически доводятся до сведения вышеуказанных правительств.

Раздел 19. Должностные лица специализированных учреждений:

a) не подлежат судебной ответственности за сказанное или написанное ими и за все действия, совершенные ими в качестве должностных лиц;

(…)

Раздел 21. Кроме иммунитетов и привилегий, указанных в разделах 19 и 20, главный администратор и должностные лица, исполняющие его обязанности в его отсутствие, пользуются в отношении себя, своих жен и несовершеннолетних детей привилегиями и иммунитетами, изъятиями и льготами, предоставляемыми, согласно международному праву, дипломатическим представителям.

Раздел 22. Привилегии и иммунитеты предоставляются должностным лицам лишь в интересах специализированных учреждений, а не для их личной выгоды. Каждое специализированное учреждение имеет право и обязано отказаться от иммунитета, предоставленного любому должностному лицу, в тех случаях, когда, по его мнению, иммунитет препятствует отправлению правосудия и когда отказ от иммунитета может быть произведен без ущерба для интересов специализированного учреждения.

(…)

Дополнение IV Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры

(В тексте Организации Объединенных Наций ЮНЕСКО названа «Просветительной, научной и культурной организацией Объединенных Наций»).

В отношении Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (далее именуемой «Организация») стандартные статьи применяются с учетом нижеследующих положений:

1. Положения статьи V и пунктов 1 и 2(I) раздела 25 статьи VII распространяются на председателя Конференции и членов Исполнительного совета Организации*, а также и на их заместителей и советников, за исключением того, что отказ, на основании раздела 16, от иммунитета относительно любого такого члена Исполнительного совета осуществляется Исполнительным советом.

2. Заместитель генерального директора Организации, его жена и несовершеннолетние дети также пользуются теми привилегиями, иммунитетами, изъятиями и льготами, присвоенными согласно международному праву дипломатическим представителям, которые разделом 21 статьи VI предоставляются главному администратору каждого специализированного учреждения.

3. i) Эксперты (иные, чем должностные лица, к которым относится статья VI), работающие в комитетах или выполняющие поручения Организации, пользуются нижеследующими привилегиями и иммунитетами, поскольку это необходимо для эффективного выполнения их функций, включая время, потраченное на поездки в связи с работой в указанных комитетах или с поручениями:

a) иммунитетом от личного ареста или задержания и от наложения ареста на их личный багаж;

b) судебно-процессуальным иммунитетом любого рода в отношении всего сказанного или написанного ими и совершенного ими при исполнении служебных обязанностей, причем этот иммунитет продолжает предоставляться даже после того, как означенные лица прекращают работу в комитетах Организации или выполнение поручений Организации;

(…)

ii) Привилегии и иммунитеты предоставляются экспертам Организации в интересах Организации, а не для их личной выгоды. Организация имеет право и обязана отказываться от иммунитета, предоставленного любому эксперту, во всех случаях, когда, по ее мнению, иммунитет препятствует отправлению правосудия и когда отказ от него не причиняет ущерба интересам Организации». [Конвенція про привілеї та імунітети спеціалізованих установ ООН. (ООН, від 21.11.1947). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_170]

6.1.6. Конвенція про спеціальні місії

(ООН, від 08.12.1969)

(приєднання Постанова ВР від 14.07.93)

«Стаття 1. Використовувані терміни

У цій Конвенції:

а) «спеціальна місія» є тимчасова місія, що за своїм характером представляє державу і направляється однією державою в іншу за згодою останньої для розгляду з нею певних питань або для виконання щодо неї певного завдання;

b) «постійне дипломатичне представництво» це дипломатичне представництво за змістом Віденської конвенції про дипломатичні зносини;

c) «консульська установа» це будь-яке генеральне консульство, консульство, віце-консульство або консульське агентство;

d) «глава спеціальної місії» це особа, на яку посилаючою державою покладено обов'язок діяти як такій;

e) «представник посилаючої держави в спеціальній місії» – це будь-яка особа, якій посилаюча держава надала такі повноваження;

f) «членами спеціальної місії» є глава спеціальної місії, представники посилаючої країни у спеціальній місії та члени персоналу спеціальної місії;

g) «членами персоналу спеціальної місії» є члени дипломатичного персоналу, адміністративно-технічного персоналу та обслуговуючого персоналу спеціальної місії;

h) «членами дипломатичного персоналу» є члени персоналу спеціальної місії, які мають статус дипломата для цілей спеціальної місії;

(…)

Стаття 28. Свобода зносин

(…)

6. Кур'єр спеціальної місії, який повинен бути забезпечений офіційним документом із зазначенням його статусу та кількості місць, що становлять пошту, користується під час виконання своїх обов'язків захистом приймаючої держави. Він користується особистою недоторканністю і не підлягає арешту або затриманню в якій би то не було формі.

7. Посилаюча держава або спеціальна місія можуть призначати кур'єрів спеціальної місії. В таких випадках положення пункту 6 цієї Статті також застосовуються, за тим винятком, що зазначені в ньому імунітети припиняються в момент доставки кур'єром дорученої йому пошти спеціальної місії за призначенням.

(…)

Стаття 29. Недоторканність особи

Особа представників посилаючої держави в спеціальній місії, а також особа членів дипломатичного персоналу місії недоторкана. Вони не підлягають арешту або затриманню в якій би то не було формі. Приймаюча держава зобов'язана ставитися до них з належною повагою та вживати всіх необхідних заходів для запобігання будь-яких посягань на їх особу, свободу або гідність». [Конвенція про спеціальні місії. (ООН, від 08.12.1969). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_092]

6.1.7. Конвенція про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу

(ООН, від 09.12.1994)

(ратифіковано Законом від 06.07.1995)

«Стаття 10. Встановлення юрисдикції

1. Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для встановлення своєї юрисдикції щодо злочинів, передбачених у статті 9, у таких випадках:

a) коли злочин вчинено на території цієї держави чи на борту судна або літального апарата, зареєстрованого у цій державі;

b) коли гаданий злочинець є громадянином цієї держави.

2. Держава-учасниця може також установити свою юрисдикцію щодо будь-якого такого злочину, коли його вчинено:

a) особою без громадянства, яка звичайно проживає у даній державі;

b) щодо громадянина даної держави; або

c) у спробі примусити дану державу вчинити яку-небудь дію або утриматися від неї.

3. Будь-яка держава-учасниця, яка встановила юрисдикцію, згадану у пункті 2, повідомляє про це Генерального секретаря Організації Об'єднаних Націй. Якщо така держава-учасниця згодом відмовляється від такої юрисдикції, вона повідомляє про це Генерального секретаря Організації Об'єднаних Націй.

4. Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для встановлення своєї юрисдикції щодо злочинів, передбачених у статті 9, у випадках коли гаданий злочинець перебуває на її території, і не видає його згідно зі статтею 15 жодній з держав-учасниць, які встановили свою юрисдикцію відповідно до пункту 1 або 2.

5. Ця Конвенція не виключає здійснення будь-якої кримінальної юрисдикції згідно з національним законодавством». [Конвенція про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу. (ООН, від 09.12.1994). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_025]

6.1.8. Статут Ради Європи

(Рада Європи, від 05.05.1949)
(приєднання Законом від 31.10.1995)

« ***Стаття 40***

а) Рада Європи, представники членів Ради та Секретаріат користуються на території членів Ради імунітетами та привілеями, які в розумних межах необхідні для виконання ними своїх обов'язків. Такі імунітети включають імунітет усіх представників у Консультативній асамблеї від арешту та будь-якого судового розгляду на території всіх членів Ради стосовно їхніх заяв або голосування в Асамблеї або її комітетах чи комісіях». [Статут Ради Європи. (Рада Європи, від 05.05.1949). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_001]

6.1.9. Генеральна угода про привілеї та імунітети Ради Європи

(Рада Європи, від 02.09.1949)
(приєднання Законом від 01.10.1996)

«***Стаття 9***

Під час виконання своїх службових обов'язків і подорожування до місця засідання та звідти представники в Комітеті міністрів користуються такими привілеями та імунітетами:

а) імунітетом від особистого арешту та затримання і від арешту їхнього особистого багажу, а також імунітетом від будь-якого юридичного процесу у зв'язку із сказаним, написаним чи усім здійсненим ними у їхній офіційній якості;

(…)

Стаття 10

Для забезпечення представникам в Комітеті міністрів повної свободи слова та повної незалежності у виконанні ними їхніх службових обов'язків імунітет від юридичного процесу у зв'язку із сказаним, написаним чи усім здійсненим ними на виконання їхніх службових обов'язків продовжує надаватися незважаючи на те, що відповідні особи вже не виконують такі обов'язки.

Стаття 11

Привілеї та імунітети надаються представникам членів Ради не для їхньої особистої користі, а з метою забезпечення їм незалежності у виконанні ними своїх службових обов'язків, пов'язаних із Комітетом міністрів. У зв'язку з цим член Ради не тільки має право, але й зобов'язаний позбавити свого представника імунітету в усіх випадках, коли, на думку члена Ради, імунітет перешкоджає відправленню правосуддя і коли він може бути скасований без шкоди для цілей, заради яких він був наданий.

Стаття 12

а) Положення статей 9, 10 і 11 не застосовуються у відносинах між представником і властями держави, громадянином якої він є або представником якої він є чи був.

b) У статтях 9, 10, 11 і 12 а вище слово «представники» включає всіх представників, їхніх заступників, радників, технічних експертів і секретарів делегацій.

(…)

Стаття 14

Представники в Консультативній асамблеї та їхні заступники користуються імунітетом від будь-яких офіційних допитів, арешту та будь-яких правових процедур у зв'язку із сказаним ними чи їхнім голосуванням на виконання їхніх службових обов'язків.

Стаття 15

Під час сесій Консультативної асамблеї представники в Асамблеї та їхні заступники, незалежно від того, чи є вони членами парламенту чи ні, користуються:

(…)

b) на території всіх інших держав-членів, імунітетом від арешту та кримінального переслідування.

Цими імунітетами вони також користуються під час подорожування до місця засідання Консультативної асамблеї та звідти. Такі імунітети, однак, не застосовуються у випадках, коли представники та їхні заступники вчиняють злочин, замах на злочин або вже вчинили злочин та у випадках, коли Асамблея позбавили їх цих імунітетів.

(…)

Стаття 16

Крім імунітетів і привілеїв, визначених у статті 18 нижче, Генеральний секретар, заступник Генерального секретаря, їхні дружини та малолітні діти користуються привілеями та імунітетами, звільненнями та пільгами, які надаються дипломатичним представникам відповідно до міжнародного права.

(…)

Стаття 18

Посадові особи Ради Європи:

a) користуються імунітетом від юридичного процесу у зв'язку із сказаним, написаним чи усім здійсненим ними у їхній офіційній якості та в межах їхніх повноважень;

(…)

Стаття 19

Привілеї та імунітети надаються посадовим особам в інтересах Ради Європи, а не для їхньої особистої користі. Генеральний секретар не тільки має право, але й зобов'язаний позбавити будь-яку посадову особу імунітету в усіх випадках, коли, на його думку, імунітет перешкоджає відправленню правосуддя і коли він може бути скасований без шкоди для інтересів Ради Європи. Стосовно Генерального секретаря та заступника Генерального секретаря імунітет має право скасовувати Комітет міністрів». [Генеральна угода про привілеї та імунітети Ради Європи. (Рада Європи, від 02.09.1949). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_019]

6.1.10. Протокол до Генеральної угоди про привілеї та імунітети Ради Європи

(Рада Європи, від 06.11.1952)

(приєднання Законом від 01.10.1996)

«***Стаття 2***

a) Положення частини IV Угоди застосовуються до представників, які беруть участь у засіданнях заступників міністрів.

b) Положення частини IV Угоди застосовуються до представників (крім представників в Консультативній асамблеї), які беруть участь у засіданнях, що скликаються Радою Європи і не співпадають із засіданнями Комітету міністрів або заступників міністрів, при тому розумінні, що представники, які беруть участь у таких засіданнях, не користуються імунітетом від арешту та кримінального переслідування у випадках, коли вони вчиняють злочин, замах на злочин або вже вчинили злочин.

Стаття 3

Положення статті 15 Угоди застосовуються до представників в Асамблеї та їхніх заступників, коли вони беруть участь у засіданнях комітетів та підкомітетів Консультативної асамблеї або подорожують до місця їх проведення та звідти, незалежно від того, чи проводить в цей час Асамблея свою сесію, чи ні.

Стаття 4

Постійні представники членів Ради Європи під час виконання своїх службових обов'язків і подорожування до місця засідань та звідти користуються привілеями, імунітетами та пільгами, які надаються дипломатичним представникам відповідного рангу.

(…)

Стаття 6

Положення статті 4 не застосовуються у відносинах між представником і властями держави, громадянином якої він є, або властями держави-члена, представником якої він є чи був». [Протокол до Генеральної угоди про привілеї та імунітети Ради Європи. (Рада Європи, від 06.11.1952). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_020]

6.1.11. Другий протокол до Генеральної угоди про привілеї та імунітети Ради Європи

(Рада Європи, від 15.12.1956)

(приєднання Законом від 01.10.1996)

«**Положения, касающиеся членов Европейской комиссии по правам человека**

Статья 1

Члены Комиссии при исполнении своих служебных обязанностей и во время поездок к месту проведения заседаний и обратно пользуются следующими привилегиями и иммунитетами:

а) иммунитетом от личного ареста или задержания и от наложения ареста на личный багаж, а также всякого рода судебно-процессуальным иммунитетом в отношении всего сказанного, написанного или совершенного ими в своем официальном качестве;

(…)

Статья 3

Для обеспечения полной свободы слова и независимости при исполнении ими своих служебных обязанностей членам Комиссии предоставляется судебно-процессуальный иммунитет в отношении сказанного или написанного ими, а также в отношении всех действий, совершенных ими при исполнении служебных обязанностей; этот иммунитет продолжает предоставляться даже после того, как лица, которых это касается, уже не выполняют таких обязанностей». [Другий протокол до Генеральної угоди про привілеї та імунітети Ради Європи (Рада Європи, від 15.12.1956). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_021]

6.1.12. Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах

(Рада Європи, від 20.04.1959)

(ратифіковано Законом №44/98-ВР від 16.01.98)

«***Стаття 1***

1. Договірні Сторони зобов'язуються надавати одна одній, відповідно до положень цієї Конвенції, якнайширшу взаємну допомогу у кримінальному переслідуванні правопорушень, покарання яких, на момент прохання про надання допомоги, підпадає під юрисдикцію судових властей запитуючої Сторони.

2. Ця Конвенція не застосовується до арешту, виконання вироків або правопорушень, передбачених військовим правом, які не є злочинами відповідно до звичайного кримінального права.

Стаття 2

У допомозі може бути відмовлено:

(a) якщо прохання про надання допомоги стосується правопорушення, яке, на думку запитуваної Сторони, є політичним правопорушенням, правопорушенням, пов'язаним з політичним правопорушенням, або податковим правопорушенням;

(b) якщо запитувана Сторона вважає, що задоволення прохання може зашкодити суверенітету, безпеці, громадському порядку або іншим суттєвим інтересам її країни.

(…)

Стаття 12

1. Свідок або експерт незалежно від громадянства, який постає перед судовими органами запитуючої Сторони за повісткою про виклик до суду, не може ні притягуватися до відповідальності, ні утримуватися під вартою, ні підлягати ніякому іншому обмеженню його особистої свободи на території цієї Сторони за діяння або обвинувальні вироки, які передували його від'їзду з території запитуваної Сторони.

2. Особа, незалежно від громадянства, викликана в судові органи запитуючої Сторони для того, щоб відповідати за діяння, які є предметом кримінального переслідування, порушеного проти неї, не може ні притягуватися до відповідальності, ні утримуватися під вартою, ні підлягати ніякому іншому обмеженню її особистої свободи за діяння або обвинувальні вироки, які передували її від'їзду з території запитуваної Сторони і які не зазначені у повістці про виклик до суду.

3. Передбачений у цій статті імунітет закінчується, якщо свідок або експерт, або притягнута до відповідальності особа, протягом послідовних п'ятнадцяти днів від дати, з якої її присутність більше не була необхідною судовим органам, маючи можливість залишити територію запитуючої Сторони, все ж таки залишилася на цій території або, виїхавши з неї, знову туди повернулася.

(…)

Стаття 22

Кожна Договірна Сторона інформує будь-яку іншу Сторону про всі обвинувальні вироки і подальші заходи щодо громадян останньої Сторони по цих вироках. Міністерства юстиції повідомляють таку інформацію одне одному принаймні один раз на рік. Коли та чи інша особа вважається громадянином двох або більше інших Договірних Сторін, відповідна інформація надається кожній з цих Сторін, якщо ця особа не є громадянином Сторони, на території якої вона була засуджена». [Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах. (Рада Європи, від Рада Європи, від 20.04.1959). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_036]

6.1.13. Конвенція про привілеї та імунітети Дунайської Комісії

(Дунайська Комісія, від 26.11.1987)

(ратифіковано у складі СРСР 14.12.1963)

«***Статья IV. Представители стран-участниц Конвенции***

1. Представители стран в Комиссии и их заместители во время их пребывания в связи с деятельностью Комиссии на территории одной из Договаривающихся Сторон пользуются иммунитетами и привилегиями, предоставляемыми в данной стране дипломатическим представителям.

2. Советники и эксперты стран-участниц Конвенции во время их пребывания в связи с деятельностью Комиссии на территории одной из Договаривающихся Сторон пользуются следующими привилегиями и иммунитетами:

а) иммунитетом от личного ареста или задержания, а также от юрисдикции судебных учреждений;

(…)

3. Привилегии и иммунитеты, предусмотренные настоящей статьей, предоставляются лицам, упомянутым в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, исключительно в служебных интересах. Каждая страна-участница Конвенции имеет право и обязана отказаться от иммунитета этих лиц во всех случаях, когда, по мнению этой страны, иммунитет препятствует осуществлению правосудия и отказ от иммунитета не наносит ущерба целям, в связи с которыми он был предоставлен.

4. Положения пунктов 1 и 2 настоящей статьи не применяются к представителям, их заместителям, советникам и экспертам в стране, гражданами которой они являются.

Статья V. Должностные лица комиссии

1. Комиссия определяет категории должностных лиц, к которым применяются положения настоящей статьи. Фамилии должностных лиц, включенных в эти категории, сообщаются Директором Секретариата и Рабочего аппарата Комиссии странам-участницам Конвенции.

2. Должностные лица Комиссии на территории каждой страны-участницы Конвенции:

а) освобождаются от судебной и административной ответственности за все действия, которые могут быть ими совершены в качестве должностных лиц в связи с деятельностью Комиссии;

(…)

3. Директор Секретариата и Рабочего аппарата Комиссии и его помощники пользуются кроме привилегий и иммунитетов, указанных в пункте 2 настоящей статьи, другими привилегиями и иммунитетами, предоставляемыми в данной стране дипломатическим представителям.

4. Привилегии и иммунитеты, предусмотренные настоящей статьей, предоставляются упомянутым в ней лицам исключительно в интересах Комиссии и независимого выполнения этими

лицами служебных функций. Комиссия имеет право и обязана отказаться от иммунитета, предоставленного любому должностному лицу, в тех случаях, когда, по ее мнению, иммунитет препятствует осуществлению правосудия и от него можно отказаться без ущерба для интересов Комиссии.

5. Положения пунктов 2/b, 2/c и 2/d настоящей статьи не применяются к должностным лицам Комиссии в стране, гражданами которой они являются». [Конвенція про привілеї та імунітети Дунайської Комісії. (Дунайська Комісія, від 26.11.1987). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_171]

6.1.14. Додатковий протокол про привілеї та імунітети Організації Чорноморського Економічного Співробітництва

(Чорноморське Економічне Співробітництво, від 30.04.1999)
(ратифіковано Законом від 06.07.2000)

*«**Стаття 1***

Для цілей цього Протоколу:

a) «Статут» означає Статут Організації Чорноморського Економічного Співробітництва, підписаний в Ялті 5 червня 1998 року;

b) «ЧЕС» означає Організацію Чорноморського Економічного Співробітництва;

c) «держави-члени» означає держави, які є сторонами Статуту і цього Протоколу;

d) «Рада» означає Раду міністрів закордонних справ держав-членів ЧЕС;

e) «представники країн-членів» означає всіх делегатів, заступників делегатів, радників, технічних експертів і секретарів національних делегацій, які беруть участь у роботі ЧЕС і її органів;

f) «ПМС» означає Постійний міжнародний секретаріат ЧЕС;

g) «Генеральний секретар» означає Генерального секретаря ПМС;

h) «персонал ПМС» означає директорський персонал, професійний персонал і допоміжний персонал ПМС;

(…)

Стаття 12

Представники країн-членів ЧЕС під час виконання своїх функцій і поїздок до місць зустрічей і у зворотному напрямку користуються такими привілеями та імунітетами:

a) імунітетом від арешту або затримання та від конфіскації їхніх особистих речей і, стосовно усних і письмових висловлювань та вчинків, зроблених ними у статусі представників, імунітетом від будь-яких судових процедур;

(…)

Додатково до привілеїв та імунітетів, зазначених вище, представникам країн-членів, які мають дипломатичний ранг, надаються як для них самих, так і для їхніх дружин і родичів, які знаходяться на їхньому утриманні, привілеї та імунітети, звільнення та інші пільги, що надаються дипломатичним представникам відповідно до Віденської конвенції з питань дипломатичних стосунків від 18 квітня 1961.

(…)

Стаття 13

З метою забезпечення представникам країн-членів права на свободу слова і незалежності при виконанні своїх обов'язків, імунітет від притягнення до судової відповідальності стосовно усних і письмових висловлювань або всіх вчинків, заподіяних ними при виконанні своїх обов'язків, залишається, незважаючи на те, що особи, про яких йдеться, вже не виконують ці обов'язки.

Стаття 14

Привілеї та імунітети надаються представникам держав-членів не для їхнього особистого блага, а для того, щоб гарантувати незалежне виконання ними своїх посадових функцій у зв'язку з роботою в ЧЕС. Тому держава-член не тільки має право, але й зобов'язана відмовити в імунітеті своїм представникам в будь-якому випадку, коли на думку цієї держави-члена, імунітет ускладнив би відправлення правосуддя і якщо в ній буде відмовлено неупереджено до цілі, щодо якої надається цей імунітет.

Стаття 15

Положення статей 12, 13 і 14 не застосовуються у відносинах між державою, її представником.

(…)

Стаття 16

Працівники ПМС:

а) користуються імунітетом від судового переслідування стосовно слів, висловлених або написаних і всіх дій, здійснених ними при виконанні своїх службових обов'язків на посаді та в межах їхніх повноважень;

Стаття 17

На додаток до імунітетів і привілеїв, зазначених у статті 16, Генеральному секретареві та його заступникам, їхніх дружинам та родичам, що знаходяться на їхньому утриманні, надаються такі ж самі привілеї та імунітети, звільнення від податків і зборів, які надаються дипломатичним представникам згідно з Віденською конвенцією про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 року.

Стаття 18

Працівники персоналу ПМС, які є громадянами або мають постійне місце проживання в державі перебування ПМС, користуються тільки імунітетом від юрисдикції і недоторканності відносно дій, вчинених під час виконання своїх функцій». [Додатковий протокол про привілеї та імунітети Організації Чорноморського Економічного Співробітництва. (Чорноморське Економічне Співробітництво, від 30.04.1999). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/998_026]

6.1.15. Протокол про привілеї та імунітети Парламентської Асамблеї Чорноморського Економічного Співробітництва

(Чорноморське Економічне Співробітництво, від 31.10.2003)

(ратифіковано Законом від 17.12.2008)

*«**Стаття 1***

Для цілей цього Протоколу:

а) «Статут» означає Статут Організації Чорноморського Економічного Співробітництва, укладений 5 червня 1998 року в Ялті.

b) «Рада» означає Раду Міністрів закордонних справ Організації ЧЕС.

c) «Держави-члени» означає держави, що є сторонами Статуту ОЧЕС, прийнятого 5 червня 1998 року в Ялті, а також сторонами цього Протоколу.

d) «ПАЧЕС» означає Парламентську Асамблею Чорноморського Економічного Співробітництва.

e) «Представники парламентів держав-членів» означає членів національних делегацій, призначених відповідними національними парламентами, а також заступників делегатів, радників, технічних експертів і секретарів національних делегацій, які беруть участь у роботі ПАЧЕС та її органів.

f) «ПМС ОЧЕС» означає Постійний міжнародний секретаріат Організації Чорноморського Економічного Співробітництва.

g) «Працівники Міжнародного секретаріату» означає працівників директорського, професійного й технічного складу Міжнародного секретаріату ПАЧЕС.

(…)

Стаття 5

Представники парламентів держав-членів, виконуючи свої обов'язки під час засідань ПАЧЕС та своїх подорожей до або з місця, де проходять ці засідання, мають такі привілеї та імунітети:

а) імунітет від особистого арешту або затримання та затримання особистого багажу, від будь-якої форми судового процесу стосовно висловлювань в усній або письмовій формах, а також усіх скоєних учинків як представників;

(…)

Стаття 6

З метою забезпечення свободи слова та незалежності представників парламентів держав-членів під час виконання ними своїх службових обов'язків їм буде і в подальшому надаватися

імунітет від судового процесу стосовно висловлювань в усній або письмовій формах, а також усіх скоєних учинків під час виконання службових обов'язків, навіть якщо відповідні особи вже не виконують таких обов'язків.

Стаття 7

Привілеї та імунітети надаються представникам парламентів держав-членів не для їхньої користі, а для того, щоб гарантувати незалежність виконання ними своїх обов'язків, пов'язаних з діяльністю ПАЧЕС. Отже, у будь якому разі, якщо, на думку держави-члена, імунітет перешкоджатиме реалізації правосуддя, держава-член має право відмовити представникові свого Парламенту в імунітеті, якщо така відмова не зашкодить цілям, для яких такий імунітет надається.

Стаття 8

Положення статей 5, 6 й 7 не поширюються на відносини між представником парламенту держави-члена та цією державою.

Стаття 9

Положення статей 5, 6, 7 та 8 поширюються на персонал Міжнародного секретаріату під час виконання ним своїх службових обов'язків у ході засідань ПАЧЕС та подорожей до та з місця проведення цих засідань». [Протокол про привілеї та імунітети Парламентської Асамблеї Чорноморського Економічного Співробітництва. (Чорноморське Економічне Співробітництво, від 31.10.2003). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/969_004]

6.1.16. Угода між Кабінетом Міністрів України та Організацією Економічного Співробітництва та Розвитку щодо привілеїв, імунітетів та пільг, наданих Організації

(Організація Економічного Співробітництва та Розвитку, від 19.12.1997)

(ратифіковано Законом від 07.07.99)

*«**Стаття 1***

Для цілей цієї Угоди:

a) «Кабінет Міністрів» означає Кабінет Міністрів України;

b) «Організація» означає Організацію Економічного Співробітництва та Розвитку;

c) «Посадові особи» означає категорію службовців, до яких застосовуються положення цієї Угоди, як визначено Генеральним Секретарем. Прізвища службовців, які належать до цієї категорії, повинні регулярно подаватися Кабінету Міністрів України;

d) «Особи, які постійно проживають в Україні» означає громадян України, осіб без громадянства та іноземців, які вважаються постійно проживаючими в Україні згідно з чинним законодавством України, безпосередньо до їх працевлаштування в Організації;

e) «Експерти» означає осіб, інших ніж ті, що зазначені в пункті (c) цієї статті, яких було спеціально призначено Організацією для виконання функціональних завдань Організації;

(…)

Стаття 11

1. Представники Членів Організації та Учасників, що не є членами, які акредитовані при Організації або беруть участь у роботі зібрання, що скликається Організацією, користуються при виконанні своїх функцій на території України і під час проїзду до місця проведення зустрічі і назад <u>такими ж привілеями, імунітетами та пільгами, якими користуються дипломатичні агенти прирівняного рангу</u>.

(…)

Стаття 12

Посадові особи Організації:

a) користуються <u>імунітетом від арешту та затримання</u> за дії, виконані відповідно до їхніх службових обов'язків, та від посягань на їхній особистий багаж;

b) <u>не підлягають судовій відповідальності за дії, виконані відповідно до їхніх службових обов'язків</u>, за винятком цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну внаслідок дорожньо-тран-

спортних пригод, що були ними спричинені; цей імунітет надаватиметься і після закінчення виконання своїх обов'язків як службовців в Організації;

(…)

Стаття 13

На додаток до привілеїв, імунітетів і пільг, зазначених у статті 12, Генеральний Секретар Організації та його/її подружжя, а також їхні діти віком до 18 років користуються привілеями, імунітетом і пільгами, які надаються головам дипломатичних місій, акредитованих в Україні. Заступник, помічники Генерального Секретаря, їхні подружжя та діти віком до 18 років користуються привілеями, імунітетом та пільгами, які надаються членам дипломатичних місій, акредитованих в Україні відповідного рангу.

Стаття 14

Експерти (за винятком службовців), які виконують функціональні обов'язки для Організації в Україні, користуються на території України такими привілеями, імунітетами, пільгами, які необхідні для незалежного виконання ними службових обов'язків на території України під час їхніх місій, включаючи час, витрачений на дорогу для здійснення місій. Зокрема, вони користуються:

a) імунітетом від особистого арешту або затримання та від посягань на їхній багаж;

b) імунітетом від судової відповідальності щодо письмових або усних заяв, а також всіх дій під час виконання службових функцій, за винятком цивільної відповідальності за заподіяну шкоду внаслідок дорожньо-транспортних пригод, що були ними спричинені; імунітет буде надаватися і після закінчення виконання місії». [Угода між Кабінетом Міністрів України та Організацією Економічного Співробітництва та Розвитку щодо привілеїв, імунітетів та пільг, наданих Організації. (Організація Економічного Співробітництва та Розвитку, від 19.12.1997). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_010]

6.1.17. Європейська конвенція про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню

(Рада Європи, від 26.11.1987)

(ратифіковано Законом від 24.01.97)

«***Стаття 1***

Цим створюється Європейський комітет з питань запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню (далі «Комітет»). Комітет, шляхом здійснення інспекцій, перевіряє поводження з позбавленими волі особами з метою посилення, у разі необхідності, захисту таких осіб від катувань чи нелюдського або такого, що принижує їхню гідність, поводження чи покарання.

(…)

Стаття 16

Комітет, його члени та експерти, згадані у пункті 2 статті 7, користуються привілеями та імунітетами, зазначеними у Додатку до цієї Конвенції.

(…)

Додаток Привілеї та імунітети

(стаття 16)

1. Для цілей цього Додатка посилання на членів Комітету включає експертів, згаданих у пункті 2 статті 7.

2. Члени Комітету, під час виконання своїх повноважень і подорожування для виконання своїх повноважень, користуються такими привілеями та імунітетами:

a) імунітетом від арешту або затримання і від конфіскації їхніх особистих речей, а також імунітетом від будь-якого переслідування на підставі висловлених ними думок або підготовлених матеріалів і всіх дій, здійснених ними в офіційній якості; (…)». [Європейська конвенція про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню. (Рада Європи, від 26.11.1987). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_068]

6.1.18. Факультативний протокол до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання

(ООН, від 18.12.2002)

(ратифіковано Законом від 21.07.2006)

*«**Стаття 2***

1. Створюється Підкомітет з недопущення катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання Комітету проти катувань (далі – Підкомітет з недопущення), який здійснює функції, викладені в цьому Протоколі.

(…)

Стаття 3

Кожна держава-учасниця створює, призначає чи підтримує на національному рівні один або кілька органів для відвідувань для цілей недопущення катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання (далі – національні превентивні механізми).

(…)

Стаття 35

Членам Підкомітету з недопущення та членам національних превентивних механізмів надаються привілеї та імунітети, які необхідні для незалежного здійснення ними своїх функцій. Членам Підкомітету надаються привілеї та імунітети, перераховані в розділі 22 Конвенції про привілеї та імунітети Організації Об'єднаних Націй від 13 лютого 1946 року, з дотриманням положень розділу 23 тієї ж Конвенції». [Факультативний протокол до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання. (ООН, від 18.12.2002). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_f48]

6.1.19. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності

(ООН, від 15.11.2000)

ратифіковано із застереженнями і заявами 04.02.2004)

«**Стаття 15. Юрисдикція**

1. Кожна Держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть знадобитися для того, щоб установити свою юрисдикцію щодо злочинів, визнаних такими відповідно до статей 5, 6, 8 і 23 цієї Конвенції, коли:

a) злочин вчинено на території цієї Держави-учасниці; або

b) злочин вчинено на борту судна, яке несло прапор цієї Держави-учасниці в момент вчинення злочину, чи повітряного судна, зареєстрованого відповідно до законодавства цієї Держави-учасниці в такий момент.

2. За умови дотримання статті 4 цієї Конвенції Держава-учасниця може також встановити свою юрисдикцію щодо будь-якого такого злочину, коли:

a) злочин вчинено проти громадянина цієї Держави-учасниці;

b) злочин вчинено громадянином цієї Держави-учасниці або особою без громадянства, яка звичайно проживає на її території; або

c) злочин: i) є одним зі злочинів, визнаних такими відповідно до пункту 1 статті 5 цієї Конвенції, і вчинений за межами її території з метою вчинення серйозного злочину на її території; ii) є одним зі злочинів, визнаних такими відповідно до пункту 1 (b) (ii) статті 6 цієї Конвенції, і вчинений за межами її території з метою вчинення будь-якого злочину, визнаного таким відповідно до пункту 1 (a) (i) чи (ii) або (b) (i) статті 6 цієї Конвенції, на її території.

3. Для цілей пункту 10 статті 16 цієї Конвенції кожна Держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть знадобитися для того, щоб установити свою юрисдикцію щодо злочинів, які охоплюються цією Конвенцією, коли особа, підозрювана у вчиненні злочину, знаходиться на її території і вона не видає таку особу лише на тій підставі, що вона є одним з її громадян.

4. Кожна Держава-учасниця може також вжити таких заходів, які можуть знадобитися для того, щоб установити свою юрисдикцію щодо злочинів, що охоплюються цією Конвенцією, коли особа, підозрювана у вчиненні злочину, знаходиться на її території і вона не видає її.

5. Якщо Держава-учасниця, що здійснює свою юрисдикцію відповідно до пункту 1 або 2 цієї статті, одержує повідомлення або іншим способом дізнається про те, що одна або декілька інших Держав-учасниць проводять розслідування, кримінальне переслідування або судовий розгляд у зв'язку з тим самим діянням, компетентні органи цих Держав-учасниць проводять, у відповідних випадках, консультації один з одним з метою координації їхніх дій.

6. Без шкоди для норм загального міжнародного права ця Конвенція не виключає здійснення будь-якої кримінальної юрисдикції, встановленої Державою-учасницею відповідно до її внутрішнього законодавства». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. (ООН, від 15.11.2000). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_789]

6.1.20. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права

(ООН, від 10.12.1982)

(ратифіковано Законом від 03.06.99)

«Статья 2. Правовой статус территориального моря, воздушного пространства над территориальным морем, а также его дна и недр

1. Суверенитет прибрежного государства распространяется за пределы его сухопутной территории и внутренних вод, а в случае государства-архипелага – его архипелажных вод, на примыкающий морской пояс, называемый территориальным морем.

2. Указанный суверенитет распространяется на воздушное пространство над территориальным морем, равно как на его дно и недра.

3. Суверенитет над территориальным морем осуществляется с соблюдением настоящей Конвенции и других норм международного права.

(…)

Статья 27. Уголовная юрисдикция на борту иностранного судна

1. Уголовная юрисдикция прибрежного государства не должна осуществляться на борту иностранного судна, проходящего через территориальное море, для ареста какого-либо лица или производства расследования в связи с любым преступлением, совершенным на борту судна во время его прохода, за исключением следующих случаев:

a) если последствия преступления распространяются на прибрежное государство;

b) если преступление имеет такой характер, что им нарушается спокойствие в стране или добрый порядок в территориальном море;

c) если капитан судна, дипломатический агент или консульское должностное лицо государства флага обратится к местным властям с просьбой об оказании помощи; или

d) если такие меры необходимы для пресечения незаконной торговли наркотическими средствами или психотропными веществами.

2. Изложенные выше положения не затрагивают права прибрежного государства принимать любые меры, разрешаемые его законами, для ареста или расследования на борту иностранного судна, проходящего через территориальное море после выхода из внутренних вод.

3. В случаях, указанных в пунктах 1 и 2, прибрежное государство по просьбе капитана уведомляет дипломатического агента или консульское должностное лицо государства флага до принятия каких-либо мер и способствует установлению контакта между указанным агентом или должностным лицом и экипажем судна. В случаях крайней срочности это уведомление может быть сделано в то время, когда принимаются указанные меры.

4. Решая вопрос о том, следует ли вообще и каким образом произвести арест, местные власти учитывают должным образом интересы судоходства.

5. За исключением случаев, предусмотренных в Части XII, или в отношении нарушений законов и правил, принятых в соответствии с Частью V, прибрежное государство не может принимать на борту иностранного судна, проходящего через территориальное море, никаких мер для ареста какого-либо лица или производства расследования по поводу преступления, совершенного до входа судна в территориальное море, если судно, следуя из иностранного порта, ограничивается проходом через территориальное море, не заходя во внутренние воды.

(…)

Статья 29. Определение военных кораблей

Для целей настоящей Конвенции «военный корабль» означает судно, принадлежащее к вооруженным силам какого-либо государства, имеющее внешние знаки, отличающие такие суда его национальности, находящееся под командованием офицера, который состоит на службе правительства данного государства и фамилия которого занесена в соответствующий список военнослужащих или эквивалентный ему документ, и имеющее экипаж, подчиненный регулярной военной дисциплине.

Статья 30. Несоблюдение военными кораблями законов и правил прибрежного государства

Если какой-либо военный корабль не соблюдает законов и правил прибрежного государства, касающихся прохода через территориальное море, и игнорирует любое обращенное к нему требование об их соблюдении, прибрежное государство может потребовать от него немедленно покинуть территориальное море.

(…)

Статья 97. Уголовная юрисдикция в случае столкновения или какого-либо другого навигационного инцидента

1. В случае столкновения или какого-либо другого навигационного инцидента с судном в открытом море, влекущего уголовную или дисциплинарную ответственность капитана или какого-либо другого лица, служащего на судне, никакое уголовное или дисциплинарное преследование против этого лица не может быть возбуждено, иначе как перед судебными или административными властями государства флага или того государства, гражданином которого это лицо является.

(…)

Статья 105. Захват пиратского судна или пиратского летательного аппарата

В открытом море или в любом другом месте вне юрисдикции какого бы то ни было государства любое государство может захватить пиратское судно или пиратский летательный аппарат либо судно, или летательный аппарат, захваченные посредством пиратских действий и находящиеся во власти пиратов, арестовать находящихся на этом судне или летательном аппарате лиц и захватить находящееся на нем имущество. Судебные учреждения того государства, которое совершило этот захват, могут выносить постановления о наложении наказаний и определять, какие меры должны быть приняты в отношении таких судов, летательных аппаратов или имущества, не нарушая прав добросовестных третьих лиц». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права. (ООН, від 10.12.1982). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_057]

6.1.21. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин

(ООН, від 20.12.1988)

(ратифіковано Постановою ВР № 1000-XII від 25.04.91)

«Стаття 4. Юрисдикція

(1) Кожна Сторона:

а) вживає такі заходи, що можуть бути потрібні, з тим, щоб встановити свою юрисдикцію стосовно правопорушень, які вона визнала такими відповідно до пункту (1) статті 3, у тих випадках, коли:

(i) дане правопорушення вчинене на її території;

(ii) дане правопорушення вчинене на борту судна, що несе її прапор, або повітряного судна, зареєстрованого відповідно до її законів у момент вчинення правопорушення;

b) може вживати такі заходи, що можуть бути потрібні, з тим, щоб встановити свою юрисдикцію стосовно правопорушень, які вона визнала такими відповідно до пункту (1) статті 3, у тих випадках, коли:

(i) дане правопорушення вчинене її громадянином або особою, що звичайно мешкає на її території;

(ii) дане правопорушення вчинене на борту судна, стосовно якого ця Сторона отримала дозвіл вжити відповідні дії згідно зі статтею 17 за умови, що така юрисдикція здійснюється тільки на основі угод або домовленостей, згаданих у пунктах (4) і (9) цієї статті;

(iii) дане правопорушення є одним з правопорушень, визнаних такими згідно з підпунктом c) (iv) пункту (1) статті 3, і вчинене за межами її території з метою наступного вчинення на її території правопорушення, визнаного таким відповідно до пункту (1) статті 3.

(2) Кожна Сторона:

a) вживає також такі заходи, що можуть бути потрібні, з тим, щоб встановити свою юрисдикцію стосовно правопорушень, які вона визнала такими відповідно до пункту (1) статті 3, коли гаданий правопорушник знаходиться на її території і вона не видає його іншій Стороні на тій підставі, що дане правопорушення було вчинене:

(i) на її території або на борту морського судна, що несе її прапор, або повітряного судна, зареєстрованого відповідно до її законодавства в момент скоєння правопорушення;

(ii) її громадянином;

b) може також вживати такі заходи, що можуть бути потрібні, з тим, щоб встановити свою юрисдикцію стосовно правопорушень, які вона визнала такими відповідно до пункту (1) статті 3, коли гаданий правопорушник знаходиться на її території і вона не видає його іншій Стороні.

(3) Ця Конвенція не виключає здійснення будь-якої кримінальної юрисдикції, встановлюваної Стороною згідно з її національним законодавством». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин. (ООН, від 20.12.1988). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_096]

6.1.22. Єдина конвенція про наркотичні засоби

(ООН, від 30.03.1961)

(приєднання 27.09.2001)

*«**Статья 36***

Постановления о наказаниях

1. a) С соблюдением своих конституционных ограничений каждая Сторона принимает меры, которые обеспечат, что культивирование и производство, изготовление, извлечение, приготовление, хранение, предложение, предложение с коммерческими целями, распределение, покупка, продажа, доставка на каких бы то ни было условиях, маклерство, отправка, переотправка транзитом, перевоз, ввоз и вывоз наркотических средств в нарушение постановлений настоящей Конвенции и всякое другое действие, которое, по мнению Сторон, может являться нарушением постановлений настоящей Конвенции, будут признаваться наказуемыми деяниями в тех случаях, когда они совершены умышленно, а также что серьезные преступления будут подлежать соответствующему наказанию, в частности тюремным заключением или иным способом лишения свободы.

(…)

2. С соблюдением конституционных ограничений Сторон, их системы права и внутреннего закона

(…)

iii) приговоры иностранных судов за такие преступления будут учитываться для целей установления рецидивизма». [Єдина конвенція про наркотичні засоби (від 30.03.1961). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_177]

6.1.23. Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами

(ООН, від 02.12.1949)

(приєднання 15.11.1954)

*«**Стаття 9***

В державах, в яких принцип видачі своїх громадян не визнається законом, громадяни, які повертаються до своєї держави після вчинення ними в іншій державі будь-якого із злочинів, зазначених у статтях 1 і 2 цієї Конвенції, підлягають переслідуванню і покаранню судом їх власної держави. Це положення не застосовується, якщо у справах такого роду, які виникають між сторонами цієї Конвенції, вимога про видачу іноземця не може бути задоволена.

Стаття 10

Положення статті 9 не застосовуються, якщо особа, обвинувачувана у вчиненні злочину, судилася в іншій державі, і в разі обвинувального вироку відбула покарання або була звільнена від покарання, або строк її покарання був скорочений відповідно до законів цієї держави.

Стаття 11

Ніщо у цій Конвенції не повинно тлумачитись як визначення ставлення тієї або іншої сторони в ній до загального питання про межі кримінальної юрисдикції відповідно до норм міжнародного права». [Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами. (ООН, від 02.12.1949). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_162]

6.1.24. Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього

(ООН, від 09.12.1948)

(ратифіковано 15.11.1954)

«***Статья III***

Наказуемы следующие деяния:

a) геноцид;

b) заговор с целью совершения геноцида;

c) прямое и публичное подстрекательство к совершению геноцида;

d) покушение на совершение геноцида;

e) соучастие в геноциде.

(…)

Статья VI

Лица, обвиняемые в совершении геноцида или других перечисленных в статье III деяний, должны быть судимы компетентным судом того государства, на территории которого было совершено это деяние, или таким международным уголовным судом, который может иметь юрисдикцию в отношении Сторон настоящей Конвенции, признавших юрисдикцию такого суда». [Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього. (ООН, від 09.12.1948) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_155]

6.1.25. Конвенція про кіберзлочинність

(Рада Європи, від 23.11.2001)

(ратифіковано із застереженнями і заявами Законом від 07.09.2005)

*«**Стаття 22. Юрисдикція***

1. Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення юрисдикції стосовно будь-якого злочину, встановленого відповідно до статей 2–11 цієї Конвенції, у випадках, коли таке правопорушення вчинене:

a. на її території; або

b. на борту судна, яке плаває під прапором такої Сторони; або

c. на борту літака, зареєстрованого відповідно до законодавства такої Сторони; або

d. одним з її громадян, якщо таке правопорушення карається кримінальним законодавством у місці його вчинення, або якщо правопорушення вчинено поза межами територіальної юрисдикції будь-якої Держави.

2. Кожна Держава може залишити за собою право не застосовувати або застосовувати лише у окремих випадках або за окремих умов правила юрисдикції, викладені у пунктах 1.b – 1.d цієї статті або у будь-якій їх частині.

3. Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення юрисдикції стосовно злочинів, встановлених відповідно до пункту 1 статті 24 цієї Конвенції, у випадках, коли підозрюваний правопорушник знаходиться на її території, і після запиту про екстрадицію не передається іншій Стороні лише на підставі його громадянства.

4. Ця Конвенція не виключає будь-якої кримінальної юрисдикції, яка здійснюється Стороною відповідно до її внутрішньодержавного законодавства.

5. Якщо більш ніж одна Сторона заявляє про юрисдикцію стосовно підозрюваного правопорушення, встановленого відповідно до цієї Конвенції, заінтересовані Сторони, де це можливо, проводять консультації з метою визначення найбільш придатної для переслідування юрисдикції». [Конвенція про кіберзлочинність (Рада Європи, від 23.11.2001). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_575]

6.1.26. Конвенція про фізичний захист ядерного матеріалу та ядерних установок

(МАГАТЕ, від 26.10.1979)

(Постанова Верховної Ради України від 05.05.1993 № 3182-XII «Про участь України у Конвенції про фізичний захист ядерного матеріалу 1980 року»)

«***Стаття 8***

1. Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для встановлення своєї юрисдикції щодо правопорушень, зазначених у статті 7, у таких випадках:

a) коли правопорушення вчинено на території цієї держави або на борту корабля чи літака, зареєстрованих у цій державі;

b) коли передбачуваний правопорушник є громадянином цієї держави.

2. Кожна держава-учасниця вживає також таких заходів, які можуть бути необхідними для поширення її юрисдикції на ці правопорушення в тих випадках, коли передбачуваний правопорушник знаходиться на її території і вона не видає його згідно зі статтею 11 жодній з держав, згаданих у пункті 1.

3. Ця Конвенція не виключає будь-якої кримінальної юрисдикції, що здійснюється згідно з національним законодавством.

4. Крім держав-учасниць, згаданих у пунктах 1 і 2, кожна держава-учасниця може, згідно з міжнародним правом, установлювати свою юрисдикцію щодо правопорушень, викладених у статті 7, коли вона у перевезенні ядерного матеріалу є експортуючою або імпортуючою державою». [Конвенція про фізичний захист ядерного матеріалу та ядерних установок (МАГАТЕ, від 26.10.1979). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_024]

6.1.27. Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації

(ООН, від 23.09.1971)

(ратифіковано 26.01.73)

*«**Статья 5***

1. Каждое Договаривающееся Государство принимает такие меры, какие могут оказаться необходимыми, чтобы установить свою юрисдикцию над преступлением в следующих случаях:

a) когда преступление совершено на территории данного Государства;

b) когда преступление совершено на борту или в отношении воздушного судна, зарегистрированного в данном Государстве;

c) когда воздушное судно, на борту которого совершено преступление, совершает посадку на его территории, и предполагаемый преступник еще находится на борту;

d) когда преступление совершено на борту или в отношении воздушного судна, сданного в аренду без экипажа арендатору, основное место деятельности которого или, если арендатор не имеет такого места деятельности, постоянное местопребывание которого находится в этом Государстве.

2. Каждое Договаривающееся Государство принимает также такие меры, какие могут оказаться необходимыми, чтобы установить свою юрисдикцию над преступлениями, упомянутыми в подпунктах «a», «b» и «c» пункта 1 Статьи 1, а также в пункте 2 Статьи 1 в той мере, в какой этот пункт относится к таким преступлениям, в случае когда предполагаемый преступник находится на его территории, и оно не выдает его в соответствии со Статьей 8 одному из Государств, упомянутых в пункте 1 настоящей Статьи.

2 bis. Каждое Договаривающееся государство принимает также такие меры, какие могут оказаться необходимыми, чтобы установить свою юрисдикцию над преступлениями, упомянутыми

в пункте 1 bis Статьи 1 и в пункте 2 Статьи 1, в той мере, в какой этот пункт относится к таким преступлениям, в случае когда предполагаемый преступник находится на его территории и оно не выдает его в соответствии со Статьей 8 государству, упомянутому в подпункте а) пункта 1 настоящей Статьи».

3. Настоящая Конвенция не исключает осуществления любой уголовной юрисдикции в соответствии с национальным законодательством».

(…)

Статья 7

Договаривающееся Государство, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера в соответствии с законодательством этого Государства». [Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації (ООН, від 23.09.1971). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_165]

6.1.28. Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства

(ООН, від 10.03.1988)

(ратифіковано Постановою ВР № 3735-XII від 17.12.93)

«***Стаття 6***

1. Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для встановлення її юрисдикції щодо злочинів, зазначених у статті 3, коли злочин вчинено:

а) проти чи на борту судна, що плаває під прапором даної держави під час вчинення цього злочину; або

b) на території даної держави, включаючи його територіальне море; або

c) громадянином даної держави.

2. Держава-учасниця може також встановити свою юрисдикцію щодо будь-якого такого злочину, коли:

а) його вчинено особою без громадянства, яка звичайно проживає у даній державі; або

b) під час його вчинення громадянин даної держави був захоплений, піддавався загрозам, поранений чи вбитий; або

c) його вчинено при спробі примусити дану державу вчинити якісь дії чи утриматись від них.

3. Будь-яка держава-учасниця, яка встановила юрисдикцію, зазначену в пункті 2, повідомляє про це Генерального секретаря Міжнародної морської організації (надалі «Генеральний секретар»).

Якщо така держава-учасниця згодом відмовляється від такої юрисдикції, вона повідомляє про це Генерального секретаря.

4. Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для встановлення її юрисдикції щодо злочинів, зазначених у статті 3, у випадках, коли гаданий злочинець перебуває на її території і вона не видає його якій-небудь з держав-учасниць, що встановили свою юрисдикцію згідно з пунктами 1, 2 цієї статті.

5. Ця Конвенція не виключає ніякої кримінальної юрисдикції, здійснюваної згідно з національним законодавством». [Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства (ООН, від 10.03.1988). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_220]

6.1.29. Конвенція про територіальне море та прилеглу зону

(ООН, від 29.04.1958)

(ратифіковано 12.01.1961)

*«**Статья 1***

1. Суверенитет государства распространяется за пределы его сухопутной территории и его внутренних вод на морской пояс, примыкающий к его берегу и называемый территориальным морем.

2. Указанный суверенитет осуществляется с соблюдением постановлений настоящий статей и других норм международного права.

Статья 2

Суверенитет прибрежного государства распространяется на воздушное пространство над территориальным морем, равно как и на поверхность и недра его дна.

(…)

Статья 19

1. Уголовная юрисдикция прибрежного государства не осуществляется на борту иностранного судна, проходящего через территориальное море, для ареста какого-либо лица или производства расследования в связи с преступлением, совершенным на борту судна во время его прохода, за исключением следующих случаев:

a) если последствия преступления распространяются на прибрежное государство, или

b) если совершенное преступление такого рода, что им нарушается спокойствие в стране или добрый порядок в территориальном море, или

c) если капитан судна или консул страны, под флагом которой плавает это судно, обратится к местным властям с просьбой об оказании помощи, или

d) если это является необходимым для пресечения незаконной торговли наркотическими средствами.

2. Изложенные выше постановления не затрагивают права прибрежного государства принимать любые меры, разрешаемые его законами, для ареста или расследования на борту иностранного судна, проходящего через территориальное море после выхода из внутренних вод.

3. В случаях, указанных в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, прибрежное государство должно, по просьбе капитана, уведомить консульские власти государства флага до принятия каких-либо мер и способствовать установлению контакта между указанными властями и экипажем судна. В случаях крайней срочности это уведомление может совершаться в то время, когда принимаются указанные меры.

4. Решая вопрос о том, следует ли вообще и каким образом произвести арест, местные власти учитывают должным образом интересы судоходства.

5. Прибрежное государство не может принимать на борту иностранного судна, проходящего через территориальное море, никаких мер для ареста какого-либо лица или производства расследования по поводу преступления, совершенного до входа судна в территориальное море, если судно, следуя из иностранного порта, ограничивается проходом через территориальное море, не заходя во внутренние воды». [Конвенція про територіальне море та прилеглу зону. (ООН, від 29.04.1958). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_178]

6.1.30. Конвенція про психотропні речовини

(ООН, від 21.02.1971)

(ратифіковано 27.10.1978)

«Статья 22 Положения о наказаниях

2. С соблюдением конституционных ограничений той или иной Стороны, ее правовой системы и внутреннего права,

(…)

iii) приговоры иностранных судов за такие правонарушения учитываются для целей установления рецидивизма;

(…)

4. В вопросах юрисдикции положения внутреннего права соответствующей Стороны имеют преимущественную силу перед положениями настоящей статьи.

5. Ничто содержащееся в настоящей статье не затрагивает принципа, согласно которому охватываемые ею правонарушения определяются, преследуются и караются в соответствии с внутренним правом той или иной Стороны». [Конвенція про психотропні речовини. (ООН, від 21.02.1971). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_176]

6.1.31. Конвенція про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна

(ООН, від 14.09.1963)

(приєднання із застереженнями та заявою Указ ПВС УРСР № 5049-XI від 21.12.87)

*«**Статья 1***

1. Настоящая Конвенция будет применяться в отношении:

a) уголовных правонарушений;

b) действий, являющихся или не являющихся правонарушениями, которые могут поставить под угрозу или угрожают безопасности воздушного судна или находящихся на его борту лиц или имущества, или которые угрожают поддержанию порядка и дисциплины на борту.

2. За исключением предусмотренного в главе III, настоящая Конвенция будет применяться в отношении совершенных правонарушений или осуществленных действий лицом, находящимся на борту любого воздушного судна, занесенного в регистр Договаривающегося Государства, во время нахождения такого воздушного судна в полете, или на поверхности воды в открытом море, или на любой другой поверхности вне пределов территории любого государства.

3. В целях настоящей Конвенции воздушное судно считается находящимся в полете с момента включения двигателя с целью взлета до момента окончания пробега при посадке.

4. Настоящая Конвенция не будет применяться к воздушным судам, занятым на военной, таможенной или полицейской службе.

Статья 2

Без ущерба для положений статьи 4 и за исключением того, когда этого требует безопасность воздушного судна, или лиц, или имущества на борту, никакое положение настоящей Конвенции не будет толковаться как разрешающее или обязывающее к любому действию в отношении уголовных правонарушений политического характера или уголовных правонарушений, основывающихся на расовой или религиозной дискриминации.

Глава II. Юрисдикция

Статья 3

1. Государство регистрации воздушного судна правомочно осуществлять юрисдикцию в отношении правонарушений и действий, совершенных на борту.

2. Каждое Договаривающееся Государство будет принимать такие меры. какие могут быть необходимы для установления его юрисдикции в качестве государства регистрации в отношении правонарушений. совершенных на борту воздушного судна, занесенного в регистр такого государства.

3. Настоящая Конвенция не исключает осуществления любой уголовной юрисдикции в соответствии с национальным законодательством.

Статья 4

Договаривающееся Государство, не являющееся государством регистрации, не может чинить препятствий находящемуся в полете воздушному судну с целью осуществления своей уголовной юрисдикции в отношении совершенного на борту правонарушения, за исключением случаев, когда:

a) правонарушение создает последствия на территории такого государства;

b) правонарушение было совершено гражданином или в отношении гражданина такого государства, или лицом, постоянно проживающим в нем, или в отношении этого лица;

c) правонарушение направлено против безопасности такого государства;

d) правонарушение заключается в нарушении любых законов или правил, относящихся к полету или маневру воздушного судна при вторжении в пределы территории такого государства;

e) осуществление юрисдикции необходимо для обеспечения выполнения любого обязательства такого государства по многостороннему международному соглашению». [Конвенція про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна. (ООН, від 14.09.1963). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_244]

6.1.32. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання

(ООН, від 10.12.1984)

(ратифіковано Указом ПВР від 26.01.87)

*«**Стаття 5***

1. Кожна держава-сторона вживає таких заходів, які можуть стати необхідними для встановлення її юрисдикції щодо злочинів, зазначених у статті 4, у таких випадках:

а) коли злочини вчинені на будь-якій території, що перебуває під її юрисдикцією, або на борту морського чи повітряного судна, зареєстрованого в даній державі;

b) коли гаданий злочинець є громадянином даної держави;

c) коли жертва є громадянином даної держави і якщо дана держава вважає це за доцільне.

2. Кожна держава-сторона вживає таких заходів, які можуть стати необхідними, щоб встановити свою юрисдикцію щодо таких злочинів у випадках, коли гаданий злочинець перебуває на будь-якій території під її юрисдикцією й вона не видає його згідно зі статтею 8 будь-якій з держав, зазначених у пункті 1 цієї статті.

3. Ця Конвенція не виключає здійснення будь-якої кримінальної юрисдикції згідно з внутрішнім законодавством.

Стаття 6

1. Переконавшись після розгляду наявної у неї інформації, що обставини цього вимагають, будь-яка держава-сторона, на території якої перебуває особа, яка підозрюється у вчиненні будь-якого із злочинів, зазначених у статті 4, бере її під варту або вживає інших юридичних заходів, що забезпечують її присутність. Взяття під варту та інші подібні заходи здійснюються згідно із законодавством даної держави, але можуть тривати тільки протягом часу, необхідного для того, щоб провести кримінально-процесуальні дії у справі видачі.

2. Така держава негайно проводить попереднє розслідування фактів.

3. Будь-якій особі, яка перебуває під вартою на підставі пункту 1 цієї статті, надається сприяння в негайному встановленні контакту з найближчим відповідальним представником держави, громадянином якої вона є, або, якщо вона є особою без громадянства, – з представником тієї держави, де вона звичайно проживає.

4. Коли держава згідно з цією статтею бере яку-небудь особу під варту, вона негайно повідомляє держави, зазначені в пункті 1 статті 5, про факт перебування такої особи під вартою та про обставини, що стали підставою для її затримання. Держава, що проводить попереднє розслідування, передбачене в пункті 2 цієї статті, негайно повідомляє про одержані нею дані, зазначені вище, державам і сповіщає, чи має вона намір здійснити свою юрисдикцію». [Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання. (ООН, від 10.12.1984). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_085]

6.1.33. Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів

(ООН, від 14.12.1973)

(ратифіковано Законом №267/95-ВР від 06.07.1995)

*«**Стаття 3***

1. Кожна держава-учасниця вживає відповідних заходів для встановлення своєї юрисдикції над злочинами, зазначеними в статті 2, у таких випадках:

а) коли злочин вчинено на території цієї держави або на борту судна чи літака, зареєстрованого в цій державі;

b) коли гаданий злочинець є громадянином цієї держави;

c) коли злочин вчинено проти особи, яка користується міжнародним захистом за смислом статті 1 та має статус такої у зв'язку з тими функціями, які вона виконує від імені цієї держави.

2. Кожна держава-учасниця аналогічним чином вживає необхідних заходів для встановлення своєї юрисдикції під цими злочинами у випадку, коли гаданий злочинець перебуває на його території, і не видає його відповідно до статті 8 будь-якій із держав, згаданих у пункті 1 цієї статті.

3. Ця Конвенція не виключає будь-якої юрисдикції, що здійснюється згідно з національним правом». [Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів. (ООН, від 14.12.1973). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_389]

6.1.34. Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства

(ООН, від 10.03.1988)

(ратифіковано Постановою ВР України № 3735-XII від 17.12.93)

*«**Стаття 6***

1. Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для встановлення її юрисдикції щодо злочинів, зазначених у статті 3, коли злочин вчинено:

a) проти чи на борту судна, що плаває під прапором даної держави під час вчинення цього злочину; або

b) на території даної держави, включаючи його територіальне море; або

c) громадянином даної держави.

2. Держава-учасниця може також встановити свою юрисдикцію щодо будь-якого такого злочину, коли:

a) його вчинено особою без громадянства, яка звичайно проживає у даній державі; або

b) під час його вчинення громадянин даної держави був захоплений, піддавався загрозам, поранений чи вбитий; або

c) його вчинено при спробі примусити дану державу вчинити якісь дії чи утриматись від них.

3. Будь-яка держава-учасниця, яка встановила юрисдикцію, зазначену в пункті 2, повідомляє про це Генерального секретаря Міжнародної морської організації (надалі «Генеральний секретар»).

Якщо така держава-учасниця згодом відмовляється від такої юрисдикції, вона повідомляє про це Генерального секретаря.

4. Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для встановлення її юрисдикції щодо злочинів, зазначених у статті 3, у випадках, коли гаданий злочинець перебуває на її території і вона не видає його якій-небудь з держав-учасниць, що встановили свою юрисдикцію згідно з пунктами 1, 2 цієї статті.

5. Ця Конвенція не виключає ніякої кримінальної юрисдикції, здійснюваної згідно з національним законодавством». [Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства. (ООН, від 10.03.1988). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_220]

6.1.35. Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден

(ООН, від 16.12.1970 в редакції протоколу від 10.09.2010)

(ратифіковано 1972)

*«**Статья 4***

1. Каждое государство-участник принимает такие меры, какие могут оказаться необходимыми, чтобы установить свою юрисдикцию над преступлениями, указанными в статье 1, и любыми другими актами насилия в отношении пассажиров или экипажа, совершенных предполагаемым преступником в связи с таким преступлением, в следующих случаях:

a) когда преступление совершено на территории данного государства;

b) когда преступление совершено против или на борту воздушного судна, зарегистрированного в данном государстве;

c) когда воздушное судно, на борту которого совершено преступление, совершает посадку на его территории и предполагаемый преступник еще находится на борту;

d) когда преступление совершено против или на борту воздушного судна, сданного в аренду без экипажа арендатору, основное место деятельности которого или, если он не имеет места деятельности, постоянное местопребывание которого находится в этом государстве;

e) когда преступление совершено гражданином данного государства.

2. Каждое государство-участник может также установить свою юрисдикцию в отношении любого такого преступления в следующих случаях:

a) когда преступление совершено против гражданина данного государства;

b) когда преступление совершено лицом без гражданства, которое обычно проживает на территории данного государства.

3. Каждое государство-участник принимает также такие меры, какие могут оказаться необходимыми, чтобы установить свою юрисдикцию над преступлениями, указанными в статье 1, когда предполагаемый преступник находится на его территории и оно не выдает это лицо в соответствии со статьей 8 одному из государств-участников, которые установили свою юрисдикцию в соответствии с применимыми пунктами настоящей статьи в отношении этих преступлений.

4. Настоящая Конвенция не исключает осуществления любой уголовной юрисдикции в соответствии с национальным законодательством». [Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден. (ООН, від 16.12.1970). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/954_014]

6.1.36. Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму

(ООН, від 14.09.2005)

(ратифіковано Законом від 15.03.2006)

«***Стаття 9***

1. Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть виявитися необхідними для встановлення її юрисдикції стосовно злочинів, указаних у статті 2, коли:

a) злочин учинено на території цієї держави; або

b) злочин учинено на борту судна, яке ходить під прапором цієї держави, або повітряного судна, зареєстрованого відповідно до законів цієї держави на момент учинення злочину; або

c) злочин учинено громадянином цієї держави.

2. Держава-учасниця може також установити свою юрисдикцію стосовно будь-якого такого злочину, коли:

a) злочин учинено проти громадянина цієї держави; або

b) злочин учинено проти державного чи урядового об'єкта цієї держави за кордоном, зокрема посольства або приміщення іншого дипломатичного чи консульського представництва цієї держави; або

c) злочин учинено особою без громадянства, яка зазвичай проживає на території цієї держави; або

d) злочин учинено при спробі примусити цю державу вчинити будь-яку дію чи утриматися від неї; або

e) злочин учинено на борту повітряного судна, що експлуатується урядом цієї держави.

(…)

4. Кожна держава-учасниця також уживає заходів, які можуть виявитися необхідними для встановлення її юрисдикції стосовно злочинів, зазначених у статті 2, у випадках, коли гаданий злочинець знаходиться на її території й вона не видає його жодній з держав-учасниць, які встановили свою юрисдикцію відповідно до пунктів 1 чи 2 цієї статті.

5. Ця Конвенція не виключає здійснення кримінальної юрисдикції, установленої державою-учасницею відповідно до її національного законодавства». [Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму. (ООН, від 14.09.2005). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_d68]

6.1.37. Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень

(ООН, від 21.03.1983)

(приєднання Законом від 17.06.2015)

«***Стаття 9***

1. Кожна держава-учасниця вживає необхідних заходів для встановлення своєї компетенції здійснювати юрисдикцію стосовно злочину насильницького зникнення:

a) коли злочин учинено на будь-якій території, що знаходиться під її юрисдикцією, або на борту морського чи повітряного судна, зареєстрованого в цій державі;

b) коли особа, яка підозрюється у вчиненні правопорушення, є громадянином цієї держави;

c) коли зникла особа є громадянином цієї держави і якщо ця держава вважає це доцільним.

2. Кожна держава-учасниця вживає також необхідних заходів для встановлення своєї компетенції здійснювати юрисдикцію стосовно злочину насильницького зникнення, коли особа, яка підозрюється у вчиненні правопорушення, знаходиться на будь-якій території під її юрисдикцією, лише якщо вона не видає або не передає його будь-якій іншій державі відповідно до своїх міжнародних зобов'язань або не передає його міжнародному кримінальному судові, юрисдикцію якого вона визнає.

3. Ця Конвенція не виключає жодної додаткової кримінальної юрисдикції, що здійснюється відповідно до внутрішнього права.

(…)

Стаття 26

1. Для здійснення положень цієї Конвенції засновується Комітет з насильницьких зникнень (Комітет) у складі десяти експертів, які мають високі моральні якості та визнану компетентність у галузі прав людини (…)

(…)

8. Члени Комітету мають право користуються можливостями, привілеями та імунітетами, які надаються експертам у відрядженнях у справах Організації Об'єднаних Націй і закріплені у відповідних розділах Конвенції про привілеї та імунітети Об'єднаних Націй». [Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень. (ООН, від 21.03.1983) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_l54]

6.1.38. Міжнародна конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців

(ООН, від 04.12.1989)

(ратифіковано Постановою ВР України № 3381-XII від 14.07.93)

«Стаття 9

1. Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідні для встановлення її юрисдикції щодо будь-якого з зазначених у цій Конвенції злочинів, які вчинені:

a) на її території або на борту морського чи повітряного судна, зареєстрованого у цій державі;

b) будь-яким із громадян або, якщо ця держава вважає це прийнятним, тими особами без громадянства, які звичайно проживають на її території.

2. Кожна держава-учасниця вживає також таких заходів, які можуть бути необхідні для встановлення її юрисдикції щодо злочинів, зазначених у статтях 2, 3 і 4 цієї Конвенції, у випадках, коли згаданий злочинець перебуває на її території і вона не видає його якій-небудь з держав, згаданих у пункті 1 цієї статті.

3. Ця Конвенція не виключає застосування будь-якої кримінальної юрисдикції відповідно до національного права». [Міжнародна конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців. (ООН, від 04.12.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_103]

6.1.39. Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил щодо кримінальної юрисдикції зі справ зіткнення суден та інших подій, зв'язаних з судноплавством

(ООН, від 10.05.1952)

«Статья 1

В случае столкновения или любого другого происшествия в области судоходства, которое связано с морским судном и влечет уголовную или дисциплинарную ответственность капитана или любого другого служащего на судне лица, уголовное или дисциплинарное преследование может быть возбуждено только перед судебными либо административными властями государства, под флагом которого судно находилось в момент столкновения или другого связанного с судоходством происшествия.

Статья 2

В случае, предусмотренном в предыдущей статье, никакой приказ об аресте или задержании судна не может быть отдан, даже для проведения расследования, никакими властями, иными чем власти государства, под флагом которого находилось судно.

Статья 3

Ни одно из положений настоящей Конвенции не препятствует тому, чтобы какое-либо государство в случае столкновения судов или другого связанного с судоходством происшествия признавало за своими властями право принимать любые меры, относящиеся к выданным им свидетельствам и разрешениям на занятие должности, или возбуждать преследование в отношении своих граждан за нарушения, совершенные ими на борту судна, находившегося под флагом другого государства.

Статья 4

Настоящая Конвенция не применяется к столкновениям и другим связанным с судоходством происшествиям, имевшим место в портах, на рейдах или во внутренних водах». [Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил щодо кримінальної юрисдикції зі справ зіткнення суден та інших подій, зв'язаних з судноплавством. (ООН, від 10.05.1952). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_564]

6.1.40. Рамкова Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності

(ООН, від 21.07.1997)

«***Стаття 5***

Кожна держава-учасниця Договору вживає законодавчих заходів до встановлення своєї юрисдикції щодо злочинів, зазначених у статті 1 даної Конвенції, у таких випадках:

а) коли злочин здійснюється на території цієї держави або на борту судна, або літального апарата, зареєстрованого у цій державі;

b) коли передбачуваний злочинець є громадянином цієї держави. Така юрисдикція не залежить від того, чи є караним діяння у місці його здійснення;

с) коли передбачуваний злочинець знаходиться на її території і вона не видає його. Така юрисдикція не залежить від того, чи є караним діяння у місці його здійснення.

2. Дана Конвенція не виключає будь-якої кримінальної юрисдикції, здійснюваної відповідно до внутрішньодержавного права». [Рамкова Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності. (ООН, від 21.07.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_786]

6.1.41. Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії

(ООН, від 01.01.2000)

(ратифіковано Законом від 03.04.2003)

«Держави-учасниці цього Протоколу,

вважаючи, що для досягнення цілей Конвенції про права дитини та виконання її положень, особливо статей 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 і 36, було б доцільно надати більш широкий характер тим заходам, яких повинні вживати держави-учасниці з метою гарантованого захисту дитини від практики торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії,

(…)

домовились про таке:

(…)

Стаття 3

1. Кожна держава-учасниця забезпечує, щоб, як мінімум, наступні діяння і види діяльності були повною мірою охоплені її кримінальним або карним правом, незалежно від того, чи були ці злочини вчинені на національному або транснаціональному рівні, або в індивідуальному чи організованому порядку:

а) у контексті торгівлі дітьми, визначеній у статті 2:

і) пропозиція, передача чи отримання будь-якими засобами дитини з метою:

a. сексуальної експлуатації дитини;

b. передачі органів дитини за винагороду;

c. використання дитини на примусових роботах;

іі) неправомірне схиляння в якості посередництва до згоди на усиновлення дитини з порушенням застосовних міжнародно-правових актів щодо усиновлення;

b) пропозиція, отримання, передача чи надання дитини для цілей дитячої проституції, визначеній у статті 2;

c) виробництво, розподіл, розповсюдження, імпорт, експорт, пропозиція, продаж або зберігання у вищезазначених цілях дитячої порнографії, визначеної у статті 2.

(…)

Стаття 4

1. Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть виявитися необхідними, для встановлення своєї юрисдикції щодо злочинів, зазначених у пункті 1 статті 3, у тих випадках, коли такі злочини вчиняються на її території або на борту морського чи повітряного судна, зареєстрованого у цій державі.

2. Кожна держава-учасниця може вживати таких заходів, які можуть виявитися необхідними, для встановлення своєї юрисдикції щодо злочинів, зазначених у пункті 1 статті 3, у таких випадках:

a) коли передбачуваний злочинець є громадянином цієї держави або особою, місце звичайного проживання якої знаходиться на її території;

b) коли жертва є громадянином цієї держави.

3. Кожна держава-учасниця також вживає таких заходів, які можуть виявитися необхідними, для встановлення своєї юрисдикції щодо вищезгаданих злочинів, коли передбачуваний злочинець знаходиться на її території, і вона не видає його або її іншій державі-учасниці на підставі того, що злочин було вчинено одним із її громадян.

4. Цей Протокол не виключає будь-яку кримінальну юрисдикцію, яка здійснюється відповідно до внутрішньодержавного права». [Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії. (ООН, від 01.01.2000). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_b09]

6.1.42. Європейська конвенція про передачу провадження у кримінальних справах (ETS № 73)

(Рада Європи, від 15.05.1972)

(приєднання Законом від 22.09.95)

*«**Стаття 35***

1. Особа, у кримінальній справі якої було постановлене остаточне і примусове судове рішення, не може за те ж саме діяння бути притягнутою до відповідальності або засудженою, або примушеною зазнавати будь-яку міру покарання в іншій Договірній Державі:

(a) якщо вона була виправдана;

(b) якщо призначена міра покарання: (i) відбута повністю, або відбувається; або (ii) скасована повністю, або у тому, що стосується невиконаної її частини, через помилування чи амністію; або (iii) не може виконуватись надалі через те, що вийшов строк давності;

(c) якщо суд визнав особу винною, але без призначення міри покарання.

2. Однак Договірна Держава не зобов'язана, якщо вона сама не клопотала про порушення кримінального переслідування, визнавати принцип ne bis in idem, якщо діяння, яке лежить в основі судового рішення, було спрямоване проти особи або установи, або будь-якого майна, що має публічний статус в цій державі, або якщо особа, щодо якої було поставлене судове рішення, сама мала публічний статус в цій державі.

3. Крім того, Договірна Держава, в якій діяння було вчинене або вважається таким згідно із законодавством цієї держави, не зобов'язана визнавати принцип ne bis in idem, якщо вона сама не клопотала про порушення кримінального переслідування». [Європейська конвенція

про передачу провадження у кримінальних справах (ETS N 73). (Рада Європи, від 15.05.1972) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_008]

6.1.43. Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми

(Рада Європи, від 16.05.2005)

(ратифіковано Законом від 21.09.2010)

«Стаття 31. Юрисдикція

1. Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для поширення юрисдикції на будь-яке правопорушення, установлене згідно з цією Конвенцією, якщо це правопорушення скоєно:

a) на її території, або

b) на борту морського судна, що плаває під прапором цієї Сторони, або

c) на борту повітряного судна, зареєстрованого за законами цієї Сторони, або

d) одним з її громадян чи особою без громадянства, які зазвичай проживають на її території, якщо правопорушення карається за кримінальним законодавством там, де воно було скоєне, або якщо правопорушення скоєно поза межами територіальної юрисдикції будь-якої держави;

e) проти одного з її громадян.

(…)

3. Кожна Сторона вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для поширення юрисдикції на правопорушення, згадані в цій Конвенції, якщо підозрюваний правопорушник перебуває на її території й вона після запиту про видачу правопорушника не видає його іншій Стороні виключно на підставі його громадянства.

4. Якщо більш ніж одна Сторона заявляє про свою юрисдикцію стосовно правопорушення, що підозрюється, установленого згідно з цією Конвенцією, залучені Сторони у необхідних випадках проводять консультації для визначення юрисдикції, яка найбільш підходить для судового переслідування.

5. Без шкоди для загальних норм міжнародного права ця Конвенція не виключає будь-якої кримінальної юрисдикції, що здійснюється Стороною згідно з її внутрішнім правом». [Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми. (Рада Європи, від 16.05.2005) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_858]

6.1.44. Конвенція Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я

(Рада Європи, від 28.10.2011)

(ратифіковано Законом від 07.06.2012)

«Стаття 10. Юрисдикція

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих та інших заходів для встановлення юрисдикції над будь-яким злочином, установленим відповідно до цієї Конвенції, якщо злочин скоєний:

a) на її території або

b) на борту корабельного судна під прапором цієї Сторони, або

c) на борту повітряного судна, зареєстрованого відповідно до законодавства цієї Сторони, або

d) одним з її громадян чи особою, яка постійно проживає на її території.

2. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих та інших заходів для встановлення юрисдикції над будь-яким злочином, установленим відповідно до цієї Конвенції, якщо жертвою в результаті злочину є один з її громадян чи особа, яка постійно проживає на її території.

3. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих та інших заходів для встановлення юрисдикції над будь-яким злочином, установленим відповідно до цієї Конвенції, коли ймовірний правопорушник присутній на її території та не підлягає екстрадиції іншій Стороні на підставі свого громадянства». [Конвенція Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я. (Рада Європи, від 28.10.2011) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_a91]

6.1.45. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173)

(Рада Європи, від 27.01.1999)

(ратифіковано Законом від 18.10.2006)

«Стаття 17. Юрисдикція

1. Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання у своєму національному законодавстві підсудними кримінальні злочини, передбачені статтями 2–14 цієї Конвенції, якщо:

а) злочини вчинено повністю або частково на її території;

b) злочинець є її громадянином, посадовою особою чи членом одного із її національних представницьких органів;

с) злочини вчинено однією із її посадових осіб чи одним із членів її національних представницьких органів або будь-якою особою, згаданою у статтях 9–11, яка водночас є її громадянином.

(…)

4. Ця Конвенція не виключає можливості встановлення Стороною кримінальної юрисдикції відповідно до національного законодавства». [Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією. (ETS 173). (Рада Європи, від 27.01.1999). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_101]

6.1.46. Конвенція про відкрите море

(ООН, від 29.04.1958)

«Статья 4

Каждое государство, независимо от того, является ли оно прибрежным или нет, имеет право на то, чтобы суда под его флагом плавали в открытом море.

Статья 5

1. Каждое государство определяет условия предоставления своей национальности судам, регистрации судов на его территории и права плавать под его флагом. Суда имеют национальность того государства, под флагом которого они вправе плавать. Между данным государством и данным судном должна существовать реальная связь; в частности, государство должно эффективно осуществлять в области технической, административной и социальной свою юрисдикцию и свой контроль над судами, плавающими под его флагом.

2. Каждое государство выдает судам, которым оно предоставляет право плавать под его флагом, соответствующие документы.

Статья 6

1. Суда должны плавать под флагом только одного государства и, кроме исключительных случаев, прямо предусматриваемых в международных договорах или в настоящих статьях, подчиняются его исключительной юрисдикции в открытом море. Судно не может переменить свой флаг во время плавания или стоянки при заходе в порт, кроме случаев действительного перехода собственности или изменения регистрации.

2. Судно, плавающее под флагами двух или более государств, пользуясь ими смотря по удобству, не может требовать признания ни одной из соответствующих национальностей другими государствами и может быть приравнено к судам, не имеющим национальности.

Статья 7

Постановления предыдущих статей не затрагивают вопроса о судах, состоящих на официальной службе какой-либо межправительственной организации и плавающих под флагом этой организации.

Статья 8

1. Военные корабли пользуются в открытом море полным иммунитетом от юрисдикции какого бы то ни было государства, кроме государства флага.

2. В настоящих статьях слова «военный корабль» означают судно, принадлежащее к военно-морским силам какого-либо государства и имеющие внешние знаки, отличающие военные корабли его национальности, находящиеся под командой офицера, состоящего на государственной службе, имя которого занесено в список офицеров военно-морского флота, и имеющее экипаж, подчиненный регулярной военной дисциплине.

Статья 9

Суда, принадлежащие государству или эксплуатируемые им и состоящие только на некоммерческой правительственной службе, пользуются в открытом море полным иммунитетом от юрисдикции государств, не являющихся государством флага.

(…)

Статья 19

В открытом море или в любом другом месте, находящемся за пределами юрисдикции какого бы то ни было государства, любое государство может захватить пиратское судно или пиратский летательный аппарат или судно, захваченное посредством пиратских действий и находящееся во власти пиратов, арестовать находящихся на этом судне или летательном аппарате лиц и захватить находящееся на нем имущество. Судебные учреждения того государства, которое совершило этот захват, могут выносить постановления о наложении наказаний и определять, какие меры должны быть приняты в отношении таких судов, летательных аппаратов или имущества, не нарушая прав добросовестных третьих лиц.

Статья 20

Если захват судна или летательного аппарата по подозрению в пиратстве совершен без достаточных оснований, государство, совершившее захват, отвечает перед государством, национальность которого имеет судно или летательный аппарат, за всякий вред и всякие убытки, причиненные захватом.

Статья 21

Захват за пиратство может совершаться только военными кораблями или военными летательными аппаратами или другими судами или летательными аппаратами, состоящими на правительственной службе и на то уполномоченными». [Конвенція про відкрите море. (ООН, від 29.04.1958). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_180]

6.1.47. Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами

(Рада Європи, від 11.05.2011)

(Щодо ратифікації див.: Закон від 06.12.2017 № 2227-VIII)

«***Стаття 44. Юрисдикція***

1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для встановлення юрисдикції над будь-яким правопорушенням, установленим відповідно до цієї Конвенції, якщо правопорушення вчинено:

a) на їхній території, або

b) на борту корабельного судна під їхнім прапором, або

c) на борту повітряного судна, зареєстрованого відповідно до їхнього законодавства, або

d) одним з їхніх громадян, або

e) особою, яка постійно проживає на їхній території.

2. Сторони докладають зусиль для вжиття необхідних законодавчих або інших заходів з метою встановлення юрисдикції над будь-яким правопорушенням, установленим відповідно до цієї Конвенції, якщо правопорушення вчинено проти одного з їхніх громадян або особи, яка постійно проживає на їхній території.

3. Для кримінального переслідування правопорушень, установлених відповідно до статей 36, 37, 38 та 39 цієї Конвенції, Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб їхня юрисдикція не залежала від умови, що дії криміналізовано в місці, де їх було вчинено.

4. Для кримінального переслідування правопорушень, установлених відповідно до статей 36, 37, 38 та 39 цієї Конвенції, Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб їхня юрисдикція стосовно підпунктів «d» та «e» пункту 1, не залежала від умови, що кримінальне переслідування може бути розпочато тільки після повідомлення жертви правопорушення або надання інформації державою, на території якої було вчинено правопорушення.

5. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для встановлення юрисдикції над правопорушеннями, установленими відповідно до цієї Конвенції, у випадках, коли ймовірний правопорушник присутній на їхній території та не підлягає екстрадиції іншій Стороні тільки на підставі свого громадянства.

6. У випадках, коли ймовірне правопорушення, установлене відповідно до цієї Конвенції, підпадає під юрисдикцію більше ніж однієї Сторони, такі Сторони, де це доречно, проводять консультації одна з одною для визначення найсприятливішої юрисдикції для кримінального переслідування.

7. Без шкоди загальним нормам міжнародного права ця Конвенція не виключає будь-якої кримінальної юрисдикції, що здійснює Сторона відповідно до свого національного законодавства.

(…)

Стаття 47. Вироки, винесені іншою Стороною

Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення можливості під час визначення вироку враховувати остаточні вироки, винесені іншою Стороною стосовно правопорушень, установлених відповідно до цієї Конвенції». [Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (Рада Європи, від 11.05.2011). https://rm.coe.int/1680096e45]

6.1.48. Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210)

(Рада Європи, від 11.05.2011)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Стаття 44. Юрисдикція***

221. У цій статті передбачено різні вимоги до Сторін щодо встановлення юрисдикції над порушеннями, яких стосується Конвенція.

222. Пункт 1 (a) ґрунтується на принципі територіальності. До Сторін висувається вимога щодо покарання за злочини, передбачені в Конвенції, які вчиняються на їхній території.

223. Підпункти (b) і (c) пункту 1 ґрунтуються на варіанті принципу територіальності. Цими підпунктами від Сторін вимагається встановлення юрисдикції над злочинами, вчиненими на борту корабельного судна під їхнім прапором або на борту повітряного судна, зареєстрованого відповідно до їхнього законодавства. Це зобов'язання вже набрало чинності в законодавстві багатьох країн, коли кораблі та літаки вже перебувають під юрисдикцією країн, на території яких вони зареєстровані. Цей вид юрисдикції виявляється дуже корисним тоді, коли корабель або літак не перебувають на території країни на момент злочину, в результаті чого п. 1 (a) не ставав би підставою для проголошення юрисдикції. У разі злочину на борту корабля або літака за межами території прапора або реєстрації могла б виникати така ситуація, коли без цього правила не знайшлось би країни, яка могла б виконувати юрисдикцію. Крім того, у разі злочину на борту корабля або літака, який просто пропливає водами або перетинає повітряний простір іншої держави, на шляху виконання юрисдикції цією державою виникали б серйозні практичні перешкоди, а тому для держави реєстрації також важливо мати юрисдикцію.

224. Пункт 1 (d) ґрунтується на принципі громадянства. Теорію громадянства найчастіше застосовують країни, які мають традицію цивільного права. За цим принципом, громадяни цих країни зобов'язані виконувати вимоги законодавства навіть за межами території країни. За пп. (d), якщо один з громадян країни вчиняє правопорушення за кордоном, Сторона зобов'язана притягнути його до відповідальності. Автори вважали це найважливішим положенням у боротьбі з певними формами насильства стосовно жінок. Насправді деякі держави, на території яких жінки та дівчата стають об'єктами зґвалтування чи сексуального насильства, примусового шлюбу, каліцтва жіночих статевих органів, злочинів в ім'я так званої «честі», примусових абортів і примусової стерилізації, не мають ні волі, ані необхідних ресурсів для результативного розслідування, або їм бракує відповідної законодавчої бази. Пункт 2 дозволяє доводити ці справи до суду навіть тоді, коли вони не криміналізовані в державі, на території якої вчинений злочин.

225. Пункт 1 (e) поширюється на осіб, які постійно проживають на території Сторони. Він передбачає, що Сторони встановлюють юрисдикцію на розслідування діянь, вчинених за кордоном

особами, які постійно проживають на їхній території, що допомагає карати за акти насильства, вчинені за кордоном. Пункт 2 статті 78 стосується застережень Сторін щодо непоширення на неї юрисдикції або щодо виконання такої юрисдикції лише в окремих випадках або за окремих умов.

226. Пункт 2 прив'язаний до громадянства або статусу жертви щодо проживання. Він ґрунтується на тій передумові, що окремі інтереси жертв-громадян перетинаються з загальними інтересами держави у сфері притягнення до відповідальності за злочини проти її громадян або мешканців. Отже, якщо громадянин країни або особа, яка має право постійного проживання, стає жертвою злочину за кордоном, Сторона зобов'язана докладати зусиль щодо встановлення юрисдикції з метою відкриття провадження. Водночас на Сторону жодним чином не покладається зобов'язання, як ми це бачимо з використання терміна «докладати зусиль».

227. Пункт 3 становить важливий елемент доданої вартості в цій Конвенції та є великим кроком уперед у справі захисту жертв. В контексті найсерйозніших злочинів Конвенції, це положення виключає звичайне застосування правила подвійної криміналізації злочину, згідно якого дії мають бути криміналізовані в місці, де вони чиняться.

Його мета полягає в боротьбі з окремими формами насильства стосовно жінок, які можуть вчинятися і найчастіше вчиняються за межами території, на яку поширюється ця Конвенція: наприклад, примусовими шлюбами, каліченням жіночих статевих органів, примусовими абортами й примусовою стерилізацією. Отже, цей пункт поширюється тільки на злочини, визначені в статті 36 (сексуальне насильство, зокрема зґвалтування), статті 37 (примусовий шлюб), статті 38 (каліченння жіночих статевих органів), статті 39 (примусовий аборт і примусова стерилізація) та вчинені громадянами відповідної Сторони. Пункт 2 статті 78 про застереження дозволяє Сторонам не виконувати цю юрисдикцію або робити це лише в окремих випадках або за окремих умов.

228. У п. 4 автори хотіли заборонити підпорядкування відкриття провадження в найтяжчих злочинах у країні громадянства або постійного місця проживання умовам, якими в звичайному порядку вимагається звернення жертви за заявою або надання інформації державою, на території якої було вчинене правопорушення. Мета цього положення полягає в сприянні притягненню до відповідальності за злочини, вчинені за кордоном. Позаяк деякі країни не мають необхідної волі або ресурсів для розслідування за фактом окремих форм насильства стосовно жінок і домашнього насильства, вимога щодо заяви жертви або висунення обвинувачень відповідними органами часто стає на заваді притягненню до відповідальності. Цей пункт поширюється тільки на правопорушення, передбачені в статті 36 (сексуальне насильство, зокрема зґвалтування), статті 37 (примусовий шлюб), статті 38 (каліченння жіночих статевих органів), статті 39 (примусовий аборт і примусова стерилізація) та вчинені громадянами відповідної Сторони. П. 2 статті 78 про застереження дозволяє Сторонам не виконувати цю юрисдикцію або робити це лише в окремих випадках або за окремих умов.

229. Пункт 5 стосується принципу «aut dedere aut judicare» (екстрадиції або притягнення до відповідальності). Юрисдикція, встановлена за п. 5, необхідна для забезпечення того, що Сторони, які відмовляються від екстрадиції громадянина, матимуть власні правові можливості для розслідування і провадження у справі, якщо до них звернеться з таким проханням Сторона, яка просила про екстрадицію, на умовах відповідних міжнародних інструментів. Пункт 4 не перешкоджає Сторонам встановлювати юрисдикцію лише в тих випадках, коли злочин, вчинений на цій території, карається, або за умови вчинення злочину за межами територіальної юрисдикції будь-якої з таких держав.

230. У деяких випадках насильства, охоплених цією Конвенцією, не одна, а декілька Сторін можуть мати юрисдикцію над деякими або всіма учасниками правопорушення. Наприклад, жінку можуть виманити на територію іншої держави та примусити до шлюбу проти її волі. З метою уникнення дублювання провадження та непотрібних незручностей для жертв і свідків, або з метою сприяння ефективному й справедливому провадженню іншим чином до відповідних Сторін, згідно з п. 6, висувається вимога консультуватися з питання визначення місця, де буде розглядатися справа. Деколи найкращим для них буде обрання єдиного місця розгляду справи; деколи краще буде судити деяких правопорушників в одній країні, а інших – в іншій країні або країнах. Як одне, так і інше дозволяється за цим пунктом. І насамкінець, обов'язок консультуватися не

абсолютний; до консультацій вдаються у «відповідних випадках». Так, наприклад, якщо одна Сторона знає, що в консультації немає необхідності (наприклад, вона отримала інформацію про те, що інша Сторона не планує діяти), або Сторона вважає, що така консультація може перешкоджати розслідуванню або провадженню, вона може відстрочити або відмовитися від такої консультації.

231. Основи юрисдикції, викладені в п. 1 цієї статті, невинятковi. Пункт 7 дозволяє Сторонам встановлювати інші види юрисдикції в кримінальних справах згідно зі своїм внутрішнім законодавством.

(…)

Стаття 47. Вироки, винесені іншою Стороною

245. Деякі правопорушення, передбачені Конвенцією, мають транснаціональний вимір або можуть вчинятися правопорушником, який поставав перед судом і був засуджений в іншій країні або в декількох інших країнах. На внутрішньому рівні в багатьох правових системах передбачено своє й нерідко суворіше покарання особи, яка вже мала судимості. Загалом, лише вироки національного суду зараховуються в колишні судимості. Традиційно вироки іноземних судів не зараховуються на тій підставі, що кримінальне законодавство – це національне питання: національне законодавство може мати свої особливості, і до рішень закордонних судів ставляться з певною підозрою.

246. Такі аргументи мають меншу силу сьогодні, бо розробка стандартів на міжнародному рівні в результаті інтернаціоналізації злочинності має тенденцію до гармонізації національних законодавств різних країн. Крім того, протягом кількох десятиліть країни приймали інструменти такі як ЄКПЛ чиє застосування допомогло створити міцний фундамент спільних гарантій, що вселяють більшу довіру до систем правосуддя на території всіх держав-учасниць.

247. Принцип міжнародного рецидивізму закладений в низці правових інструментів. Наприклад, за статтею 36(2)(iii) Нью-йоркської конвенції про наркотичні препарати від 30 березня 1961 року, вироки закордонних судів повинні враховуватися з метою з'ясування фактів рецидивізму з урахуванням конституційних положень кожної Сторони, правової системи й національного законодавства. За статтею 1 Рамкового рішення Ради від 6 грудня 2001 року про внесення змін до Рамкового рішення 2000/383/ЈНА щодо посилення захисту шляхом кримінальних покарань та інших санкцій за підробку у зв'язку з запровадженням євро, держави в складі Європейського Союзу повинні визнавати остаточні рішення у справах про виготовлення фальшивої валюти, винесені на території іншої держави-члена, такими, що встановлюють факт звичної злочинності.

248. Те, що нема стандартного поняття рецидивізму на міжнародному рівні, залишається фактом, як і те, що законодавство деяких країн взагалі не містить такого визначення. Той факт, що вироки, винесені за кордоном, не завжди доводяться до відома суду при обранні міри покарання, стає додатковою практичною проблемою. Водночас у статті 3 Рамкового рішення Ради 2008/675/ЈНА щодо врахування вироків, винесених на території держав у складі Європейського Союзу в ході нового кримінального провадження, покладає зобов'язання щодо врахування попередніх вироків, винесених на території іншої держави (члена), в загальному порядку і без обмеження окремими правопорушеннями.

249. Отже, стаття 47 передбачає можливість урахування остаточних вироків, винесених іншою Стороною за результатами роздумів щодо обрання міри покарання. Задля дотримання вимог цього положення Сторони можуть передбачити у своєму внутрішньому законодавстві вимогу про те, що в разі наявності в минулому вироків закордонних судів на час повідомлення про них компетентному органові призначається суворіше покарання. Вони можуть також передбачити, що за своїми загальними повноваженнями щодо оцінення обставин відповідної особи при обранні міри покарання суди мають брати до уваги такі судимості. Ця можливість повинна передбачати такий принцип, що до правопорушника будуть ставитися не менш сприятливо, ніж до нього ставилися б у разі винесення вироку національним судом.

250. Це положення не покладає жодного позитивного зобов'язання на суди або прокуратуру щодо шляхів з'ясування факту отримання підсудними остаточного вироку в судах інших держав-членів. Водночас слід зазначити, що, за статтею 13 Європейської конвенції про взаємодопомогу

в кримінальних справах (ETS № 30), судові органи Сторони мають право звертатися з запитом до іншої Сторони стосовно надання витягу або відомостей про судимості в разі потреби при розгляді кримінальної справи». [Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210) (Рада Європи, від 11.05.2011) https://rm.coe.int/1680096e45]

6.1.49. Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників

(ООН, від 17.12.1979)

(приєднання Указом ПВР 3954-XI від 08.05.1987)

«Стаття 5

1. Кожна держава-сторона вживає таких заходів, які можуть бути необхідні для встановлення її юрисдикції щодо будь-якого із злочинів, зазначених у статті 1, який було вчинено:

a) на її території або на борту морського чи повітряного судна, зареєстрованого в цій державі;

b) будь-яким з її громадян або, якщо зазначена держава вважає це за доцільне, апатридами, які звичайно проживають на її території;

c) для того, щоб примусити цю державу здійснити який-небудь акт чи утриматися від його здійснення; або

d) щодо заручника, який є громадянином зазначеної держави, якщо ця держава вважає це за доцільне.

2. Кожна держава-сторона аналогічним чином вживає таких заходів, які можуть бути необхідними, щоб встановити свою юрисдикцію щодо злочинів, зазначених у статті 1, у випадках, коли гаданий злочинець перебуває на території цієї держави й вона не видає його якій-небудь державі, згаданій у пункті 1 цієї статті.

3. Ця Конвенція не виключає будь-якої кримінальної юрисдикції, здійснюваної згідно з внутрідержавним правом». [Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників. (ООН, від 17.12.1979). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_087]

6.1.50. Міжнародна конвенція щодо боротьби з підробкою грошових знаків

(Ліга Націй, від 20.04.1929)

(ратифіковано 03.05.1931)

«Статья 6

Страны, которые допускают принцип международного рецидива, признают при соблюдении условий, установленных их законодательствами по принадлежности, в качестве обстоятельства, создающего подобного рода рецидив, иностранные судебные приговоры, вынесенные в силу совершения одного из действий, предусмотренных в статье 3 [*див.: 119.1.1*]». [Міжнародна конвенція щодо боротьби з підробкою грошових знаків. (Ліга Націй, від 20.04.1929). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_589]

6.1.51. Європейська угода про осіб, які беруть участь у процесі Європейського суду з прав людини

(Рада Європи, від 05.03.1996)

(ратифіковано Законом від 23.06.2004)

«Стаття 1.

1. Особами, до яких застосовується ця Угода, є:

a) будь-які особи, які беруть участь у процесі, порушеному в Суді, як сторони процесу, їхні представники або консультанти;

b) свідки та експерти, викликані Судом, та інші особи, запрошені Головою Суду взяти участь у процесі.

2. Для цілей цієї Угоди термін «Суд» включає комітети, палати, колегію Великої палати, Велику палату та суддів. Термін «участь у процесі» включає також направлення повідомлень з метою подання скарги проти держави-учасниці Конвенції.

3. Якщо під час виконання Комітетом міністрів своїх функцій за пунктом 2 статті 46 Конвенції будь-яка особа, згадана у пункті 1 вище, викликається постати перед Комітетом міністрів або якщо їй пропонується подати йому письмові заяви, до такої особи застосовуються положення цієї Угоди.

Стаття 2

1. Особи, згадані у пункті 1 статті 1 цієї Угоди, користуються імунітетом від юридичного процесу стосовно зроблених ними усних або письмових заяв або документів чи інших доказів, пред'явлених у Суді чи поданих до нього.

2. Цей імунітет не застосовується до повідомлення за межами Суду про будь-які такі заяви, документи або докази, подані до Суду». [Європейська угода про осіб, які беруть участь у процесі Європейського суду з прав людини (Рада Європи, від 05.03.1996). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_324]

6.1.52. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах

(СНД, від 22.01.1993)

(ратифіковано Законом від 10.11.94)

*«**Стаття 76[1]. Визнання вироків***

Під час вирішення питань про визнання особи особливо небезпечним рецидивістом, про встановлення фактів учинення злочину повторно і порушення обов'язків, пов'язаних з умовним засудженням, відстрочкою виконання вироку або умовно-достроковим звільненням, установи юстиції Договірних Сторін можуть визнавати і враховувати вироки винесені судами (трибуналами) колишнього Союзу РСР і союзних республік, що входили до його складу, а також судами Договірних Сторін». [Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (СНД, від 22.01.1993). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_009]

Коментар:

7 жовтня 2002 року в м. Кишинів країнами СНД укладено Конвенцію про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах. Однак Конвенція 1993 року та Протокол до неї 1997 року продовжують застосовуватися у відносинах між державами-учасницями цих міжнародних договорів та державами, для яких не набрала чинності Конвенція 2002 року. Станом на 01.06.2018 р. Україна не ратифікувала Конвенцію про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах 2002 р. Відтак для України діють лише Конвенція 1993 року та Протокол до неї 1997 року.

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо кримінальної юрисдикції держав та кримінально-правового імунітету окремих осіб

6.2.1. Справа «Streletz, Kessler and Krenz v. Germany»

«81. Суд вважає, що для Держави, що керується верховенством права, є законним порушення кримінальних справ проти осіб, які вчинили злочини за попереднього режиму; так само і суди такої Держави, зайнявши місце тих, які існували раніше, не можуть піддаватися критиці за застосування і тлумачення правових положень, які діяли під час вчинення діянь, у світлі принципів, якими керується кожна правова Держава». [Streletz, Kessler and Krenz v. Germany (34044/96, 35532/97 and 44801/98). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–59353] (Неофіційний авторський переклад).

6.2.2. Справа «Ранцев проти Кіпру і Росії»

«289. Нарешті, Суд повторює, що торгівля людьми становить проблему, яка, як правило, не обмежена кордонами якоїсь однієї держави. Коли торгівці людьми організовують переїзд особи з однієї держави до іншої, злочини, пов'язані з такою діяльністю, можуть мати місце в державі походження, будь-якій державі транзиту та в державі призначення. Відповідні докази і свідки можуть знаходитися у всіх державах. Хоча Палермський протокол не зачіпає питання юрисдикції,

Конвенція про протидію торгівлі людьми прямо вимагає від кожної Договірної держави встановлювати юрисдикцію щодо будь-якого злочину, пов'язаного з торгівлею людьми, який вчинено на її території. Такий підхід, на думку Суду, є логічним лише в контексті згаданого вище загального зобов'язання, покладеного на всі держави за статтею 4 Конвенції, проводити розслідування за скаргами про стверджуванні факти торгівлі людьми. Окрім зобов'язання Договірної держави з проведення розслідування подій, що мали місце на її території, кожна держава також зобов'язана у справах, пов'язаних з транскордонною торгівлею людьми, ефективно співпрацювати з відповідними органами влади інших держав, зацікавлених у розслідуванні подій, які сталися поза межами їхніх територій. Такий обов'язок відповідає завданням Договірних держав, проголошеним у преамбулі Палермського протоколу, з впровадження комплексного міжнародного підходу до вирішення проблеми торгівлі людьми у країнах походження, транзиту і призначення. Він також відповідає міжнародним угодам про взаємну правову допомогу, сторонами яких є держави-відповідачі у цій справі». [Ранцев проти Кіпру і Росії (25965/04). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117743]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо кримінальної юрисдикції держав та кримінально-правового імунітету окремих осіб

6.3.1. Справа «Loizidou v. Turkey»
Фактичні обставини:

Пані Loizidou скаржилася, зокрема, на те, що її право власності було порушено турецькими військовими силами, які окупували і продовжували контролювати північну частину Кіпру і які неодноразово перешкоджали її доступу до будинку та іншого майна, що знаходиться в даному регіоні. Вона стверджувала, що ці дії були триваючим порушенням її власності, таким, що суперечить статті 1 Протоколу № 1 Конвенції, а також триваючим порушенням її права на повагу житла відповідно до статті 8 Конвенції.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«59. У статті 1 Конвенції йдеться: «Високі Договірні Сторони гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в розділі І цієї Конвенції».

60. Питання Суду полягає в тому, чи включає його компетенція розгляд скарг заявника на тій підставі, що вони стосуються питань, які не можуть підпадати під «юрисдикцію» уряду-відповідача.

(…)

62. У цьому відношенні Суд нагадує, що, хоча стаття 1 Конвенції встановлює межі дії Конвенції, поняття «юрисдикція» відповідно до цього положення не обмежується національною територією Високих Договірних Сторін. Наприклад, згідно з його встановленою прецедентною практикою, Суд постановив, що екстрадиція чи видача особи однією з Договірних Держав може викликати проблему за статтею 3, а отже, покласти на нього відповідальність відповідно до Конвенції.

Беручи до уваги об'єкт і цілі Конвенції, відповідальність Договірної Сторони також може виникнути, коли внаслідок військових дій, чи то законних, чи незаконних, уряд здійснює ефективний контроль над територією, що знаходиться за межами його національної території. Обов'язок забезпечити в такому районі права та свободи, викладені в Конвенції, випливає з факту такого контролю, незалежно від того, здійснюється він безпосередньо через свої збройні сили або через підпорядковану місцеву адміністрацію.

63. У зв'язку з цим уряд-відповідач визнав, що втрата контролю над майном заявника зумовлена окупацією північної частини Кіпру турецькими військами та створенням «Турецької республіки Північний Кіпр». (…)

64. Із цього випливає, що такі дії можуть потрапляти в турецьку «юрисдикцію» у значенні статті 1 Конвенції. Отже, питання про скарги, що підлягають притягненню до Туреччини і викликають відповідальність держави, є, таким чином, питаннями, які визначатиме Суд на етапі суті». [Loizidou v. Turkey (15318/89). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57920]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 6–9 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

6.4.1. До дипломатичних представників іноземних держав, які за законами України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не є підсудні у кримінальних справах судам України, в разі вчинення ними злочину на території України (ч. 4 ст. 6 КК України), які користуються повним імунітетом від кримінальної юрисдикцій України належать:

1) глави представництв (6.1.1; 6.1.3; 6.1.6);

2) члени персоналу представництв, які мають дипломатичний ранг (6.1.1; 6.1.3; 6.1.6).

Вони користуються повним імунітетом від кримінальною юрисдикції України, навіть якщо підозрюються у вчинені особливо тяжких злочинів.

6.4.2. До інших громадян, які за законами України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не є підсудні у кримінальних справах судам України, в разі вчинення ними злочину на території України (ч. 4 ст. 6 КК України), і які користуються повним імунітетом від кримінальної юрисдикції України, належать:

1) дипломатичні кур'єри (6.1.1);

2) консульські кур'єри (6.1.2);

3) кур'єри представництва (6.1.3);

4) кур'єр делегації (6.1.3);

5) кур'єр спеціальної місії (6.1.6);

6) глави міжнародних делегацій (6.1.3);

7) делегати міжнародних делегації 6.1.3);

8) під час сесій Консультативної асамблеї Ради Європи представники в Асамблеї та їхні заступники, незалежно від того, чи є вони членами парламенту (6.1.9);

9) Генеральний секретар, заступник Генерального секретаря, їхні дружини та малолітні діти (6.1.9);

10) постійні представники членів Ради Європи під час виконання своїх службових обов'язків і подорожування до місця засідань та звідти (6.1.9);

11) представники іноземних країн в Комісії та їх заступники під час їх перебування в зв'язку з діяльністю Дунайської Комісії на території України (6.1.13);

12) посадові особи Дунайської Комісії (6.1.13);

13) директор Секретаріату і Робочого апарату Дунайської Комісії (6.1.13);

14) помічники директора Секретаріату і Робочого апарату Дунайської Комісії (6.1.13);

15) представники країн – членів Організації Чорноморського Економічного Співробітництва, які мають дипломатичний ранг (6.1.14);

16) Генеральний секретар Постійного міжнародного секретаріату Організації Чорноморського Економічного Співробітництва та його заступники, їхні дружини та родичі, що знаходяться на їхньому утриманні (6.1.14);

17) представники Членів Організації Економічного Співробітництва та Розвитку та Учасників, що не є членами, які акредитовані при Організації або беруть участь у роботі зібрання, що скликається Організацією при виконанні своїх функцій на території України і під час проїзду до місця проведення зустрічі і назад (6.1.16);

18) Генеральний Секретар Організації Економічного Співробітництва та Розвитку та його/її подружжя, а також їхні діти віком до 18 років (6.1.16).

6.4.3. До інших громадян, які за законами України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не є підсудні у кримінальних справах судам України, в разі вчинення ними злочину на території України (ч. 4 ст. 6 КК України), належать

іноземні громадяни, які користуються частковим імунітетом від кримінальної юрисдикції України. Це такі особи:

1) консульська посадова особа – відсутній імунітет в разі вчинення тяжких злочинів (6.1.2);

2) представники членів ООН на конференціях ООН, що проходять в Україні – імунітет від особистого арешту або затримання, а також всякого роду судово-процесуальний імунітет у відношенні всього сказаного, написаного або скоєного ними як представник (6.1.4);

3) експерти у відрядженнях у справах Об'єднаних Націй – імунітет від особистого арешту або затримання, а також всякого роду судово-процесуальний імунітет щодо всього сказаного, написаного або скоєного ними в як представниками (6.1.4);

4) представники членів спеціалізованих установ ООН в засіданнях таких установ на території України – імунітет від особистого арешту або затримання, а також всякого роду судово-процесуальний імунітет щодо всього сказаного, написаного або скоєного ними як представниками (6.1.5);

5) посадові особи спеціалізованих установ ООН – не підлягають судовій відповідальності за сказане чи написане ними і за всі дії, вчинені ними як посадовими особами (6.1.5);

6) представники членів Ради Європи – користуються на території України «імунітетами та привілеями, які в розумних межах необхідні для виконання ними своїх обов'язків. Такі імунітети включають імунітет усіх представників у Консультативній асамблеї від арешту та будь-якого судового розгляду на території всіх членів Ради стосовно їхніх заяв або голосування в Асамблеї або її комітетах чи комісіях» (6.1.8);

7) представники в Комітеті міністрів Ради Європи, а також у засіданнях заступників міністрів – імунітетом від особистого арешту та затримання, а також імунітетом від будь-якого юридичного процесу у зв'язку із сказаним, написаним чи всім здійсненим ними у їхній офіційній якості (6.1.9; 6.1.10);

8) посадові особи Ради Європи – імунітетом від юридичного процесу у зв'язку зі сказаним, написаним чи всім здійсненим ними у їхній офіційній якості та в межах їхніх повноважень (6.1.9);

9) члени Європейської комісії з прав людини – імунітетом від особистого арешту або затримання, а також всякого роду судово-процесуальним імунітетом щодо всього сказаного, написаного або скоєного ними в своїй офіційній якості (6.1.11);

10) свідок або експерт незалежно від громадянства, який постає перед судовими органами запитуючої Сторони за повісткою про виклик до суду – не може ні притягуватися до відповідальності, ні утримуватися під вартою, ні підлягати ніякому іншому обмеженню його особистої свободи на території цієї Сторони за діяння або обвинувальні вироки, які передували його від'їзду з території запитуваної Сторони (6.1.12);

11) особа, незалежно від громадянства, викликана в судові органи запитуючої Сторони для того, щоб відповідати за діяння, які є предметом кримінального переслідування, порушеного проти неї – не може ні притягуватися до відповідальності, ні утримуватися під вартою, ні підлягати ніякому іншому обмеженню її особистої свободи за діяння або обвинувальні вироки, які передували її від'їзду з території запитуваної Сторони і які не зазначені у повістці про виклик до суду (6.1.12);

12) радники й експерти країн-учасниць під час їх перебування у зв'язку з діяльністю Дунайської Комісії на території України – імунітетом від особистого арешту або затримання, а також від юрисдикції судових установ (6.1.13);

13) представники країн–членів Організації Чорноморського Економічного Співробітництва, – імунітетом від арешту або затримання та від конфіскації їхніх особистих речей і стосовно усних і письмових висловлювань та вчинків, зроблених ними у статусі представників, імунітетом від будь-яких судових процедур (6.1.14);

14) працівники Постійного міжнародного секретаріату Організації Чорноморського Економічного Співробітництва – користуються імунітетом від судового переслідування стосовно слів, вимовлених або написаних і всіх дій, здійснених ними при виконанні своїх службових обов'язків на посаді та в межах їхніх повноважень (6.1.14);

15) представники парламентів держав-членів під час засідань ПАЧЕС та своїх подорожей до або з місця, де проходять ці засідання – імунітет від особистого арешту або затримання, від будь-якої форми судового процесу стосовно висловлювань в усній або письмовій формах, а також усіх скоєних учинків як представників (6.1.15);

16) посадові особи Організації Економічного Співробітництва та Розвитку – користуються імунітетом від арешту та затримання за дії, виконані відповідно до їхніх службових обов'язків; не підлягають судовій відповідальності за дії, виконані відповідно до їхніх службових обов'язків (6.1.16);

17) експерти (за винятком службовців), які виконують функціональні обов'язки для Організації Економічного Співробітництва та Розвитку в Україні – користуються імунітетом від особистого арешту або затримання та імунітетом від судової відповідальності щодо письмових або усних заяв, а також усіх дій під час виконання службових функцій (6.1.16);

18) члени та експерти Європейського комітету з питань запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню – імунітетом від арешту або затримання і від конфіскації їхніх особистих речей, а також імунітетом від будь-якого переслідування на підставі висловлених ними думок або підготовлених матеріалів і всіх дій, здійснених ними в офіційній якості (6.1.17);

19) члени Підкомітету з недопущення катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання Комітету проти катувань – імунітет від особистого арешту або затримання, а також всякого роду судово-процесуальний імунітет щодо всього сказаного, написаного або скоєного ними як представниками (6.1.18);

20) експерти Комітету з насильницьких зникнень (ООН) – імунітет від особистого арешту або затримання, а також всякого роду судово-процесуальний імунітет стосовно всього сказаного, написаного або скоєного ними як представниками (6.1.37).

6.4.4. Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених за межами України, визначається з урахуванням громадянства (ст. 8 КК України), а також норм про особливості юрисдикції держав стосовно окремих видів злочинів (транснаціональна організована злочинність, злочини, пов'язані з судноплавством, торгівля людьми та ін.).

(Див.: 6.1.19–6.1.46)

Наприклад, щодо піратських дії у відкритому морі або в будь-якому іншому місці поза юрисдикцією України, міжнародні договори наділяють будь-яку країну юрисдикцією «виносити постанови про накладення покарань» на винних у піратстві осіб незалежно від їх громадянства чи громадянства їх жертв (див.: 6.1.20 – ст. 195; 6.1.46 – ст. 19).

6.4.5. Юрисдикція держави стосовно злочинів, вчинених не на її території, може виникнути, коли внаслідок законних чи незаконних військових дій ця держава здійснює безпосередньо через свої збройні сили або через підпорядковану місцеву адміністрацію ефективний контроль над територією, що знаходиться за межами її національної території.

(Див.: 6.3.1)

6.4.6. Країна, яка законно чи незаконно (анексія) включила до своє території територію іншої держави, а також країна, яка окупує територію іншої держави, повинні забезпечити при розгляді судами кримінальних справ застосування законодавства, яке діяло на вказаних територіях під час вчинення відповідних діянь.

(Див. 6.2.1)

6.4.7. Територією України в розумінні ст. 6 КК вважаються усі кораблі у відкритому морі, що плавають під прапором України, у тому числі кораблі, які належать громадянам інших держав чи юридичним особам, зареєстрованим в інших державах.

(Див.: 6.1.46 – ст. 5)

6.4.8. Особа, яка вчинила злочин на території України чи за її межами, і була засуджена міжнародним судом (трибуналом) на підставі міжнародного договору, згоду на обов'язковість якого надано Верховною Радою України, не може бути притягнена до кримінальної відповідальності за той самий злочин.

(Див.: 1.1.6 – ст. 20)

Стаття 10. Вирішення питання про кримінальну відповідальність осіб, які підлягають кримінальній відповідальності за законодавством іноземної держави і перебувають на території України, та виконання вироків, винесених іноземними судами чи міжнародними судовими установами

1. Громадяни України, які вчинили злочини поза межами України, не можуть бути видані іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності та віддання до суду.

2. Іноземці та особи без громадянства, які вчинили злочини поза межами України і перебувають на території України, можуть бути видані іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності і віддання до суду.

3. Україна може перейняти кримінальне провадження, в якому судовими органами іноземної держави не ухвалено вирок, щодо громадян України та іноземців, які вчинили злочини за межами України і перебувають на території України, але які не можуть бути видані іноземній державі або у видачі яких відмовлено, якщо діяння, у зв'язку з яким запитується передача кримінального провадження, згідно з цим Кодексом визнається злочином.

4. Виконання в Україні вироку іноземного суду чи міжнародної судової установи можливо, якщо діяння, внаслідок вчинення якого було ухвалено вирок, згідно з цим Кодексом визнається злочином або було б злочином у разі його вчинення на території України.

(Стаття 10 в редакції Закону № 245-VII від 16.05.2013)

§1. Норми міжнародного права

щодо екстрадиції та виконання вироків, винесених іноземними судами чи міжнародними судовими установами

10.1.1. Міжнародна конвенція щодо боротьби з підробкою грошових знаків

(Ліга Націй, від 20.04.1929)

(ратифіковано 03.05.1931)

«***Статья 10***

Действия, предусмотренные в статье 3 [див.: 199.1.1], включаются автоматически как основание для выдачи во все договоры о выдаче, заключенные или имеющие быть заключенными между различными Высокими Договаривающимися Сторонами.

Высокие Договаривающиеся Стороны, которые не ставят выдачу в зависимость от существования договора или от условия взаимности, отныне признают действия, предусмотренные в статье 3 как основание для выдачи между ними.

Выдача последует согласно праву страны, к которой обращено требование». [Міжнародна конвенція щодо боротьби з підробкою грошових знаків. (Ліга Націй, від 20.04.1929). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_589]

10.1.2. Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього

(ООН, від 09.12.1948)

(ратифіковано 15.11.1954)

«***Статья VII***

В отношении выдачи виновных, геноцид и другие перечисленные в статье III деяния не рассматриваются как политические преступления. В таких случаях Договаривающиеся Стороны обязуются осуществлять выдачу в соответствии со своим законодательством и действующими договорами». [Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього. (ООН, від 09.12.1948) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_155]

10.1.3. Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами

(ООН, від 02.12.1949)

(приєднання 15.11.1954)

«***Стаття 8***

Злочини, передбачені в статтях 1 і 2 цієї Конвенції [*зазначені статті див: 149.1.13*], розглядаються як злочини, що тягнуть за собою видачу, і на них поширюється будь-який договір про

видачу злочинців, що був або буде укладений між будь-якими сторонами в цій Конвенції. Ті сторони в цій Конвенції, які не обумовлюють видачу злочинців існуванням про те договорів, віднині у своїх взаємовідносинах визнають злочини, передбачені в статтях 1 і 2 цієї Конвенції, злочинами, які ведуть за собою видачу. Видача провадиться згідно з законом тієї держави, до якої звернена вимога про видачу». [Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами. (ООН, від 02.12.1949). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_162]

10.1.4. Європейська конвенція про видачу правопорушників

(Рада Європи, від 13.12.1957)

(ратифіковано із заявами і застереженнями Законом № 43/98-ВР від 16.01.98)

«Стаття 1. Зобов'язання видавати правопорушників[1]

Договірні Сторони зобов'язуються видавати одна одній, з урахуванням положень та умов, викладених в цій Конвенції, всіх осіб, які переслідуються компетентними органами запитуючої Сторони за вчинення правопорушення або які розшукуються зазначеними органами з метою виконання вироку або постанови про утримання під вартою.

Стаття 2. Правопорушення, що тягнуть видачу

1. Видача правопорушників здійснюється у зв'язку із правопорушеннями, які караються за законами запитуючої Сторони та запитуваної Сторони позбавленням волі або згідно з постановою про утримання під вартою на максимальний термін не менше одного року чи більш суворим покаранням. Якщо особа визнається винною і вирок про ув'язнення або постанова про утримання під вартою проголошується на території запитуючої Сторони, термін призначеного покарання має складати не менше чотирьох місяців[2].

(…)

Стаття 3. Політичні правопорушення[3]

1. Видача не здійснюється, якщо правопорушення, у зв'язку з яким вона запитується, розглядається запитуваною Стороною як політичне правопорушення або правопорушення, пов'язане з політичним правопорушенням.

2. Таке ж правило застосовується, якщо запитувана Сторона має достатньо підстав вважати, що запит про видачу правопорушника за вчинення звичайного кримінального правопорушення був зроблений з метою переслідування або покарання особи на підставі її раси, релігії, національної приналежності чи політичних переконань або що становище такої особи може бути зашкоджене з будь-якої з цих причин.

3. Для цілей цієї Конвенції вбивство або замах на вбивство глави держави або члена його сім'ї не вважається політичним правопорушенням.

4. Ця стаття не зачіпає ніяких зобов'язань, які Договірні Сторони могли взяти або можуть взяти на себе за будь-якою іншою міжнародною конвенцією багатостороннього характеру.

Стаття 4. Військові правопорушення[4]

Видача за правопорушення, які передбачені військовим правом і які не є правопорушеннями за звичайним кримінальним правом, із сфери застосування цієї Конвенції вилучаються.

---

[1] «Україна залишає за собою право не здійснювати видачу, якщо особа, видача якої запитується, за станом здоров'я не може бути видана без шкоди її здоров'ю» (Закон від 16.01.1998 «Про ратифікацію Європейської конвенції про видачу правопорушників, 1957 рік, Додаткового протоколу 1975 року та Другого додаткового протоколу 1978 року до Конвенції»).

[2] «Україна здійснюватиме видачу лише осіб, які вчинили злочини, що караються позбавленням волі на максимальний строк не менше одного року або більш суворим покаранням» (Закон від 16.01.1998 «Про ратифікацію Європейської конвенції про видачу правопорушників, 1957 рік, Додаткового протоколу 1975 року та Другого додаткового протоколу 1978 року до Конвенції»).

[3] Див.: Додатковий протокол до Європейської конвенції про видачу правопорушників.

[4] «Видачу правопорушників за вчинення загальнокримінальних правопорушень, що також є військовими правопорушеннями, може бути здійснено Україною лише за умови, якщо особу, видача якої запитується, не буде піддано кримінальному переслідуванню за військовим правом або законом» (Закон від 16.01.1998 «Про ратифікацію Європейської конвенції про видачу правопорушників, 1957 рік, Додаткового протоколу 1975 року та Другого додаткового протоколу 1978 року до Конвенції»).

Стаття 5. Фінансові правопорушення

1. За правопорушення, пов'язані з податками, зборами, митом та валютою, видача здійснюється між Договірними Сторонами відповідно до положень цієї Конвенції, якщо правопорушення, за законодавством запитуваної Сторони, відповідає правопорушенню такого ж самого характеру.

2. У видачі правопорушника не може бути відмовлено на підставі того, що законодавство запитуваної Сторони не передбачає таких самих податків чи зборів або не регулює податки, збори, мито або валюту таким же чином, як законодавство запитуючої Сторони.

Стаття 6. Видача власних громадян [1]

1. a) Договірна Сторона має право відмовити у видачі своїх громадян.

b) Кожна Договірна Сторона у заяві, зробленій під час підписання або здачі на зберігання своєї ратифікаційної грамоти чи свого документа про приєднання, може визначити, у тому, що її стосується, термін «громадянин» за змістом цієї Конвенції.

(…)

Стаття 7. Місце вчинення правопорушення

1. Запитувана Сторона може відмовити у видачі відповідної особи за правопорушення, яке за її законодавством вважається вчиненим повністю або частково на її території або в місці, яке розглядається як її територія.

2. Якщо правопорушення, за яке вимагається видача, було вчинене за межами території запитуючої Сторони, у видачі може бути відмовлено, тільки якщо законодавство запитуваної Сторони не передбачає переслідування за таку саму категорію правопорушень у випадку їх вчинення за межами території останньої Сторони або не передбачає видачі за правопорушення, у зв'язку з яким вимагається видача.

(…)

Стаття 9. Non Bis In Idem

1. Видача не здійснюється, якщо компетентні органи запитуваної Сторони проголосили остаточне рішення щодо відповідної особи у зв'язку із правопорушенням (правопорушеннями), за яке вимагається видача. У видачі може бути відмовлено, якщо компетентні органи запитуваної Сторони ухвалили рішення або не порушувати, або припинити переслідування у зв'язку із таким самим правопорушенням (правопорушеннями).

2. Видача особи, щодо якої було постановлене остаточне судове рішення в третій державі, яка є Договірною Стороною Конвенції, за одне правопорушення (або декілька правопорушень), у зв'язку з яким був зроблений запит про видачу, не здійснюється:

a) якщо вищезгаданим судовим рішенням вона була виправдана;

b) якщо термін ув'язнення або інший захід, який був їй призначений:

i) був відбутий повністю;

ii) повністю, або у невиконаній його частині, не відбувався через помилування чи амністію;

c) якщо суд визнав правопорушника винним, але без призначення міри покарання.

3. Однак у випадках, зазначених у пункті 2, видача правопорушника може здійснюватися:

a) якщо правопорушення, у зв'язку з яким було постановлене судове рішення, було вчинене проти особи, установи або будь-якого майна, що має публічний статус в запитуючій державі;

b) якщо особа, щодо якої було постановлене судове рішення, сама мала публічний статус у запитуючій державі;

c) якщо правопорушення, у зв'язку з яким було постановлене судове рішення, було вчинене повністю або частково на території запитуючої держави або у місці, яке розглядається як її територія.

4. Положення пунктів 2 і 3 не зашкоджують застосуванню більш широких національних положень, що стосуються принципу ne bis in idem, який притаманний іноземним судовим рішенням.

---

[1] «Україна не видаватиме іншій державі громадян України. Для цілей цієї Конвенції громадянином України вважається будь-яка особа, яка відповідно до законів України на час прийняття рішення про видачу є громадянином України» (Закон від 16.01.1998 «Про ратифікацію Європейської конвенції про видачу правопорушників, 1957 рік, Додаткового протоколу 1975 року та Другого додаткового протоколу 1978 року до Конвенції»).

Стаття 10. Строк давності

1. Видача не дозволяється, якщо закінчилися строки давності переслідування чи покарання особи, видача якої запитується, відповідно до законодавства запитуючої Сторони.

2. У видачі не може бути відмовлено на підставі того, що закінчилися строки давності переслідування чи покарання особи, видача якої запитується, відповідно до законодавства запитуваної Сторони (…).

Стаття 11. Смертна кара

Якщо правопорушення, за яке вимагається видача, карається смертною карою за законодавством запитуючої Сторони і якщо законодавство запитуваної Сторони не передбачає смертної кари за таке саме правопорушення або вона, як правило, не виконується, у видачі може бути відмовлено, якщо запитуюча Сторона не надасть запитуваній Стороні достатніх гарантій того, що смертний вирок не буде звернутий до виконання.

(…)

Стаття 14. Правило ad hoc

1. Видана особа не може переслідуватися, засуджуватися або затримуватися з метою виконання вироку чи постанови про утримання під вартою ні за яке правопорушення, вчинене до її видачі, крім правопорушення, за яке вона була видана, і її особиста свобода ні з яких інших причин не може обмежуватися, за винятком таких випадків:

a) якщо Сторона, яка її видала, на це згодна. Запит про згоду надсилається разом із документами, зазначеними у статті 12, та протоколом будь-якої заяви, зробленої виданою особою у зв'язку з відповідним правопорушенням. Згода дається, якщо правопорушення, у зв'язку з яким вона запитується, є таким, що тягне видачу відповідно до положень цієї Конвенції;

b) якщо ця особа, маючи можливість залишити територію Сторони, якій вона була видана, не зробила цього впродовж 45 днів після її остаточного звільнення або, залишивши цю територію, знову туди повернулася.

2. Запитуюча Сторона може, однак, вжити будь-яких необхідних заходів для видворення цієї особи із своєї території або будь-яких заходів, необхідних згідно з її законодавством для запобігання будь-яким юридичним наслідкам закінчення строку давності, включаючи розгляд справи за відсутності обвинуваченої особи.

3. Якщо кваліфікація правопорушення, у зв'язку з яким пред'являється обвинувачення, змінюється в ході розгляду справи, видана особа може переслідуватися або засуджуватися, тільки коли кваліфікуючи ознаки нового складу правопорушення свідчать про те, що це правопорушення є таким, що тягне видачу.

(…)

Стаття 15. Перевидача третій державі

За винятком передбаченого у пункті 1b статті 14, запитуюча Сторона не може, без згоди запитуваної Сторони, видавати іншій Стороні або третій державі особу, видану запитуючій Стороні та розшукувану зазначеною іншою Стороною або третьою державою у зв'язку із правопорушеннями, вчиненими до її видачі. (…)

Стаття 16. Тимчасовий арешт

1. У термінових випадках компетентні органи запитуючої Сторони можуть звертатися із запитом про тимчасовий арешт розшукуваної особи. Компетентні органи запитуваної Сторони вирішують це питання відповідно до свого законодавства». [Європейська конвенція про видачу правопорушників. (Рада Європи, від 13.12.1957). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_033]

10.1.5. Додатковий протокол до Європейської конвенції про видачу правопорушників
(Рада Європи, від 15.10.1975)
(ратифіковано Законом №43/98-ВР від 16.01.98) [1]

«***Стаття 1***

Для цілей застосування статті 3 Конвенції політичні правопорушення не включають:

[1] «Україна заявляє, що хоч її законодавство і відповідає пунктам «a» та «b» і не містить положень, що суперечать пункту «c» статті 1 даного Протоколу, вона не приймає його главу I і залишає за собою право

a) злочини проти людства, зазначені в Конвенції про запобігання злочинові геноциду та покарання за нього, яка була ухвалена Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй 9 грудня 1948 року;

b) порушення, зазначені у статті 50 женевської Конвенції про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях (1949 рік), статті 51 женевської Конвенції про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які потерпіли корабельну аварію, із складу збройних сил на морі (1949 рік), статті 130 женевської Конвенції про поводження з військовополоненими (1949 рік) та статті 147 женевської Конвенції про захист цивільного населення під час війни (1949 рік);

c) будь-які аналогічні порушення законів війни, діючих на час набрання цим Протоколом чинності, і існуючих на цей час звичаїв війни, які не передбачені у вищезазначених положеннях Женевських конвенцій». [Додатковий протокол до Європейської конвенції про видачу правопорушників. (Рада Європи, від 15.10.1975). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_034]

10.1.6. Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про видачу правопорушників

(Рада Європи, від 17.03.1978)

(ратифіковано Законом №43/98-ВР від 16.01.98)

«***Стаття 4. Конвенція доповнюється такими положеннями:***

«(…) Видача не здійснюється за правопорушення, щодо якого була проголошена амністія в запитуваній державі і за яке ця держава мала компетенцію переслідувати згідно з її кримінальним законодавством». [Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про видачу правопорушників. (Рада Європи, від 17.03.1978). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_035]

10.1.7. Додатковий протокол до Європейської Конвенції про передачу засуджених осіб

(Рада Європи, від 18.12.1997)

(ратифіковано Законом від 03.04.2003)

«***Стаття 2. Особи, які втекли з Держави винесення вироку***

1. Якщо громадянин Сторони, який підлягає покаранню, призначеному на території іншої Сторони як частина остаточного вироку, намагається уникнути виконання або подальшого виконання покарання в Державі винесення вироку шляхом втечі на територію першої Сторони до відбування покарання, то Держава винесення вироку, може запитати від іншої Сторони, щоб та взяла на себе виконання покарання.

2. На запит Держави винесення вироку, Держава виконання вироку до прибуття документів, що підтримують запит, а також до прийняття рішення за цим запитом, може заарештувати засуджену особу, або вжити будь-яких інших заходів для забезпечення того, щоб засуджена особа залишалася на її території до рішення за запитом. Запит про запобіжні заходи має містити в собі інформацію, вказану в пункті 3 статті 4 Конвенції. Розмір покарання для засудженої особи не збільшується в результаті періоду, проведеного під арештом з причини, вказаної в цьому пункті.

3. Для передачі виконання покарання згода засудженої особи не вимагається.

Стаття 3. Засуджені особи, що підлягають висилці або депортації

1. Після отримання запиту від Держави винесення вироку, Держава виконання вироку може згідно з положеннями цієї статті погодитися на передачу засудженої особи без згоди цієї особи в тих випадках, коли вирок, винесений щодо останньої, або адміністративне рішення як результат вироку містить у собі наказ про висилку або депортацію, або ж будь-який інший захід, результатом якого є те, що такій особі більше не буде дозволено залишатися на території Держави винесення вироку після того, як вона буде звільнена з в'язниці.

2. Держава виконання вироку не дає своєї згоди для цілей пункту 1 до прийняття до уваги думки засудженої особи.

вирішувати відповідно до неї в кожній окремій справі задовольняти чи не задовольняти запит про видачу правопорушника» (Закон від 16.01.1998 «Про ратифікацію Європейської конвенції про видачу правопорушників, 1957 рік, Додаткового протоколу 1975 року та Другого додаткового протоколу 1978 року до Конвенції»).

3. Для цілей застосування цієї статті Держава винесення вироку повинна надати Державі виконання вироку:

a) заяву, що містить думку засудженого про його запропоновану передачу, та

b) копію наказу про висилку або депортацію або будь-яку іншу постанову, відповідно до якого засудженій особі більше не дозволяється залишатися на території Держави винесення вироку з того моменту, як її буде звільнено з в'язниці.

4. Будь-яка особа, передана відповідно до положень цієї статті, не може переслідуватися в судовому порядку, бути засудженою або утримуватися під вартою з метою виконання вироку чи постанови про утримання під вартою, за будь-який злочин, вчинений до її передачі, інший ніж той, за який було призначено вирок, що треба виконати, а також його або її особиста свобода не може бути обмежена з будь-якої іншої причини крім випадків:

a) коли на це є дозвіл Держави винесення вироку: має бути поданий запит на дозвіл, що супроводжується всіма відповідними документами та юридичним записом будь-якої заяви, зробленої обвинуваченою особою; дозвіл надається, якщо злочин, за яким він запитується, був би приводом для екстрадиції за законами Держави винесення вироку або коли екстрадиція не допускається лише на підставі розміру покарання;

b) коли засуджена особа, маючи можливість залишити територію Держави виконання вироку, не зробила цього протягом сорока п'яти днів після остаточного звільнення, або якщо вона після від'їзду знову повернулася на таку територію.

5. Незважаючи на положення пункту 4, Держава виконання вироку може вжити будь-яких необхідних заходів згідно з її законодавством, включаючи судове переслідування in absentia, для того щоб упередити юридичні наслідки через закінчення строку давності». [Додатковий протокол до Європейської Конвенції про передачу засуджених осіб (Рада Європи, від 18.12.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_335]

10.1.8. Конвенція про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна

(ООН, від 14.09.1963)

(приєднання Указом ПВР № 5049-XI від 21.12.87)

«***Статья 9***

1. Командир воздушного судна может передать компетентным властям любого Договаривающегося Государства, на территории которого приземляется воздушное судно, любое лицо, в отношении которого у него есть достаточные основания полагать, что оно совершило на борту воздушного судна действие, которое, по его мнению, является серьезным правонарушением согласно уголовному праву регистрации воздушного судна.

2. Командир воздушного судна в возможно короткий разумный срок и, по возможности, до посадки на территории Договаривающегося Государства с лицом на борту, которое командир воздушного судна намеревается передать в соответствии с предыдущим параграфом, будет сообщать властям такого государства о своем намерении передать такое лицо и о причине передачи.

3. Командир воздушного судна будет предоставлять властям, которым в соответствии с положениями настоящей статьи передается любой подозреваемый правонарушитель, улики и сведения, которые по закону государства регистрации воздушного судна имеются в его распоряжении на законном основании.

(…)

Статья 16

1. К правонарушениям, совершенным на воздушном судне, занесенном в регистр Договаривающегося Государства, будет такое отношение в интересах выдачи, как если бы они были совершены не только в том месте, где они произошли, но также и на территории Государства регистрации воздушного судна.

2. Без ущерба для положений предыдущего параграфа ничто в настоящей Конвенции не будет рассматриваться как образующее обязательство осуществлять выдачу». [Конвенція про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна (ООН, від 14.09.1963). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_244]

10.1.9. Єдина конвенція про наркотичні засоби 1961 року

(ООН, від 30.03.1961)

(підписано Україною 27.09.2001

«Статья 36

Постановления о наказаниях

(…)

2. С соблюдением конституционных ограничений Сторон, их системы права и внутреннего закона

(…)

б) i) Каждое из перечисленных в пунктах 1 и 2 «a»ii» настоящей статьи преступлений *[про ознаки вказаних злочинів див.: 305.1.1]* считается подлежащим включению в качестве преступления, влекущего выдачу, в любой договор о выдаче, заключенный между Сторонами. Стороны обязуются включать такие преступления в качестве преступлений, влекущих выдачу, в любой договор о выдаче, заключаемый между ними.

ii) Если Сторона, обусловливающая выдачу наличием договора, получает просьбу о выдаче от другой Стороны, с которой она не имеет договора о выдаче, она может по своему усмотрению рассматривать настоящую Конвенцию в отношении преступлений, перечисленных в пунктах 1 и 2 «a»ii» настоящей статьи, в качестве юридического основания для выдачи. Выдача осуществляется в соответствии с другими условиями, предусматриваемыми законодательством Стороны, к которой обращена просьбе о выдаче.

iii) Стороны, не обусловливающие выдачу наличием договора, рассматривают в отношениях между собой преступления, перечисленные в пунктах 1 и 2 «a»ii» настоящей статьи, в качестве преступлений, влекущих выдачу в соответствии с условиями, предусмотренными законодательством Стороны, к которой обращена просьба о выдаче.

iv) Выдача разрешается в соответствии с законодательством Стороны, к которой обращена просьба о выдаче, и, независимо от положений подпунктов «б»i», «ii» и «iii» настоящего пункта, данная Сторона имеет право отказать в выдаче в тех случаях, когда компетентные власти этой Стороны считают, что данное преступление не является достаточно серьезным.

3. В вопросах юрисдикции постановления уголовного права заинтересованной Стороны имеют преимущественную силу перед постановлениями настоящей статьи.

4. Ничто содержащееся в настоящей статье не затрагивает принципа, что преступления, к которым она относится, определяются, преследуются и караются Стороной согласно внутреннему праву данной Стороны». [Єдина конвенція про наркотичні засоби 1961 року (від 30.03.1961 з поправками, які внесені до неї згідно з Протоколом 1972 року про поправки до Єдиної конвенції про наркотичні засоби 1961 р.). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_177]

10.1.10. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання

(ООН, від 10.12.1984)

(ратифіковано Указом ПВР № 5049-XI від 26.01.1987)

«Стаття 3

1. Жодна держава-сторона не повинна висилати, повертати чи видавати будь-яку особу іншій державі, якщо є серйозні підстави вважати, що їй там може загрожувати застосування катувань.

2. Для визначення наявності таких підстав компетентні власті беруть до уваги всі обставини, що стосуються справи, включаючи, у відповідних випадках, існування в даній державі постійної практики брутальних і масових порушень прав людини.

(…)

Стаття 8

1. Злочини, зазначені в статті 4, вважаються такими, що підлягають включенню як злочини, що мають наслідком видачу, в будь-який договір про видачу, що існує між державами-сторонами. Держави-сторони зобов'язуються включати такі злочини як злочини, що мають наслідком видачу, в будь-який договір про видачу, що укладається між ними.

2. Якщо держава-сторона, яка обумовлює видачу наявністю договору, отримає прохання про видачу від іншої держави-сторони, з якою вона не має договору про видачу, вона може розглядати цю Конвенцію щодо таких злочинів як правову підставу для видачі. Видача здійснюється згідно з іншими умовами, передбаченими законодавством держави, якій адресовано прохання про видачу.

3. Держави-сторони, що не обумовлюють видачу наявністю договору, розглядають у відносинах між собою такі злочини як злочини, що мають наслідком видачу, згідно з умовами, передбаченими законодавством держави, до якої адресовано прохання про видачу.

4. Такі злочини для цілей видачі між державами-сторонами розглядаються як такі, що були вчинені не лише в місці їх вчинення, а й на території держав, які зобов'язані встановити свою юрисдикцію згідно з пунктом 1 статті 5». [Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання. (ООН, від 10.12.1984). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_085]

10.1.11. Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден

(ООН, від 16.12.1970 в редакції протоколу від 10.09.2010)

(ратифіковано 1972)

*«**Статья 8***

1. Преступления, указанные в статье 1[*про зазначені злочини див.: 276.1.3*], считаются подлежащими включению в качестве преступлений, влекущих выдачу, в любой договор о выдаче, заключенный между государствами-участниками. Государства-участники обязуются включать такие преступления в качестве преступлений, влекущих выдачу, в любой договор о выдаче, заключаемый между ними.

2. Если государство-участник, которое обусловливает выдачу наличием договора, получает просьбу о выдаче от другого государства-участника, с которым оно не имеет договора о выдаче, оно может по своему усмотрению рассматривать настоящую Конвенцию в отношении преступлений, указанных в статье 1, в качестве юридического основания для выдачи. Выдача производится в соответствии с другими условиями, предусматриваемыми законодательством государства, к которому обращена просьба о выдаче.

3. Государства-участники, не обусловливающие выдачу наличием договора, рассматривают в отношениях между собой преступления, указанные в статье 1, в качестве преступлений, влекущих выдачу, в соответствии с условиями, предусмотренными законодательством государства, к которому обращена просьба о выдаче.

4. Каждое из преступлений рассматривается государствами-участниками для целей выдачи, как если бы оно было совершено не только в месте его совершения, но также и на территории государств-участников, которые обязаны установить свою юрисдикцию в соответствии с подпунктами «b», «c», «d» и «e» пункта 1 статьи 4 и которые установили юрисдикцию в соответствии с пунктом 2 статьи 4.

5. Каждое из преступлений, указанных в подпунктах «a» и «b» пункта 4 статьи 1, для целей выдачи государствами-участниками рассматривается как эквивалентное.

Статья 8 bis

Ни одно из преступлений, указанных в статье 1, не рассматривается для целей выдачи или взаимной правовой помощи как политическое преступление, или преступление, связанное с политическим преступлением, или преступление, вызванное политическими мотивами. Поэтому связанная с таким преступлением просьба о выдаче или взаимной правовой помощи не может быть отклонена лишь на том основании, что она касается политического преступления или преступления, связанного с политическим преступлением, или преступления, вызванного политическими мотивами.

Статья 8 ter

Ничто в настоящей Конвенции не истолковывается как налагающее обязательство выдавать какое-либо лицо или оказывать взаимную правовую помощь, если запрашиваемое государство-участник имеет веские основания полагать, что просьба о выдаче в связи с преступлениями,

указанными в статье 1, или о взаимной правовой помощи в отношении таких преступлений имеет целью судебное преследование или наказание этого лица по причине его расы, вероисповедания, национальности, этнического происхождения, политических убеждений или пола или что удовлетворение этой просьбы нанесло бы ущерб положению этого лица по любой из этих причин». [Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден. (ООН, від 16.12.1970). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/954_014]

10.1.12. Європейська конвенція про міжнародну дійсність кримінальних вироків

(Рада Європи, від 28.05.1970)

«***Стаття 4***

1. Санкція може виконуватися іншою Договірною Державою тільки у разі, якщо згідно із її законодавством дія, за яку була встановлена санкція, була б злочином в разі її вчинення на її території, та особа, якій було встановлено санкцію, підлягала би покаранню, в разі якщо вона вчинила б цю дію там. 2. Якщо вирок стосується двох чи більше злочинів, не всі з яких відповідають вимогам пункту 1, Держава винесення вироку зазначає, яка частина санкції застосовується до злочинів, що відповідають таким вимогам.

Стаття 5

Держава винесення вироку може запитати іншу Договірну Державу виконати санкцію лише якщо виконано одну чи більше з наступних умов:

(a) якщо засуджена особа постійно проживає в іншій Державі;

(b) якщо виконання санкції в іншій Державі вірогідно покращить перспективи соціальної реабілітації засудженої особи;

(c) якщо, в разі коли санкція передбачає позбавлення волі, санкція може бути виконана після виконання іншої санкції, що передбачає позбавлення волі, яку засуджена особа відбуває чи має відбути в іншій Державі;

(d) якщо інша Держава є Державою походження засудженої особи і заявила про своє бажання прийняти відповідальність за виконання такої санкції;

(e) якщо вона вважає, що вона сама не може виконати санкцію, навіть за допомогою видачі, а інша Держава може». [Європейська конвенція про міжнародну дійсність кримінальних вироків (Рада Європи, від 28.05.1970). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_341]

10.1.13. Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації

(ООН, від 23.09.1971)

(ратифіковано 26.01.73)

*«**Статья 8***

1. Преступления [*про зазначені злочини див.: 276.1.4*] считаются подлежащими включению в качестве преступлений, влекущих выдачу, в любой договор о выдаче, заключенный между Договаривающимися Государствами. Договаривающиеся Государства обязуются включать такие преступления в качестве преступлений, влекущих выдачу, в любой договор о выдаче, заключаемый между ними.

2. Если Договаривающееся Государство, которое обусловливает выдачу наличием договора, получает просьбу о выдаче от другого Договаривающегося Государства, с которым оно не имеет договора о выдаче, оно может по своему усмотрению рассматривать настоящую Конвенцию в отношении таких преступлений в качестве юридического основания для выдачи. Выдача производится в соответствии с другими условиями, предусматриваемыми законодательством Государства, к которому обращена просьба о выдаче.

3. Договаривающиеся Государства, не обусловливающие выдачу наличием договора, рассматривают в отношениях между собой такие преступления в качестве преступлений, влекущих выдачу, в соответствии с условиями, предусмотренными законодательством Государства, к которому обращена просьба о выдаче». [Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації (ООН, від 23.09.1971). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_165]

10.1.14. Європейська конвенція про передачу провадження у кримінальних справах (ETS № 73)

(Рада Європи, від 15.05.1972)

(приєднання Закон від 22.09.95)

*«**Стаття 2***

1. Для цілей застосування цієї Конвенції будь-яка Договірна Держава має повноваження переслідувати у судовому порядку згідно із своїм законодавством будь-який злочин, до якого застосовується кримінальне законодавство іншої Договірної Держави.

2. Повноваження, які надаються Договірній Державі виключно в силу пункту 1 цієї статті, можуть здійснюватися лише за клопотанням про порушення кримінального переслідування, що подається іншою Договірною Державою.

Стаття 3

Будь-яка Договірна Держава, що згідно із своїм власним законодавством має повноваження переслідувати за вчинення злочину, може для цілей застосування цієї Конвенції відмовитися або утримуватися від кримінального переслідування підозрюваної особи, яка вже притягнута або буде притягнута до відповідальності іншою Договірною Державою за вчинення того ж злочину. З урахуванням пункту 2 статті 21 будь-яке рішення про відмову або утримання від кримінального переслідування є тимчасовим до тих пір, поки остаточне рішення не буде прийняте в іншій Договірній Державі.

(…)

Стаття 6

1. Якщо особа підозрюється у вчиненні злочину, передбаченого законодавством договірної Держави, ця держава може звернутися до іншої Договірної Держави із клопотанням про порушення кримінального переслідування у випадках та на умовах, передбачених цією Конвенцією.

2. Якщо відповідно до положень цієї Конвенції Договірна Держава може звернутися до іншої Договірної Держави із клопотанням про порушення кримінального переслідування, то компетентні органи першої держави повинні брати таку можливість до уваги.

Стаття 7

1. Кримінальне переслідування може порушуватися у запитуваній державі тоді, коли злочин, щодо якого заявляється клопотання про порушення кримінального переслідування, становив би злочин у разі вчинення на її території і коли за таких обставин злочинцю може бути призначена міра покарання також згідно із її власним законодавством.

2. Якщо злочин було вчинено особою, яка знаходиться на державній службі, або проти особи, установи чи майна, що має публічний статус в запитуючій державі, він вважається в запитуваній державі як такий, що був вчинений в цій державі особою, яка знаходиться на державній службі, або проти такої особи, установи чи майна, відповідно до того, проти кого він був дійсно вчинений.

Стаття 8

1. Договірна Держава може звернутися до іншої Договірної Держави із клопотанням про порушення кримінального переслідування в одному або декількох таких випадках:

a) якщо підозрювана особа має постійне помешкання в запитуваній державі;

b) якщо підозрювана особа є громадянином запитуваної держави або якщо ця держава є країною його походження;

c) якщо підозрювана особа відбуває або має відбувати в запитуваній державі покарання, яке передбачає позбавлення волі;

d) якщо в запитуваній державі за той же самий злочин або за інші злочини проти підозрюваної особи порушено кримінальне переслідування;

e) якщо вона вважає, що передача провадження виправдана інтересами встановлення істини, і зокрема, що найбільш суттєві докази знаходяться в запитуваній державі;

f) якщо вона вважає, що виконання в запитуваній державі вироку, у разі винесення такого, може збільшити можливість соціальної реабілітації засудженого;

g) якщо вона вважає, що присутність на судовому засіданні підозрюваної особи не може бути забезпечена в запитуючій державі, в той час як її присутність на судовому засіданні може бути забезпечена в запитуваній державі;

h) якщо вона вважає, що вона не може сама виконати вирок, у разі винесення такого, навіть з використанням екстрадиції, в той час як запитувана держава спроможна це зробити.

2. Якщо підозрювана особа була остаточно засуджена в Договірній Державі, ця держава може звернутися із клопотанням про передачу провадження у справі в одному або декількох випадках, наведених в пункті 1 цієї статті, лише тоді, коли вона сама не може виконати вирок, навіть з використанням екстрадиції, і якщо інша Договірна Держава не визнає принцип виконання вироку, постановленого іноземною державою, або відмовляється виконати такий вирок». [Європейська конвенція про передачу провадження у кримінальних справах (ETS N 73). (Рада Європи, від 15.05.1972). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_008]

10.1.15. Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього

(ООН, від 30.11.1973)

(ратифіковано 10.11.1975)

«***Статья XI***

1. Акты, перечисленные в статье II настоящей Конвенции, не считаются политическими преступлениями для целей выдачи.

2. Государства-участники настоящей Конвенции обязуются осуществлять экстрадицию в таких случаях в соответствии с их законодательством и действующими договорами». [Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього. (ООН, від 30.11.1973). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_149]

10.1.16. Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів

(ООН, від 14.12.1973)

(ратифіковано 20.01.1976)

*«**Стаття 8***

1. Якщо злочини, зазначені в статті 2, [*про зазначені злочини див.: 443.1.1*] не включені до числа злочинів, що тягнуть за собою видачу, в будь-який договір про видачу між державами-учасницями, вони вважаються включеними як такі в будь-який відповідний договір між ними. Держави-учасниці зобов'язуються включати такі злочини в якості злочинів, що тягнуть за собою видачу, в будь-який договір про видачу, що укладається між ними.

2. Якщо держава-учасниця, яка обумовлює видачу наявністю договору, одержує прохання про видачу від іншої держави-учасниці, з якої у неї немає договору про видачу, вона може, якщо вирішить видати злочинця, розглядати цю Конвенцію в якості правової підстави для видачі у зв'язку з даними злочинами. Видача проводиться згідно з процесуальними положеннями та іншими умовами законодавства держави, до якої адресовано прохання про видачу.

3. Держави-учасниці, які не обумовлюють видачу наявністю договору, розглядають у відносинах між собою такі злочини в якості злочинів, що тягнуть за собою видачу, дотримуючись процесуальних положень та інших умов законодавства держави, до якої адресовано прохання про видачу». [Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів. http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_389]

10.1.17. Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом (ETS N 90)

(Рада Європи, від 27.01.1977)

(ратифіковано Законом від 17.01.2002)

*«**Стаття 1***

1. З метою видачі правопорушників Договірними Державами, жодний з наступних злочинів не розглядається як політичний злочин або як злочин, пов'язаний з політичним злочином, або як злочин, вчинений з політичних мотивів:

a) злочин, визначений в Конвенції про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден, підписаній в Гаазі 16 грудня 1970 року;

b) злочин, визначений в Конвенції про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації, укладеній в Монреалі 23 вересня 1971 року;

c) злочин, що підпадає під дію Конвенції про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів, прийнятої в Нью-Йорку 14 грудня 1973 року;

d) злочин, що підпадає під дію Міжнародної конвенції про боротьбу із захопленням заручників, прийнятої в Нью-Йорку 17 грудня 1979 року;

e) злочин, що підпадає під дію Конвенції про фізичний захист ядерного матеріалу, прийнятої у Відні 3 березня 1980 року;

f) злочин, що підпадає під дію Протоколу про боротьбу з незаконними актами насильства в аеропортах, що обслуговують міжнародну цивільну авіацію, учиненого в Монреалі 24 лютого 1988 року.

g) злочин, що підпадає під дію Конвенції про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства, учиненої в Римі 10 березня 1988 року;

h) злочин, що підпадає під дію Протоколу про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки стаціонарних платформ, розташованих на континентальному шельфі, учиненого в Римі 10 березня 1988 року;

i) злочин, що підпадає під дію Міжнародної конвенції про боротьбу з бомбовим тероризмом, прийнятої в Нью-Йорку 15 грудня 1997 року;

j) злочин, що підпадає під дію Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму, прийнятої в Нью-Йорку 9 грудня 1999 року.

2. В тій мірі, в якій зазначені злочини не підпадають під дію конвенцій, перелічених у пункті 1, те саме застосовується для цілей видачі правопорушників між Договірними Державами не лише до вчинення виконавцем таких злочинів, а й також до:

a) замаху на вчинення будь-якого із цих злочинів;

b) участі як спільника у вчиненні будь-якого із цих злочинів або в замаху на вчинення будь-якого з них;

c) організації вчинення або підбурювання інших до вчинення чи замаху на вчинення будь-якого із цих злочинів.

Стаття 2

1. Договірна Держава, з метою видачі правопорушника іншій Договірній Державі, може вирішити не розцінювати як політичний злочин або злочин, пов'язаний з політичним злочином, або як злочин, вчинений з політичних мотивів, тяжкий злочин проти життя, фізичної недоторканності або свободи особи, пов'язаний з актом насильства, але не передбачений статтею 1.

2. Зазначене стосується тяжких злочинів, включаючи дії проти власності, не передбачені в статті 1, якщо ці дії створюють колективну загрозу групі осіб.

3. Те саме застосовується до:

a) замаху на вчинення будь-якого із зазначених вище злочинів;

b) участі як спільника в будь-якому із зазначених вище злочинів або замаху на вчинення будь-якого такого злочину;

c) організації вчинення або підбурювання інших до вчинення чи замаху на вчинення будь-якого із зазначених вище злочинів.

Стаття 3

Положення всіх договорів про видачу правопорушників та домовленостей, що застосовуються між Договірними Державами, включаючи Європейську конвенцію про видачу правопорушників, замінюються у відносинах між Договірними Державами цією Конвенцією в тій мірі, в якій вони їй суперечать.

Стаття 4

1. Для цілей цієї Конвенції у випадках, коли злочин, передбачений статтею 1 або 2, не вказується як злочин, що призводить до видачі, в будь-якій укладеній між Договірними Державами конвенції або договорі про видачу правопорушників, його слід вважати злочином, що призводить до видачі. Договірні Держави зобов'язуються вважати такі злочини злочинами, що слугують під-

ставою для видачі правопорушників, у кожному договорі про видачу правопорушників, укладеному між ними в подальшому.

2. У випадках, коли Договірна Держава, яка обумовлює видачу правопорушників існуванням договору, отримує прохання про видачу правопорушника від іншої Договірної Держави, з якою вона не має договору про видачу правопорушників, запитувана Договірна Держава може на власний розсуд уважати цю Конвенцію правовою підставою для видачі правопорушників стосовно будь-якого зі злочинів, зазначених у статтях 1 або 2[1].

Стаття 5

1. Ніщо в цій Конвенції не може тлумачитися як покладення обов'язку видачі, якщо у Держави, яку запитують, є серйозні підстави вважати, що запит про видачу за злочин, зазначений в статтях 1 чи 2, зроблений з метою переслідування або покарання особи в зв'язку з її расою, релігійними переконаннями, національністю або політичними переконаннями, або що становище такої особи може бути погіршене з будь-якої з цих причин.

2. Ніщо в цій Конвенції не тлумачиться як таке, що зобов'язує запитувану державу видати правопорушника, якщо існує ризик, що особу, якої стосується прохання про видачу, може бути піддано катуванню.

3. Ніщо в цій Конвенції не тлумачиться як таке, що зобов'язує запитувану державу видати правопорушника, якщо існує ризик, що до особи, якої стосується прохання про видачу, буде застосовано покарання у вигляді смертної кари або у випадках, коли законодавство запитуваної держави не передбачає довічного ув'язнення, – засудження до довічного ув'язнення без можливості дострокового звільнення, за винятком випадків, коли згідно із застосовуваними договорами про видачу правопорушників запитувана держава зобов'язана видати правопорушника, якщо запитуюча держава надасть гарантію, яку запитувана держава вважатиме достатньою, що смертну кару не буде призначено, або, у разі її призначення, її не буде виконано, або що відповідній особі не буде призначено довічного ув'язнення без можливості дострокового звільнення.

(…)

Стаття 16

1. Будь-яка Держава, яка є стороною Конвенції станом на 15 травня 2003 року, під час підписання або здачі на зберігання ратифікаційної грамоти або документа про прийняття чи затвердження Протоколу, що доповнює Конвенцію, може заявити, що вона залишає за собою право відмовляти у видачі правопорушників щодо будь-якого із злочинів, передбачених статтею 1, якщо вона вважає цей злочин політичним. Договірна Держава зобов'язується застосовувати це застереження залежно від конкретного випадку шляхом прийняття належно обґрунтованого рішення та належним чином ураховуючи під час визначення характеру злочину будь-які особливо серйозні ознаки злочину, у тому числі:

a. він створив колективну небезпеку життю, фізичній недоторканності або свободі осіб;

b. він завдав шкоди особам, які не мають відношення до мотивів злочину; або

c. при вчиненні злочину були застосовані жорстокі або насильницькі засоби. (…)». [Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом (ETS N 90). (Рада Європи, від 27.01.1977). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_331]

10.1.18. Конвенція про фізичний захист ядерного матеріалу та ядерних установок

(МАГАТЕ, від 26.10.1979)

(Постанова Верховної Ради України від 05.05.1993 № 3182-XII «Про участь України у Конвенції про фізичний захист ядерного матеріалу 1980 року»)

«Стаття 11

1. Правопорушення, зазначені у статті 7 [*про зазначені злочини див.: 261.1.1*], розглядаються як правопорушення, пов'язані з видачею правопорушників, включені до будь-якої угоди про ви-

[1] «Україна заявляє, що вона вважатиме цю Конвенцію правовою підставою для співробітництва з питань видачі правопорушників у відносинах з Договірними Державами в разі відсутності міжнародного договору про видачу правопорушників» (Закон від 20.09.2006 «Про ратифікацію Протоколу, що вносить зміни до Європейської конвенції про боротьбу з тероризмом»).

дачу, що існує між державами-учасницями. Держави-учасниці зобов'язуються включати ці правопорушення як правопорушення, пов'язані з видачею, до всіх наступних угод про видачу, які укладатимуться між ними.

2. Якщо держава-учасниця, яка обумовлює видачу правопорушників існуванням такої угоди, отримує вимогу про видачу від іншої держави-учасниці, з якою вона не пов'язана угодою про видачу, вона може при бажанні розглядати цю Конвенцію як юридичну основу для видачі у зв'язку з такими порушеннями. На видачу поширюються інші положення, передбачені законодавством держави, яка отримала вимогу.

3. Держави-учасниці, які не обумовили видачу правопорушників існуванням угоди, визнають між собою згадані правопорушення як правопорушення, пов'язані з видачею, що підпадають під положення, передбачувані законодавством держави, яка отримала вимогу.

4. Кожне з правопорушень розглядається, з метою видачі, здійснюваної між державами-учасницями, як правопорушення, вчинене не тільки в тому місці, де воно сталося, але також і на території держав-учасниць, від яких вимагається застосувати свою юрисдикцію згідно з пунктом 1 статті 8.

Стаття 11A

Жодне з правопорушень, зазначених у статті 7, не розглядається як політичне або таке, що пов'язане з політичним правопорушенням, або вчинене з політичних мотивів для цілей видачі або взаємної правової допомоги. Відповідно запит про видачу або взаємну правову допомогу, пов'язану з таким правопорушенням, не може бути відхиленим лише на тій підставі, що він стосується політичного правопорушення або пов'язаний з політичним правопорушенням або правопорушенням, учиненим з політичних мотивів.

Стаття 11B

Ніщо в цій Конвенції не тлумачиться як таке, що накладає зобов'язання видавати будь-яку особу чи надавати взаємну правову допомогу, якщо держава-учасниця, до якої надійшов запит, має суттєві підстави вважати, що запит про видачу, пов'язаний з правопорушеннями, наведеними в статті 7, або взаємну правову допомогу стосовно таких правопорушень, здійснений з метою судового переслідування або покарання особи через расову, релігійну, національну, етнічну приналежність або політичні переконання, або якщо задоволення цього запиту загрожує заподіянням шкоди становищу особи з будь-якої із цих причин.

Стаття 14

(…)

3. Якщо правопорушення пов'язане з ядерним матеріалом під час його використання, зберігання або перевезення, що здійснюються в межах держави, а гаданий правопорушник та ядерний матеріал залишаються на території держави-учасниці, де було вчинено правопорушення, або якщо правопорушення пов'язане з ядерною установкою та передбачуваний правопорушник залишається на території держави-учасниці, де було вчинено правопорушення, ніщо в цій Конвенції не тлумачиться як вимога до держави-учасниці надавати інформацію стосовно кримінального переслідування у зв'язку з таким правопорушенням». [Конвенція про фізичний захист ядерного матеріалу та ядерних установок (МАГАТЕ, від 26.10.1979). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_024]

10.1.19. Конвенція про передачу засуджених осіб

(Рада Європи, від 21.03.1983)

(приєднання Законом від 22.09.95)

«Стаття 3. Умови передачі

1. Засуджену особу може бути передано за цією Конвенцією тільки за таких умов:

a) якщо ця особа є громадянином держави виконання вироку;

b) якщо рішення є остаточним;

c) якщо на час отримання запиту про передачу засуджена особа має відбувати покарання впродовж якнайменш шести місяців або якщо їй винесено вирок до ув'язнення на невизначений строк;

d) якщо на передачу згодна засуджена особа або, коли з врахуванням її віку або фізичного чи психічного стану одна із двох держав вважає це за необхідне, – законний представник засудженої особи;

e) якщо дія або бездіяльність, на підставі якої було винесено вирок, є кримінальним злочином згідно із законодавством держави виконання вироку або була б кримінальним злочином у разі вчинення на її території; і f) якщо держава винесення вироку і держава виконання вироку згодні на передачу засудженої особи.

2. У виняткових випадках Сторони можуть погодитися на передачу засудженої особи, навіть якщо засудженій особі залишилося відбувати покарання протягом меншого часу, ніж визначено у пункті 1c.

(…)

Стаття 8. Наслідки передачі засудженої особи для держави винесення вироку

1. Взяття під варту засудженої особи властями держави виконання вироку має силу зупинення виконання вироку в державі винесення вироку. 2. Держава винесення вироку може більше не виконувати вирок, якщо держава виконання вироку вважає виконання вироку закінченим.

Стаття 9. Наслідки передачі засудженої особи для держави виконання вироку

1. Компетентні власті держави виконання вироку:

a) продовжують виконання вироку одразу або на основі судової чи адміністративної постанови згідно із положеннями статті 10; або

b) визнають вирок з використанням судової або адміністративної процедури своєї держави і таким чином замінюють міру покарання, призначену в державі винесення вироку, мірою покарання, передбаченою законодавством держави виконання вироку за такий самий злочин, згідно з положеннями статті 11.

2. Держава виконання вироку, на прохання, до передачі засудженої особи інформує державу винесення вироку про те, яку із цих процедур вона буде використовувати.

3. Виконання вироку регулюється законодавством держави виконання вироку, і тільки ця держава має право приймати всі відповідні рішення.

4. Будь-яка держава, яка, зважаючи на своє національне законодавство, не може використовувати одну із згаданих в пункті 1 процедур для виконання заходів, призначених на території іншої Сторони особам, які через психічний стан не були притягнуті до кримінальної відповідальності за вчинення злочину, і яка готова прийняти таких осіб для подальшого лікування, може у заяві на ім'я Генерального секретаря Ради Європи вказати, які процедури вона буде застосовувати в таких випадках.

Стаття 10. Продовження виконання вироку

1. У разі продовження виконання вироку держава виконання вироку дотримується характеру і тривалості покарання, призначеного державою винесення вироку.

2. Однак, якщо це покарання за своєю природою або тривалістю є несумісним із законодавством держави виконання вироку або якщо її законодавство цього вимагає, ця держава може на основі судової або адміністративної постанови співвіднести призначену міру покарання з покаранням чи заходом, передбаченим її власним законодавством за вчинення аналогічного злочину. За своїм характером таке покарання або такий захід повинні у міру можливості відповідати покаранню або заходу, призначеному у вироці для виконання. Покарання чи захід за своїм характером або своєю тривалістю не може бути більш суворим, ніж міра покарання, призначена в державі винесення вироку, і не може перевищувати максимальні строки позбавлення волі, передбачені законодавством держави виконання вироку.

Стаття 11. Заміна вироку

1. У випадку заміни вироку застосовуються процедури, передбачені законодавством держави виконання вироку. Замінюючи вирок, компетентний орган:

a) повинен врахувати зроблені щодо фактів висновки, які ясно викладені або припускаються в рішенні, ухваленому державою винесення вироку;

b) не може замінювати міру покарання, що передбачає позбавлення волі, грошовим штрафом;

c) повинен зарахувати у строк покарання весь період, впродовж якого засуджена особа була позбавлена волі; і

d) не повинен посилювати кримінальне покарання засудженої особи і не повинен вважати обов'язковими жодні мінімальні строки позбавлення волі, які законодавство держави виконання вироку може передбачати за вчинення злочину або злочинів.

2. Якщо процедура заміни вироку здійснюється після передачі засудженої особи, держава виконання вироку тримає цю особу під вартою або іншим чином забезпечує її присутність у державі виконання вироку до закінчення цієї процедури.

Стаття 12. Помилування, амністія, пом'якшення вироку

Кожна Сторона може прийняти рішення про помилування, амністію або пом'якшення вироку у відповідності до своєї конституції або інших законів.

Стаття 13. Перегляд судового рішення

Право вирішувати щодо будь-якого клопотання про перегляд судового рішення має тільки держава винесення вироку.

Стаття 14. Припинення виконання вироку

Держава виконання вироку припиняє виконання вироку, як тільки держава винесення вироку інформує її про будь-яке рішення або будь-який захід, внаслідок якого вирок перестає бути обов'язковим для виконання». [Конвенція про передачу засуджених осіб. http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_025]

10.1.20. Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства

(ООН, від 10.03.1988)

(ратифіковано Постановою ВР № 3735-XII від 17.12.93)

*«**Стаття 8***

1. Капітан судна держави-учасниці («держава прапора») може передати компетентним органам будь-якої іншої держави-учасниці («приймаюча держава») будь-яку особу, щодо якої у нього є розумні підстави вважати, що вона вчинила один із злочинів, зазначених у статті 3. [*про зазначені злочини див.: 276.1.5*]

2. Держава прапора забезпечує, щоб капітан її судна, на борту якого перебуває будь-яка особа, яку він має намір передати згідно з пунктом 1, був зобов'язаний давати, коли це практично здійснено і по можливості до входження судна в територіальне море приймаючої держави, повідомлення компетентним органам приймаючої держави про свій намір передати таку особу та про причини передачі.

3. Приймаюча держава приймає особу, яка передається, за винятком випадків, коли у неї є підстави вважати, що ця Конвенція не застосовується до дії, які тягнуть таку передачу, та діє відповідно до положень статті 7. Будь-яка відмова прийняти особу, яка передається, супроводжується заявою про причини відмови.

4. Держава прапора забезпечує, щоб капітан її судна був зобов'язаний надавати компетентним органам приймаючої держави наявні в розпорядженні капітана докази, що стосуються гаданого злочину.

5. Приймаюча держава, яка прийняла особу згідно з пунктом 3, може в свою чергу звернутися до держави прапора з проханням прийняти передачу цієї особи. Держава прапора розглядає будь-яке таке прохання і, якщо воно задовольняє її, то вона діє відповідно до статті 7. Якщо держава прапора відхиляє прохання, вона надає приймаючій державі заяву з викладом причин відмови.

(…)

Стаття 11

1. Злочини, зазначені в статті 6, вважаються такими, що підлягають включенню у злочини, які тягнуть видачу, в будь-який договір про видачу, що існує між якими-небудь державами-учасницями. Держави-учасниці зобов'язуються включати такі злочини як злочини, що тягнуть видачу, в усі договори про видачу, які вони укладатимуть між ними.

2. Якщо держава-учасниця, що обумовлює видачу наявністю договору про видачу, отримає прохання про видачу від іншої держави-учасниці, з якою вона не має договору про видачу, держава, що запитує, може на свій розсуд розглядати цю Конвенцію як юридичну підставу для видачі щодо злочинців, зазначених у статті 3. Видача здійснюється згідно з іншими умовами, передбаченими законодавством держави-учасниці, яка запрошує.

3. Держави-учасниці, що не обумовлюють видачу наявністю договору, розглядають у відносинах між собою злочини, зазначені у статті 3, як злочини, що тягнуть видачу з додержанням умов, передбачених законодавством держави, що запрошує.

4. Якщо необхідно, злочини, зазначені в статті 3, розглядаються державами-учасницями для цілей видачі як такі, що вони були вчинені не тільки в місці вчинення, але як і в якому-небудь місці в межах юрисдикції держави-учасниці, що звертається з проханням про видачу.

5. Держава-учасниця, що отримує більше одного прохання про видачу від держав, які встановили юрисдикцію відповідно до статті 7, і яка приймає рішення не порушувати кримінального переслідування, при виборі держави, якій має бути видано злочинця чи гаданого злочинця, належним чином враховує інтереси й обов'язки держави-учасниці, прапор якої несло судно під час вчинення злочину.

6. При розгляді прохання про видачу гаданого злочинця відповідно до цієї Конвенції держава, що запрошує, приділяє належну увагу питанню про те, чи можуть бути в ній реалізовані права гаданого злочинця, зазначені в пункті 3 статті 7.

7. Що стосується злочинів, зазначених у цій Конвенції, положення всіх договорів та угод між державами-учасницями про видачу змінюються у відносинах між державами-учасницями в тій мірі, в якій вони несумісні з цією Конвенцією». [Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства (ООН, від 10.03.1988). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_220]

10.1.21. Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень
(ООН, від 21.03.1983)
(приєднання Законом від 17.06.2015)
*«**Стаття 13***

1. Для цілей видачі між державами-учасницями злочин насильницького зникнення не розглядається як політичний злочин, правопорушення, пов'язане з політичним злочином, або правопорушення, учинене з політичних мотивів. Унаслідок цього прохання про видачу, пов'язане із цим злочином, не може бути відхилене тільки на цій підставі.

2. Злочин насильницького зникнення вважається таким, що підлягає віднесенню до числа злочинів, які зумовлюють видачу, до будь-якого договору про видачу, укладеного між державами-учасницями до набрання чинності цією Конвенцією.

3. Держави-учасниці зобов'язуються відносити злочин насильницького зникнення до числа злочинів, які зумовлюють видачу, до будь-якого договору про видачу, що укладається між ними в подальшому.

4. Якщо держава-учасниця, яка обумовлює видачу наявністю договору, отримує прохання про видачу від іншої держави-учасниці, з якою вона не має договору про видачу, вона може розглядати цю Конвенцію стосовно злочину насильницького зникнення як необхідну правову підставу для видачі.

5. Держави-учасниці, які не обумовлюють видачі наявністю договору, розглядають у відносинах між собою злочин насильницького зникнення як злочин, що зумовлює видачу.

6. Видача в усіх випадках здійснюється згідно з умовами, передбаченими законодавством держави-учасниці, якій адресовано прохання про видачу, або застосовними договорами про видачу, у тому числі, зокрема, відповідно до умов, які стосуються мінімального покарання, необхідного для цілей видачі, або мотивами, з яких держава-учасниця, якій адресовано прохання про видачу, може відмовити в його здійсненні чи ставити його в залежність від певних умов.

7. Жодне положення цієї Конвенції не повинно тлумачитись як таке, що зобов'язує державу-учасницю, якій адресовано прохання про видачу, здійснювати видачу, якщо вона має серйозні

підстави вважати, що відповідне прохання було подане для цілей переслідування або покарання тієї чи іншої особи з причини її статі, раси, віросповідання, національної приналежності, етнічного походження, політичних поглядів чи приналежності до певної соціальної групи або що виконання зазначеного прохання може завдати шкоди цій особі з будь-якої із цих причин». [Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень. (ООН, від 21.03.1983) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_l54]

10.1.22. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин

(ООН, від 20.12.1988)

(ратифіковано Постановою ВР № 1000-XII від 25.04.91)

«Стаття 6. Видача

(1) Ця стаття застосовується до правопорушень, визнаних такими Сторонами відповідно до пункту (1) статті 3.

(2) Кожне з правопорушень, до яких застосовується ця стаття, вважається таким, що підлягає включенню в будь-який існуючий між Сторонами договір про видачу як правопорушення, що може потягти видачу. Сторони зобов'язуються включати такі правопорушення як правопорушення, що можуть потягти видачу, в будь-який договір про видачу, який буде укладений між ними.

(3) Якщо Сторона, що обумовлює видачу наявністю договору, одержує прохання про видачу від іншої Сторони, з якою вона не має договору про видачу, вона може розглядати цю Конвенцію як юридичну підставу для видачі в зв'язку з будь-яким правопорушенням, до якого застосовується ця стаття. Сторони, яким необхідне докладне законодавство з тим, щоб використати цю Конвенцію як юридичну підставу для видачі, розглядають можливість прийняття такого законодавства, що може бути потрібне.

(4) Сторони, що не обумовлюють видачу наявністю договору, визнають правопорушення, до яких застосовується ця стаття, як правопорушення, що можуть спричинити взаємну видачу.

(5) Видача здійснюється відповідно до умов, передбачених законодавством запитуваної Сторони або застосовуваними договорами про видачу, включаючи підстави, за якими запитувана Сторона може відмовити у видачі.

(6) При розгляді прохань, отриманих відповідно до цієї статті, запитувана Сторона може відмовитися від виконання таких прохань, якщо є вагомі підстави, що дозволять її судовим або іншим компетентним органам вважати, що їх виконання полегшить судове переслідування або покарання будь-якої особи на підставі її раси, віросповідання, громадянства або політичних переконань або завдасть шкоди за будь-якою з цих причин будь-якій особі, якої стосується це прохання.

(…)

(11) Сторони прагнуть укладати двосторонні і багатосторонні угоди з метою здійснення або підвищення ефективності видачі.

(12) Сторони можуть розглядати можливість укладання двосторонніх або багатосторонніх угод спеціального або загального характеру щодо передачі осіб, засуджених до тюремного ув'язнення або інших видів позбавлення волі за правопорушення, до яких застосовується ця стаття, їх країнами з тим, щоб вони могли відбути строк покарання, що залишився, в цих країнах». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин. (ООН, від 20.12.1988). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_096]

10.1.23. Міжнародна конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців

(ООН, від 04.12.1989)

(ратифіковано Постановою ВР України № 3381-XII від 14.07.93)

«Стаття 15

1. Злочини, зазначені у статтях 2, 3 і 4 цієї Конвенції, вважаються такими, що підлягають включенню, як злочини, що спричиняють видачу, в будь-який договір про видачу, існуючий між державами-учасницями. Держави-учасниці зобов'язуються включати такі злочини як злочини, що спричиняють видачу, в будь-який договір про видачу, який укладається між ними.

2. Якщо держава-учасниця, яка обумовлює видачу наявністю договору, дістає прохання про видачу від іншої держави-учасниці, з якою вона не має договору про видачу, вона може на свій розсуд розглядати цю Конвенцію як правову підставу для видачі щодо цих злочинів. Видача здійснюється відповідно до інших умов, передбачуваних законодавством держави, до якої звернено прохання про видачу.

3. Держави-учасниці, які не обумовлюють видачу наявністю договору, розглядають у відносинах між собою ці злочини як злочини, що тягнуть видачу, відповідно до умов, передбачених законодавством держави, до якої звернено прохання про видачу.

4. Злочини розглядаються для цілей видачі, здійснюваної державами-учасницями, як учинені не лише у тому місці, де вони відбулися, а й на території держав, які зобов'язані встановити свою юрисдикцію відповідно до статті 9 цієї Конвенції». [Міжнародна конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців. (ООН, від 04.12.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_103]

10.1.24. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах

(СНД, від 22.01.1993)

(ратифіковано із застереженнями Законом від 10.11.94)

*«**Стаття 56. Обов'язок видачі***

1. Договірні Сторони зобов'язуються відповідно до умов, передбаченими цією Конвенцією, за вимогою видавати один одному осіб, що знаходяться на їх території, для притягнення до кримінальної відповідальності або для приведення вироку у виконання.

2. Видача для притягнення до кримінальної відповідальності провадиться за такі діяння, які за законами запитуючої і запитуваної Договірних Сторін є карними і за здійснення яких передбачається покарання у виді позбавлення волі на термін не менше одного року або більш тяжке покарання.

3. Видача для приведення вироку у виконання провадиться за такі діяння, які відповідно до законодавства запитуючої і запитуваної Договірних Сторін є карними і за здійснення яких особу, видача якої потрібна, було засуджено до позбавлення волі на термін не менш шести місяців або до більш тяжкого покарання.

Стаття 57. Відмовлення у видачі

1. Видача не провадиться, якщо: а) особа, видача якої потрібна, є громадянином запитуваної Договірної Сторони; б) на момент одержання вимоги карне переслідування відповідно до законодавства запитуваної Договірної Сторони не може бути порушено або вирок не може бути приведено у виконання внаслідок закінчення терміну давності або з іншої законної підстави; в) у відношенні особи, видача якої потрібна, на території запитуваної Договірної Сторони за той же злочин був винесений вирок або постанова про припинення провадження в справі, що вступила в законну силу; г) злочин відповідно до законодавства запитуючої або запитуваної Договірної Сторони переслідується в порядку приватного обвинувачення (за заявою потерпілого).

2. У видачі може бути відмовлено, якщо злочин, у зв'язку з яким потрібна видача, здійснено на території запитуваної Договірної Сторони.

3. У випадку відмови у видачі запитуюча Договірна Сторона повинна бути інформована про підстави відмови». [Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (СНД, від 22.01.1993) http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_009]

Коментар:

7 жовтня 2002 року в м. Кишинів країнами СНД укладено Конвенцію про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах. Однак Конвенція 1993 року та Протокол до неї 1997 року продовжують застосовуватися у відносинах між державами-учасницями цих міжнародних договорів та державами, для яких не набрала чинності Конвенція 2002 року. Станом на 01.06.2018 р. Україна не ратифікувала Конвенцію про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах 2002 р. Відтак для України діють лише Конвенція 1993 року та Протокол до неї 1997 року.

10.1.25. Конвенція про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу

(ООН, від 09.12.1994)

(ратифіковано Законом від 06.07.1995)

«Стаття 15. Видача гаданих злочинців

1. Якщо злочини, передбачені у статті 9 [*про зазначені злочини див.: 443.1.2*], не включені як злочини, що спричиняють видачу, у будь-який договір про видачу, існуючий між державами-учасницями, вони вважаються включеними як такі у такий договір між ними. Держави-учасниці зобов'язуються включати такі злочини як злочини, що спричиняють видачу, у будь-який договір про видачу, що укладається між ними.

2. Якщо держава-учасниця, яка обумовлює видачу наявністю договору, отримує прохання про видачу від іншої держави-учасниці, з якою вона не має договору про видачу, вона може, на свій розсуд, вважати цю Конвенцію правовою підставою для видачі у зв'язку з такими злочинами. Видача проводиться з додержанням умов, передбачених законодавством запитуваної держави.

3. Держави-учасниці, які не обумовлюють видачу наявністю договору, розглядають у відносинах між собою такі злочини як злочини, що спричиняють видачу, з додержанням умов, передбачених законодавством запитуваної держави.

4. Кожний з цих злочинів розглядається для цілей видачі, що здійснюється державами-учасницями, як вчинений не тільки на місці його вчинення, а й на території держав-учасниць, які встановили свою юрисдикцію згідно з пунктом 1 або 2 статті 10». [Конвенція про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу. (ООН, від 09.12.1994). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_025]

10.1.26. Рамкова Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності

(ООН, від 21.07.1997)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«Стаття 6

1. Злочини, згадані у статті 1 даної Конвенції [*про зазначені злочини див.: 255.1.1*], розглядаються як такі, що тягнуть видачу злочинця, вміщені у будь-якому договорі про видачу між державами-учасницями Договору. Держави-учасниці Договору зобов'язуються включати ці злочини як злочини, що ведуть до видачі, у кожний укладений між ними договір про видачу.

2. Якщо одна держава-учасниця Договору обумовлює видачу наявністю договору, отримує запит про видачу від іншої держави-учасниці Договору, з якою вона не має договору про видачу, вона розглядає дану Конвенцію як юридичну основу для видачі щодо злочинів, згаданих у статті 1 даної Конвенції. Видача регулюється іншими умовами, які передбачені законодавством держави, яка робить запит.

3. Держави-учасниці Договору, які не обумовлюють видачу наявністю договору, визнають злочини, згадані у статті 1 даної Конвенції, як злочини, що ведуть до видачі, у відносинах між ними з урахуванням умов, передбачених законодавством держави, яка робить запит.

4. Держави-учасниці Договору за умови дотримання положень їх внутрішньодержавного законодавства розглядають питання про спрощення порядку видачі осіб, які виявили на це погодження і які відмовилися від формальної процедури видачі, за допомогою вирішення прямого зв'язку між відповідними міністерствами щодо запитів про видачу, а також за допомогою видачі осіб на основі лише ордерів про арешт або судових рішень.

Стаття 7

1. Кожна держава-учасниця Договору розглядає питання про необхідні законодавчі заходи, включаючи видачу своїх громадян, якщо запит про видачу пов'язаний з будь-яким злочином, зазначеним у статті 1 даної Конвенції.

2. Запит про видачу громадянина може задовольнитися за умови, що вирок, винесений за кордоном, буде виконуватися у державі, яка робить запит.

Стаття 8

1. Злочини, зазначені у статті 1 даної Конвенції, не розглядаються як політичні злочини з метою видачі.

2. Запит про видачу не задовольняється, якщо у сторони, яка робить запит, є вагомі причини вважати, що мета запиту про видачу полягає у судовому переслідуванні або покаранні особи на основі її раси, релігії, національної належності або політичних поглядів і що на становище даної особи негативно вплине будь-яка з цих причин». [Рамкова Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності. (ООН, від 21.07.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_786]

10.1.27. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS № 173)

(Рада Європи, від 27.01.1999)

(ратифіковано Законом від 18.10.2006)

«Стаття 27 Екстрадиція

1. Кримінальні злочини, визначені цією Конвенцією, вважатимуться такими, що включені до будь-якого договору про екстрадицію, чинного між Сторонами, як злочини, що тягнуть видачу.

2. Якщо Сторона, яка зумовлює екстрадицію наявністю відповідного договору, отримує запит про екстрадицію іншій Стороні, з якою вона не має чинного договору про екстрадицію, вона може вважати цю Конвенцію правовою основою для видачі, коли йдеться про будь-який злочин, визначений цією Конвенцією.

3. Сторони, які не зумовлюють екстрадицію наявністю відповідного договору, у стосунках між собою визнають кримінальні злочини, визначені цією Конвенцією, такими, що тягнуть екстрадицію.

4. Екстрадиція здійснюватиметься відповідно до умов, передбачених у законодавстві запитуваної Сторони або чинних договорах про екстрадицію, включаючи підстави, на яких запитувана Сторона може відмовити у екстрадиції.

5. Якщо у екстрадиції за кримінальний злочин, передбачене цією Конвенцією, відмовляється виключно на підставі громадянства правопорушника, або якщо запитувана Сторона вважає, що вона має юрисдикцію над таким злочином, запитувана Сторона передає справу до своїх компетентних органів для переслідування осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, якщо вона не домовилася про інше із запитуючою Стороною, й інформує належним чином останню про остаточні результати справи». [Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173). (Рада Європи, від 27.01.1999). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_101]

10.1.28. Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії

(ООН, від 01.01.2000)

(ратифіковано Законом від 03.04.2003)

«Стаття 5

1. Злочини, зазначені в пункті 1 статті 3 [*про зазначені злочини див.: 301.1.4*], вважаються такими, що спричиняють видачу і підлягають включенню, до будь-якого договору про видачу, що існує між державами-учасницями, а також, до будь-якого договору про видачу, який укладається між ними згодом, відповідно до умов, визначених у цих договорах.

2. Якщо держава-учасниця, яка обумовлює видачу наявністю договору, одержує прохання про видачу від іншої держави-учасниці, з якою вона не має договору про видачу, вона може розглядати цей Протокол щодо таких злочинів як правову підставу для видачі. Видача здійснюється згідно з умовами, передбаченими законодавством держави, до якої звернуте прохання про видачу.

3. Держави-учасниці, які не обумовлюють видачу наявністю договору, розглядають у відносинах між собою такі злочини як злочини, що спричиняють видачу, відповідно до умов, передбачених законодавством держави, до якої звернуте прохання про видачу.

4. Такі злочини для цілей видачі між державами-учасницями розглядаються так, як би вони були вчинені не тільки на місці їхнього вчинення, але також і на території держав, які зобов'язані встановити свою юрисдикцію відповідно до статті 4.

5. Якщо прохання про видачу надходить стосовно одного із злочинів, зазначених у пункті 1 статті 3, і якщо держава-учасниця, до якої звернено таке прохання, не видає і не видаватиме злочинця на підставі його громадянства, ця держава вживає відповідних заходів для передачі справи своїм компетентним органам з метою порушення кримінального переслідування». [Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії. (ООН, від 01.01.2000). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_b09]

10.1.29. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності

(ООН, від 15.11.2000)

ратифіковано із застереженнями і заявами 04.02.2004)

*«**Стаття 16. Видача***

1. Ця стаття застосовується до злочинів, що охоплюються цією Конвенцією, або у випадках, якщо до вчинення злочину, згаданого в пункті 1 (a) або (b) статті 3 [*про зазначені злочини див.: 255.1.2*], причетна організована злочинна група та особа, щодо якої запитується видача, знаходиться на території запитуваної Держави-учасниці, за умови, що діяння, у зв'язку з яким запитується видача, є кримінально караним відповідно до внутрішнього законодавства як запитуючої Держави-учасниці, так і запитуваної Держави-учасниці.

2. Якщо прохання про видачу стосується декількох окремих серйозних злочинів, деякі з яких не охоплюються цією статтею, то запитувана Держава-учасниця може застосувати цю статтю також і щодо цих останніх злочинів.

3. Кожний зі злочинів, до яких застосовується ця стаття, вважається включеним до будь-якого існуючого між Державами-учасницями договору про видачу як злочин, що може спричинити видачу. Держави-учасниці зобов'язуються включати такі злочини як злочини, що можуть спричинити видачу, до будь-якого договору про видачу, який буде укладений між ними.

4. Якщо Держава-учасниця, яка обумовлює видачу наявністю договору, одержує прохання про видачу від іншої Держави-учасниці, з якою вона не має договору про видачу, вона може розглядати цю Конвенцію як правову підставу для видачі у зв'язку з будь-яким злочином, до якого застосовується ця стаття.

5. Держави-учасниці, що обумовлюють видачу наявністю договору:

a) під час здачі на зберігання своїх ратифікаційних грамот або документів про прийняття або затвердження цієї Конвенції або приєднання до неї повідомляють Генеральному секретарю Організації Об'єднаних Націй про те, чи будуть вони використовувати цю Конвенцію як правову підставу для співробітництва в питаннях видачі з іншими Державами-учасницями цієї Конвенції;[1]

і b) якщо вони не використовують цю Конвенцію як правову підставу для співробітництва в питаннях видачі, прагнуть, у відповідних випадках, до укладання договорів про видачу з іншими Державами-учасницями цієї Конвенції з метою застосування цієї статті.

6. Держави-учасниці, що не обумовлюють видачу наявністю договору, у відносинах між собою визнають злочини, до яких застосовується ця стаття, як злочини, що можуть спричинити видачу.

7. Видача здійснюється відповідно до умов, що передбачаються внутрішнім законодавством запитуваної Держави-учасниці або договорами про видачу, що застосовуються, включаючи в тому числі умови, пов'язані з вимогами про мінімальне покарання щодо видачі, і підстави, на яких запитувана Держава-учасниця може відмовити у видачі.

8. Щодо будь-якого злочину, до якого застосовується ця стаття, Держави-учасниці, за умови дотримання свого внутрішнього законодавства, докладають зусиль для того, щоб прискорити процедури видачі та спростити пов'язані з нею вимоги про надання доказів.

9. За умови дотримання положень свого внутрішнього законодавства і своїх договорів про видачу запитувана Держава-учасниця, переконавшись у тому, що обставини вимагають цього

[1] «Україна заявляє, що Конвенція є правовою підставою для співробітництва з питань видачі в разі надходження прохання про видачу від держави – учасниці цієї Конвенції, з якою немає договору про видачу» [Закон України від 04.02.2004]

і носять невідкладний характер, і на прохання запитуючої Держави-учасниці може взяти під варту особу, яка знаходиться на її території і видача якої запитується, або вжити інших відповідних заходів для забезпечення її присутності в ході процедури видачі.

10. Держава-учасниця, на території якої знаходиться особа, підозрювана у вчиненні злочину, якщо вона не видає таку особу у зв'язку зі злочином, до якого застосовується ця стаття, лише на тій підставі, що вона є одним з його громадян, зобов'язана на прохання Держави-учасниці, що запитує видачу, передати справу без невиправданих затримок своїм компетентним органам з метою переслідування. Ці органи приймають своє рішення і здійснюють провадження у такий же спосіб, як і у разі будь-якого іншого злочину небезпечного характеру відповідно до внутрішнього законодавства цієї Держави-учасниці. Заінтересовані Держави-учасниці співробітничають одна з одною, зокрема з процесуальних питань і питань доведення, для забезпечення ефективності такого переслідування.

11. У всіх випадках, коли Державі-учасниці відповідно до її внутрішнього законодавства дозволяється видавати або іншим способом передавати одного зі своїх громадян тільки за умови, що ця особа буде повернута до цієї держави для відбування покарання, призначеного в результаті судового розгляду або провадження, у зв'язку з яким запитувалася видача або передача цієї особи, і ця Держава-учасниця і Держава-учасниця, що запитує видачу цієї особи, погодилися з таким порядком та іншими умовами, які вони можуть вважати належними, така умовна видача або передача є достатніми для виконання зобов'язання, встановленого в пункті 10 цієї статті.

12. Якщо у видачі, що запитується з метою виконання вироку, відмовлено, оскільки розшукувана особа є громадянином запитуваної Держави-учасниці, запитувана Держава-учасниця, якщо це допускає її внутрішнє законодавство і якщо це відповідає вимогам такого законодавства, за зверненням запитуючої Учасниці розглядає питання про приведення у виконання вироку або частини вироку, що залишилася, який був винесений відповідно до внутрішнього законодавства запитуючої Учасниці.

13. Будь-якій особі, у справі якої здійснюється провадження у зв'язку з будь-яким злочином, до якого застосовується ця стаття, гарантується справедливе поводження на всіх стадіях провадження, включаючи здійснення всіх прав і гарантій, передбачених внутрішнім законодавством Держави-учасниці, на території якої знаходиться ця особа.

14. Ніщо в цій Конвенції не тлумачиться як таке, що встановлює зобов'язання видачі, якщо у запитуваної Держави-учасниці є істотні підстави думати, що прохання про видачу має на меті переслідування або покарання будь-якої особи з причини її статі, раси, віросповідання, громадянства, етнічного походження або політичних переконань або що задоволення цього прохання завдало б шкоди становищу цієї особи через будь-яку із цих причин.

15. Держави-учасниці не можуть відмовляти у виконанні прохання про видачу лише на тій підставі, що злочин вважається також пов'язаним з податковими питаннями.

16. До відмови у видачі запитувана Держава-учасниця, у відповідних випадках, проводить консультації із запитуючою Державою-учасницею для того, щоб надати їй достатні можливості для викладу її думок і подання інформації, що стосується викладених у її проханні фактів.

17. Держави-учасниці прагнуть укладати двосторонні та багатосторонні угоди або домовленості з метою здійснення або підвищення ефективності видачі.

Стаття 17. Передача засуджених осіб

Держави-учасниці можуть розглядати можливість укладання двосторонніх або багатосторонніх угод чи домовленостей про передачу осіб, засуджених до тюремного ув'язнення або інших видів позбавлення волі за злочини, що охоплюються цією Конвенцією, для того, щоб вони могли відбувати строк покарання на їхніх територіях». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. (ООН, від 15.11.2000). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_789]

10.1.30. Конвенція про кіберзлочинність

(Рада Європи, від 23.11.2001)

(ратифіковано Законом від 07.09.2005)

«Стаття 24. Екстрадиція

1. а. Ця стаття застосовується до екстрадиції, що має місце між Сторонами у зв'язку з кримінальними правопорушеннями, встановленими відповідно до статей 2–11 цієї Конвенції [*про за-*

значені злочини див.: 361.1.1], за умови, що вони підлягають покаранню позбавленням волі, максимальний строк якого складає щонайменше один рік, або більш суворому покаранню, відповідно до законодавства обох заінтересованих Сторін.

b. У випадках, коли відповідно до домовленості, укладеної на основі єдиного чи взаємного законодавства, або договору про екстрадицію, включаючи Європейську Конвенцію про екстрадицію (ETS N 24), які застосовуються між двома або більше сторонами, має застосовуватися різне мінімальне покарання, застосовується мінімальне покарання відповідно до такої домовленості чи угоди.

2. Кримінальні правопорушення, описані у пункті 1 цієї статті, вважаються такими, що включаються як правопорушення, які спричиняють екстрадицію, до будь-якої угоди про екстрадицію, яка існує між Сторонами. Сторони зобов'язуються включати такі правопорушення, як такі, що спричиняють екстрадицію, до будь-якого договору про екстрадицію, який буде укладено між ними.

3. Якщо Сторона, яка здійснює екстрадицію за умови існування договору, отримує запит про екстрадицію від іншої Сторони, з якою в неї нема договору про екстрадицію, вона може вважати цю Конвенцію юридичною основою для екстрадиції відносно будь-якого кримінального правопорушення, на яке міститься посилання у пункті 1 цієї статті.

4. Сторони, які не ставлять існування договору умовою для екстрадиції, визнають для себе кримінальні правопорушення, на які міститься посилання у пункті 1 цієї статті, такими, що спричиняють екстрадицію.

5. Екстрадиція підлягає умовам, передбаченим законодавством Сторони, яку запитують про екстрадицію, або відповідними договорами про екстрадицію, включаючи підстави, на яких Сторона, яку запитують, може відмовити в екстрадиції.

6. Якщо в екстрадиції стосовно кримінального правопорушення, на яке міститься посилання у пункті 1 цієї статті, відмовлено виключно на підставі громадянства особи, стосовно якої надходить запит про екстрадицію, або тому, що Сторона, яку запитують, вважає, що вона має юрисдикцію стосовно такого правопорушення, Сторона, яку запитують, на запит Сторони, яка запитує, надсилає справу своїм компетентним органам з метою переслідування правопорушення, і належним чином повідомляє його результат Стороні, яка запитує. Такі органи приймають свої рішення і проводять свої розслідування і переслідування таким же чином, як і у випадку будь-якого іншого правопорушення подібної природи відповідно до законодавства такої Сторони.

7. a. Кожна Сторона під час підписання або передачі на зберігання своєї ратифікаційної грамоти або документа про прийняття, схвалення чи приєднання повідомляє Генеральному секретарю Ради Європи назви і адреси усіх компетентних органів, які відповідають за надсилання чи отримання запитів про екстрадицію або тимчасовий арешт у випадку відсутності договору.

b. Генеральний секретар Ради Європи створює і вносить відповідні зміни у реєстр компетентних органів, відповідно призначених Сторонами. Кожна Сторона забезпечує правильність відомостей, які містяться у такому реєстрі». [Конвенція про кіберзлочинність (Рада Європи, від 23.11.2001). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_575/]

10.1.31. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції

(ООН, від 31.10.2003)

(ратифіковано із заявами Законом від 18.10.2006)

«Стаття 44. Видача

1. Ця стаття застосовується до злочинів, визначених цією Конвенцією, якщо особа, щодо якої робиться запит про видачу, перебуває на території запитуваної Держави-учасниці, за умови, що діяння, у зв'язку з яким зроблено запит про видачу, є кримінально караним відповідно до внутрішнього права як запитуючої Держави-учасниці, так і запитуваної Держави-учасниці.

2. Незважаючи на положення пункту 1 цієї статті, Держава-учасниця, законодавство якої допускає це, може дозволити видачу будь-якої особи у зв'язку з будь-яким із злочинів, визначених цією Конвенцією, які не є кримінально караними відповідно до її внутрішнього права.

3. Якщо запит про видачу стосується кількох окремих злочинів, принаймні один з яких тягне видачу відповідно до цієї статті, а інші не тягнуть за собою видачі з причини строку покарання

за них, але є діяннями, які визначені цією Конвенцією злочинними, запитувана Держава-учасниця може застосувати цю статтю також до цих злочинів.

4. Кожний із злочинів, до яких застосовується ця стаття, вважається включеним до будь-якого існуючого між Державами-учасницями договору про видачу як злочин, що тягне видачу. Держави-учасниці зобов'язуються включати такі злочини як злочини, що тягнуть видачу, до будь-якого договору про видачу, який буде укладено між ними. Якщо Держава-учасниця використовує цю Конвенцію як підставу для видачі правопорушників, коли це дозволено її законодавством, вона не вважає будь-який із злочинів, визначених цією Конвенцією, політичним злочином.

5. Якщо Держава-учасниця, яка обумовлює видачу наявністю договору, одержує запит про видачу від іншої Держави-учасниці, з якою вона не має договору про видачу, вона може розглядати цю Конвенцію як правову підставу для видачі у зв'язку з будь-яким злочином, до якого застосовується ця стаття.

6. Держава-учасниця, яка обумовлює видачу наявністю договору:

a) під час здачі на зберігання своєї ратифікаційної грамоти або документа про прийняття або затвердження цієї Конвенції або приєднання до неї повідомляє Генеральному секретареві Організації Об'єднаних Націй про те, чи буде вона використовувати цю Конвенцію як правову підставу для співробітництва з питань видачі з іншими Державами-учасницями цієї Конвенції; та

b) якщо вона не використовує цю Конвенцію як правову підставу для співробітництва з питань видачі, докладає зусиль, у разі можливості, до укладання договорів про видачу з іншими Державами-учасницями цієї Конвенції з метою застосування цієї статті.

7. Держави-учасниці, які не обумовлюють видачу наявністю договору, у відносинах між собою визнають злочини, до яких застосовується ця стаття, злочинами, що тягнуть видачу.

8. Видача здійснюється відповідно до законодавства запитуючої Держави-учасниці, або застосовуваним договорам про видачу, у тому числі враховуючи мінімальний строк покарання, необхідний для видачі, та підстави, на яких запитувана Держава-учасниця може відмовити у видачі.

9. Щодо будь-якого злочину, до якого застосовується ця стаття, Держави-учасниці, за умови дотримання свого внутрішнього права, докладають зусиль для прискорення процедури видачі та спрощення процедури надання доказів.

10. За умови дотримання положень свого внутрішнього права та своїх договорів про видачу запитувана Держава-учасниця, переконавшись у тому, що обставини потребують цього і мають невідкладний характер, та на прохання запитуючої Держави-учасниці, може взяти під варту особу, яка перебуває на її території та про видачу якої зроблено запит, або вжити інших відповідних заходів для забезпечення її присутності під час провадження у справі про видачу.

11. Держава-учасниця, на території якої перебуває особа, яка підозрюється у вчиненні злочину, якщо вона не видає таку особу у зв'язку зі злочином, до якого застосовується ця стаття, лише на тій підставі, що вона є її громадянином, зобов'язана, на прохання запитуючої Держави-учасниці, передати справу без невиправданих зволікань своїм компетентним органам з метою переслідування. Ці органи приймають рішення й здійснюють провадження у такий самий спосіб, як і у випадку вчинення будь-якого іншого тяжкого злочину відповідно до внутрішнього права цієї Держави-учасниці.

Заінтересовані Держави-учасниці співпрацюють одна з одною, зокрема з питань процедури і доказування, для забезпечення ефективності такого переслідування.

12. Якщо Держава-учасниця відповідно до її внутрішнього права може видавати або іншим чином передавати одного зі своїх громадян тільки за умови, що ця особа буде повернута до цієї Держави-учасниці для відбування покарання, призначеного в результаті судового розгляду, у зв'язку з якими запитувалася видача або передача цієї особи, і ця Держава-учасниця й запитувана Держава-учасниця погодилися з таким порядком та іншими відповідними умовами, така умовна видача або передача є достатньою для виконання зобов'язання, встановленого в частині 11 цієї статті.

13. Якщо у видачі, яка запитується з метою виконання вироку, відмовлено, оскільки особа, яка розшукується є громадянином запитуваної Держави-учасниці, запитувана Держава-учасниця,

якщо це допускає її внутрішнє право і якщо це відповідає вимогам такого права, на прохання запитуючої Держави-учасниці розглядає питання про виконання вироку, винесеного відповідно до законодавства запитуючої Держави-учасниці, або виконання частини вироку.

14. Будь-якій особі, щодо якої здійснюється провадження у зв'язку з будь-яким злочином, до якого застосовується ця стаття, гарантується справедливе поводження на всіх стадіях провадження, у тому числі здійснення всіх прав і гарантій, передбачених внутрішнім правом Держави-учасниці, на території якої перебуває ця особа.

15. Ніщо в цій Конвенції не тлумачиться як таке, що встановлює зобов'язання видачі, якщо у запитуваної Держави-учасниці є суттєві підстави вважати, що запит про видачу має на меті переслідування або покарання особи за ознакою статі, раси, віросповідання, громадянства, етнічного походження або політичних переконань або, що задоволення цього запиту завдало б шкоди становищу цієї особи з будь-якої іншої причини.

16. Держави-учасниці не можуть відмовляти у виконанні запиту про видачу лише на тій підставі, що злочин вважається пов'язаним з податковими питаннями.

17. Перед тим як відмовити у видачі запитувана Держава-учасниця, у відповідних випадках, проводить консультації з запитуючою Державою-учасницею з метою надання їй достатньої можливості для викладення її думки й надання інформації, що стосується викладених в її запиті фактів.

18. Держави-учасниці докладають зусиль для укладання двосторонніх й багатосторонніх договорів або досягнення домовленостей з метою здійснення або підвищення ефективності видачі.

Стаття 45. Передача засуджених осіб

Держави-учасниці можуть розглядати можливість укладання двосторонніх чи багатосторонніх договорів або досягнення домовленостей про передачу осіб, засуджених до тюремного ув'язнення або інших видів позбавлення волі за злочини, визначені цією Конвенцією, для відбування покарання на їхній території.

(…)

Стаття 47. Передача кримінального провадження

Держави-учасниці розглядають можливість взаємної передачі провадження з метою кримінального переслідування у зв'язку зі злочином, визначеним цією Конвенцією, у випадках, коли така передача відповідає інтересам здійснення правосуддя, зокрема, у випадках, коли зачіпаються кілька юрисдикцій, з метою об'єднання кримінальних справ». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (ООН, від 31.10.2003). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16]

10.1.32. Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму

(ООН, від 14.09.2005)

(ратифіковано Законом від 15.03.2006)

«Стаття 13

1. Злочини, указані в статті 2 [*про зазначені злочини див.: 261.1.2*], уважаються такими, що підлягають уключенню як злочини, що тягнуть видачу, до будь-якого договору про видачу, укладеного між будь-якими державами-учасницями до набуття чинності цією Конвенцією. Держави-учасниці зобов'язуються включити такі злочини як злочини, що тягнуть видачу, до всіх договорів про видачу, що будуть згодом укладатися між ними.

2. Коли держава-учасниця, яка обумовлює видачу наявністю договору, одержує прохання про видачу від іншої держави-учасниці, з якою вона не має договору про видачу, запитувана держава може за власним розсудом розглядати цю Конвенцію як правову підставу для видачі у зв'язку зі злочинами, зазначеними в статті 2. Видача здійснюється з дотриманням інших умов, передбачених законодавством запитуваної держави.

3. Держави-учасниці, які не обумовлюють видачі наявністю договору, розглядають у відносинах між собою злочини, зазначені в статті 2, як злочини, що тягнуть видачу, з дотриманням умов, передбачених законодавством запитуваної держави.

4. У разі необхідності злочини, указані в статті 2, розглядаються державами-учасницями для цілей видачі, ніби їх було вчинено не тільки в місці вчинення їх, а й на території держав, які встановили свою юрисдикцію відповідно до пунктів 1 і 2 статті 9.

5. Положення всіх договорів і домовленостей про видачу між державами-учасницями у зв'язку зі злочинами, зазначеними в статті 2, уважаються зміненими у відносинах між державами-учасницями настільки, наскільки вони не сумісні із цією Конвенцією.

(…)

Стаття 15

Жоден із злочинів, указаних у статті 2, не розглядається для цілей видачі або взаємної правової допомоги як політичний злочин або злочин, пов'язаний з політичним злочином, або злочин, викликаний політичними мотивами. Тому пов'язане з таким злочином прохання про видачу або взаємну правову допомогу не може бути відхилене лише на тій підставі, що воно стосуються політичного злочину або злочину, пов'язаного з політичним злочином, або злочину, викликаного політичними мотивами.

Стаття 16

Ніщо в цій Конвенції не повинно тлумачитися як таке, що накладає зобов'язання видавати яку-небудь особу чи надавати взаємну допомогу, якщо запитувана держава-учасниця має вагомі підстави вважати, що прохання про видачу у зв'язку зі злочинами, згаданими в статті 2, чи про взаємну правову допомогу стосовно таких злочинів має на меті судове переслідування чи покарання цієї особи через її расу, віросповідання, громадянство, етнічне походження чи політичні переконання, або, що задоволення цього прохання завдало б шкоди становищу цієї особи з кожної із цих причин». [Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму. (ООН, від 14.09.2005). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_d68]

10.1.33. Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників

(ООН, від 17.12.1979)

(приєднання Указом ПВР 3954-XI від 08.05.1987)

«Стаття 9

1. Прохання про видачу гаданого злочинця згідно з цією Конвенцією не може бути задоволене, якщо у держави-сторони, якій адресоване прохання про видачу, є достатні підстави вважати:

a) що прохання про видачу за вчинення злочину, зазначеного у статті 1, було подане з метою переслідування чи покарання особи з причин, пов'язаних з її расовою, релігійною, національною чи етнічною належністю або політичними поглядами; або

b) що позиції даної особи може бути завдана шкода:

i) з будь-якої з причин, зазначених у підпункті «a» цього пункту;

ii) з тієї причини, що відповідні власті держави, які мають право на здійснення права захисту, не можуть зв'язатися з нею.

2. Що стосується злочинів, зазначених у цій Конвенції, положення всіх договорів і угод про видачу, застосовуваних між державами-сторонами, змінюються у відносинах між державами-сторонами тією мірою, якою вони несумісні з цією Конвенцією.

Стаття 10

1. Злочини, зазначені у статті 1, вважаються такими, що належать до числа злочинів, які спричиняють видачу, й підлягають включенню до будь-якого договору про видачу, який існує між державами-сторонами. Держави-сторони зобов'язуються включати такі злочини, як злочини, що тягнуть за собою видачу, до будь-якого договору про видачу, що укладається між ними.

2. Якщо держава-сторона, яка обумовлює видачу наявністю договору, одержує прохання про видачу від іншої держави-сторони, з якою вона не має договору про видачу, вона може на свій розсуд розглядати цю Конвенцію щодо злочинів, зазначених у статті 1, як правову підставу для видачі. Видача проводиться згідно з іншими умовами, передбаченими законодавством держави, якій адресоване прохання про видачу.

3. Держави-сторони, які не обумовлюють видачу наявністю договору, розглядають у відносинах між собою злочини, зазначені у статті 1, як злочини, що мають наслідком видачу, відповідно до умов, передбачених законодавством держави, якій адресоване прохання про видачу.

4. Злочини, зазначені у статті 1, розглядаються державами-сторонами для видачі як такі, що були вчинені не лише в місці їх вчинення, а й на території держав, які зобов'язані встановити свою

юрисдикцію згідно з пунктом 1 статті 5». [Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників. (ООН, від 17.12.1979). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_087]

10.1.34. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 20 – Стаття 7 (заборона катувань або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання)»

(Сорок четверта сесія – 1992 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«9. По мнению Комитета, государства участники не должны подвергать лиц опасности применения пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания по их возвращении в другую страну посредством выдачи, высылки или возвращения (refoulement). В своих докладах государствам участникам следует указывать, какие меры приняты с этой целью». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 20 – Стаття 7 (заборона катувань або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання)» (Сорок четверта сесія – 1992 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

10.1.35. Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства

(ООН, від 26.11.1968)

«***Статья. III***

Государства-участники настоящей Конвенции обязуются принять все необходимые внутренние меры законодательного или иного характера, направленные на то, чтобы в соответствии с международным правом создать условия для выдачи лиц, указанных в статье II настоящей Конвенции». [Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства (ООН, від 26.11.1968). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_168]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ про екстрадицію та виконання вироків, винесених іноземними судами чи міжнародними судовими установами

10.2.1. Справа «Soering v. The United Kingdom»

«88. Навряд чи відповідало б основоположним цінностям Конвенції, а саме «спільній спадщині політичних традицій, ідеалів, свободи і верховенства права», про які йдеться в Преамбулі, якби Держави-учасники видавали злочинця, яким би жорстоким не був злочин, в якому він звинувачується, в який переховується від правосуддя, свідомо знаючи про наслідки, маючи вагомі підстави вважати, що він може бути підданий катуванню. Екстрадиція за таких обставин, хоча про це і не говориться прямо формі в стислому і загальному формулюванні статті 3, явно вступала б в суперечність із духом і очевидним змістом цієї статті, і, на думку Суду, розглядуване зобов'язання поширюється на випадки, коли злочинець, що переховується, зіткнувся б у Державі, в яку він буде виданий, з реальним ризиком стати жертвою нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання, що забороняються відповідно до цієї статті Конвенції». [Soering v. The United Kingdom (14038/88). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57619] (Неофіційний авторський переклад).

10.2.2. Справа «Chahal v. The United Kingdom»

«74. Висилка Державою – учасницею Конвенції може привести до порушення статті 3 і, отже, спричинити за собою відповідальність цієї держави в тих випадках, коли є вагомі підстави вважати, що особа в разі її висилки зіткнеться в Державі, куди буде вислана, з реальним ризиком піддатися поводженню, що суперечить статті 3 Конвенції. За таких обставинах стаття 3 має передбачати зобов'язання не висилати особу в таку країну». [Chahal v. The United Kingdom (22414/93). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58004] (Неофіційний авторський переклад).

10.2.3. Справа «Кабулов проти України»

«99. Суд зауважує, що в контексті екстрадиції та позитивних зобов'язань за статтею 2 Конвенції для дотримання своїх зобов'язань у сфері міжнародної правової співпраці Договірні сторони повинні брати до уваги зобов'язання, закріплені у зазначеному положенні Конвенції. Отже, за обставин, коли існують достатні підстави вважати, що зазначена особа у разі її екстрадиції може бути засуджена до смертної кари у приймаючій країні, стаття 2 передбачає зобов'язання не видавати особу. Крім того, якщо держава, що видає особу, свідомо піддає її такому високому ризику втрати життя, який є майже невідворотним, таку екстрадицію можна вважати «умисним позбавленням життя», яке забороняється статтею 2 Конвенції.

(…)

107. Екстрадиція, яка здійснюється Договірною державою, може потягнути за собою відповідальність за статтею 3 Конвенції у разі, якщо буде доведено наявність суттєвих підстав вважати, що в такому випадку особа наразиться в державі, якій її видають, на реальний ризик зазнати поводження, забороненого статтею 3. Встановлення такої відповідальності неминуче потребує оцінки умов у запитуючій державі та їхньої відповідності нормам статті 3 Конвенції. Для здійснення такої оцінки Суд вивчає усі надані йому матеріали або, за необхідності, матеріали, отримані proprio motu з інших міжнародних, національних, урядових та неурядових джерел. Суд повинен розглянути передбачувані наслідки видачі заявника до запитуючої країни, беручи до уваги загальну ситуацію в цій країні та особисті обставини заявника. У той же час, якщо доступні Суду джерела характеризують загальну ситуацію, то конкретні твердження заявника у тій чи іншій справі потребують підтвердження іншими доказами.

108. Жорстоке поводження підпадатиме під дію статті 3 Конвенції лише у разі досягнення певного мінімального рівня жорстокості, який є відносним та залежить від усіх обставин справи, таких як характер та контекст поводження або покарання, спосіб та метод його застосування, його тривалість та його фізичні та психічні наслідки. При оцінці умов тримання під вартою повинні враховуватися їхні сукупні наслідки, а також конкретні твердження заявника та тривалість такого тримання. Крім того, дипломатичні гарантії не звільняють Суд від обов'язку розглянути питання, чи дійсно вони забезпечували достатню гарантію того, що заявник буде захищений від ризику жорстокого поводження, забороненого Конвенцією». [Кабулов проти України (41015/04). https://minjust.gov.ua/files/26900]

10.2.4. Справа «A. v. The Netherlands»

«143. Суд хотів би ще раз підкреслити, що він гостро усвідомлює труднощі [в контексті питання підстав та порядку екстрадиції], з якими стикаються держави в захисті свого населення від терористичного насильства, і що тим важливіше підкреслити, що стаття 3 Конвенції закріплює одну з найбільш фундаментальних цінностей демократичних суспільства. На відміну від більшості основних положень Конвенції та протоколів № 1 і 4, стаття 3 не передбачає ніяких винятків і ніякий відступ від неї не допускається згідно зі статтею 15 пункт 2, незважаючи на існування надзвичайного стану, що загрожує життю нації. Навіть у найскладніших обставинах, таких як боротьба з тероризмом, і незалежно від поведінки відповідної особи, Конвенція в абсолютно визначених формулюваннях забороняє тортури і нелюдські або такі, що принижують гідність, види поводження і покарання». [A. v. The Netherlands (4900/06). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–100038] (Неофіційний авторський переклад).

10.2.5. Справа «X. contre la Republique Federale D'allemagne»

«EN DROIT

(…) Підпункт a) пункту 1 статті 5 не містить жодної різниці, заснованої на територіальному розташуванні суду, який виніс рішення; (…) отже, він прямо не забороняє виконання Державою-учасницею вироку, який призначає тюремне ув'язнення, винесеного проти особи за межами території цієї Держави». [X. contre la Republique Federale D'allemagne (1322/62). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–27875] (Неофіційний авторський переклад).

10.2.6. Справа «Солдатенко проти України»

«66. У своїй практиці Суд уже визначив, що екстрадиція особи Договірною державою може стати підставою для порушення питання про застосування статті 3 [Конвенції] і, отже, про відповідальність цієї держави за Конвенцією, якщо доведено наявність суттєвих підстав вважати, що в разі екстрадиції така особа наразиться в державі, якій її видають, на реальний ризик зазнати поводження, забороненого статтею 3 [Конвенції]. Визначення такої відповідальності неминуче потребує оцінки умов у запитуючій країні з погляду вимог статті 3 Конвенції. Однак питання не полягає в оцінці або встановленні відповідальності запитуючої країни згідно із загальним міжнародним правом, Конвенцією чи якимсь іншим договором. Відповідальність, яка при цьому визначається або може бути визначена згідно з Конвенцією, – це відповідальність запитуваної Договірної держави, яка видає особу за дії, вчинення яких стає безпосередньою причиною того, що особа наражається на ризик зазнати забороненого нелюдського поводження.

67. З'ясовуючи, чи було доведено існування у випадку видачі заявника реального ризику, що він зазнає поводження, забороненого статтею 3, Суд [завжди] має проаналізувати це питання у світлі всіх наданих йому матеріалів і, якщо необхідно, у світлі матеріалів, здобутих ним самостійно (proprio motu). (…) Суд має розглянути передбачувані наслідки видачі заявника до запитуючої країни, беручи до уваги загальну ситуацію в цій країні та особисті обставини заявника.

Оцінюючи з цією метою загальну ситуацію в конкретній країні, Суд, як правило, надавав значення інформації, яка міститься в останніх доповідях таких незалежних міжнародних правозахисник асоціацій, як Міжнародна Амністія, або яку було отримано від урядових джерел, включаючи Державний департамент США. Водночас Суд уже визначив, що сама лише ймовірність зазнати поганого поводження у зв'язку з неврегульованою ситуацією в запитуючій країні не спричиняє порушення статті 3, і якщо доступні Суду джерела характеризують загальну ситуацію, то конкретні твердження заявника у тій чи іншій справі потребують підтвердження іншими доказами.

68. На думку Суду, коли заявник стверджує, що він є членом групи, стосовно якої систематично практикується погане поводження, починають діяти гарантії захисту статті 3, якщо заявник доведе – за необхідності, за допомогою джерел, згаданих у попередньому пункті, – що є серйозні підстави визнати існування такої практики та його належність до групи, про яку йдеться». [Солдатенко проти України (2440/07). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_504]

§3. Рішення ЄСПЛ

про екстрадицію та виконання вироків, винесених іноземними судами чи міжнародними судовими установами

10.3.1. Справа «Пузан проти України»

Фактичні обставини:

Заявник був двічі засуджений в Республіці Білорусь за вчинення злочинів, пов'язаних з обігом наркотиків. Удруге, в 2004 році, йому було призначено покарання у виді чотирьох років і трьох місяців позбавлення волі. Після відбуття частини призначеного строку позбавлення волі його було звільнено достроково.

1 квітня 2006 року Совєтський районний відділ МВС м. Мінська порушив щодо заявника кримінальну справу за підозрою в незаконному придбанні психотропної речовини (пункт 1 статті 328 Кримінального кодексу Республіки Білорусь).

12 червня 2006 року державні органи Білорусі оголосили заявника в міжнародний розшук.

29 вересня 2008 року начальник УВС адміністрації Совєтського району м. Мінська надіслав клопотання до Управління карного розшуку ГУ МВС України в Автономній Республіці Крим щодо затримання заявника і тримання його під вартою до екстрадиції до Республіки Білорусь.

Того самого дня заявника затримали працівники Залізничного районного відділу Сімферопольського МУ ГУМВС України в Автономній Республіці Крим.

30 вересня 2008 року Залізничний районний суд м. Сімферополя (далі – районний суд) прийняв постанову про застосування до заявника запобіжного заходу у виді тримання під вартою строком на сорок діб з метою екстрадиції до Республіки Білорусь.

17 жовтня 2008 року заступник Генерального прокурора Республіки Білорусь звернувся до Генерального прокурора України із запитом про екстрадицію заявника до Республіки Білорусь. Запит містив такі гарантії: без згоди Генерального прокурора України заявника не притягатимуть до кримінальної відповідальності за злочин, який було вчинено до екстрадиції; його не буде вислано до третьої країни без згоди Генерального прокурора України; його не буде піддано катуванню, нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню; після припинення кримінального провадження, а в разі призначення покарання – після його відбуття заявник зможе безперешкодно виїхати з території Республіки Білорусь; заявника не переслідуватимуть за політичними, расовими, релігійними чи етнічними ознаками.

Заявник скаржився, що у випадку екстрадиції йому загрожуватиме жорстоке поводження і явне незабезпечення правосуддя з боку органів влади Республіки Білорусь. Заявник вважав, що загальна ситуація з дотриманням прав людини в Республіці Білорусь дає йому достатньо серйозні підстави для побоювань. Він посилався на статтю 3 і пункт 1 статті 6 Конвенції.

Рішення ЄСПЛ:

«34. Зважаючи на обставини справи, що розглядається, Суд зазначає, що наявні міжнародні документи свідчать про серйозне занепокоєння з приводу ситуації з дотриманням прав людини в Республіці Білорусь і, зокрема, політичних прав і свобод. Але посилання на загальну ситуацію щодо дотримання прав людини в певній країні не може само по собі служити підставою для відмови в екстрадиції. З цього приводу Суд зазначає, що заявник не стверджує про свою залежність до політичної опозиції, представників якої загально визнано особливо уразливою категорією осіб в Республіці Білорусь, або до будь-якої іншої подібної групи осіб. Не посилається він і на будь-які індивідуальні обставини, які могли б служити обґрунтуванням його побоювань щодо жорстокого поводження і несправедливого судового розгляду. Особливо слід відзначити, що ані у своїх первісних доводах, ані у відповіді на зауваження Уряду [України] заявник не стверджував, що під час його попередніх кримінальних переслідувань в Республіці Білорусь були ті чи інші обставини, якими можна було б обґрунтувати наявність серйозного ризику зазнати жорстокого поводження або несправедливого судового розгляду в майбутньому.

35. Отже, на думку Суду, заявник не обґрунтував своїх скарг на те, що його екстрадиція до Республіки Білорусь становитиме порушення статей 3 і 6 Конвенції. Таким чином, ця частина заяви є явно необґрунтованою і має бути відхилена відповідно до пунктів 3 і 4 статті 35 Конвенції». [Пузан проти України (51243/08) http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_840]

10.3.2. Справа «Маматкулов та Абдурасуловік проти Туреччини»

Фактичні обставини:

Заявники – громадяни Узбекистану, Рустам Маматкулов (1959 р. н.) та Аскар Абдурасуловік (1971 р. н.). Вони є членами Партії ЄРК – опозиційної партії в Узбекистані.

3 березня 1999 року перший заявник, п. Маматкулов, прибув до Стамбула з Алма-Ати (Казахстан) за туристичною візою. Він був заарештований турецькою поліцією в аеропорту Ататурк (Стамбул) на підставі міжнародного ордера на арешт і доставлений до в'язниці за підозрою у вчиненні вбивства, спричиненого вибухом бомби в Узбекистані, а також і спробі вчинити терористичний напад на Президента Узбекистану. Органи влади Узбекистану вимагали екстрадиції заявника на підставі двосторонньої угоди з Туреччиною.

Другий заявник, п. Абдурасуловік, прибув до Туреччини 13 грудня 1998 року за фальшивим паспортом. 5 березня 1999 року, відповідаючи на вимогу екстрадиції заявника до Узбекистану, турецька поліція заарештувала його та супроводила до в'язниці. Він підозрювався у вбивстві, вчиненому в Узбекистані з використанням вибуху бомби, а також у спробі вчинити терористичний напад на Президента Узбекистану.

18 березня 1999 року ЄСПЛ вказав Уряду Туреччини, що відповідно до правила 39 (тимчасові заходи) Регламенту ЄСПЛ було б бажано в інтересах сторін, а також для точного виконання процедур не проводити екстрадицію заявника до Узбекистану до розгляду цієї заяви на черговому засіданні Суду 23 березня 1999 року. 19 березня 1999 року Кабінет Міністрів Туреччини прийняв

постанову про екстрадицію заявника. 23 березня 1999 року ЄСПЛ вирішив застосувати тимчасові заходи щодо заявника до розгляду його справи.

27 березня 1999 року обидва заявники, п. Маматкулов та п. Абдурасуловік, були передані органам влади в Узбекистані. У рішенні від 28 червня 1999 року Верховний суд Узбекистану дійшов висновку про винність заявників в інкримінованих їм злочинах та визначив їм покарання у вигляді відповідно 20 та 11 років позбавлення волі.

Представники заявників стверджують, що з часу, який минув від дня екстрадиції, вони не мали жодних відомостей про п. Маматкулова та п. Абдурасуловіка.

Рішення ЄСПЛ:

(переклад з англійської мови НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України)

«Суд вкотре наголосив на тому, що право на індивідуальне звернення було одним із наріжних каменів механізму захисту прав та свобод, встановленого Конвенцією.

Відповідно до ст. 34 Конвенції заявникам було надано право на виконання їхнього права на індивідуальне звернення. Це означає, що держави-учасниці не повинні перешкоджати ефективному розгляду заяв Судом. Більше того, заявнику, котрий скаржився на порушення ст. 34 Конвенції, було надано право на ефективний розгляд Судом заяви про те, що запропонована екстрадиція або видворення призводила до порушення ст. 3 Конвенції. Вказівки Суду щодо вжиття Урядом Туреччини тимчасових заходів до заявників (відтермінування їх видворення) відповідно до правила 39 Регламенту Суду, були спрямовані на те, щоб уможливити ефективний розгляд заяви та забезпечити ефективний захист, встановлений Конвенцією. Вони також дозволили Комітету Міністрів взяти на себе обов'язок нагляду за виконанням остаточного рішення Суду. Таким чином, застосування Судом правила 39 Регламенту Суду відтермінувало здійснення обов'язку держави щодо виконання остаточного рішення Суду згідно зі ст. 46 Конвенції (обов'язкова сила судових рішень та їх виконання).

Той факт, що заявники не змогли взяти участь у процедурах чи мати розмову з їх представниками, перешкодив їм опонувати аргументам Уряду щодо фактів та одержувати докази під час розгляду їх справи Судом. З огляду на обов'язок держав-учасниць утриматися від дій, які ускладнювали б виконання остаточного рішення Суду (ст. 46), а також зважаючи на вищесказане, Суд постановив, що екстрадиція п. Маматкулова та п. Абдурасуловіка, незважаючи на рішення Суду вжити тимчасових заходів щодо заявників відповідно до правила 39, унеможливила реалізацію заявниками права на індивідуальне звернення.

Суд дійшов висновку, що будь-яка держава-учасниця Конвенції, котрій Судом призначено вжити тимчасових заходів (для того, аби уникнути заподіяння значної шкоди особі, котра заявила про порушення її прав, передбачених Конвенцією), зобов'язана виконати вказівки Суду й утриматися від будь-якої дії чи бездіяльності, які б зашкодили ефективності остаточного рішення Суду у справі. Отже, утримавшись від виконання тимчасових заходів – невидворення заявників до моменту постановлення Судом остаточного рішення у справі – Туреччина порушила ст. 34 Конвенції». [Маматкулов та Абдурасуловік проти Туреччини (06.02.2003) http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_174]

10.3.3. Справа «Коктиш проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«64. Суд також зазначає, що в доповідях міжнародних і неурядових організацій ідеться про порушення прав людини в Білорусі і, зокрема, про жорстоке поводження та катування. Хоча посилання на загальну ситуацію щодо стану дотримання прав людини в певній країні не може саме по собі слугувати підставою для відмови в екстрадиції, у цій справі існують докази, які підтверджуються висновками білоруських судів, про те, що заявник уже зазнав жорстокого поводження з боку державних органів Республіки Білорусь. Уряд не довів, що стосовно заявника ця ситуація змінилася настільки, що це дає змогу виключити будь-яку ймовірність жорстокого поводження

в майбутньому. Отже, Суд не може погодитися з Урядом у тому, що запевнення, надані в цій справі, можуть бути достатньою гарантією проти серйозного ризику жорстокого поводження в разі екстрадиції заявника.

65. Отже, у разі видачі заявника в Республіку Білорусь було б порушення статті 3 Конвенції». [Коктиш проти України (43707/07). https://minjust.gov.ua/files/25746]

10.3.4. Справа «Дубовик проти України»
(Див.: 371.3.21)

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 10 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

10.4.1. Загальне правило видачі правопорушників Україною згідно з ч. 2 ст. 10 КК та міжнародними договорами (див.: 10.1.4 – ст. 2):

a) можуть бути видані лише іноземці та особи без громадянства;

b) ці особи вчинили злочини поза межами України і перебувають на території України;

c) злочини, які вчинили ці особи, караються позбавленням волі на максимальний строк не менше одного року або більш суворим покаранням як за КК України, так і за кримінальним законодавством запитуючої країни;

d) між Україною та запитуючої країною укладений договір про видачу правопорушників.

10.4.2. Спеціальні правила видачі правопорушників, що передбачені окремими (тематичними) конвенціями і поширюються на такі злочини:

– виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою використання при продажу товарів, збуту або збут підроблених грошей (*див.: 10.1.1*);
– торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини *(див.: 10.1.3);*
– злочини у сфері обігу наркотичних засобів *(див.: 10.1.9 – ст. 36; 10.1.22 – ст. 6);*
– угон або захоплення повітряного судна *(див.: 10.1.11 – ст. 8);*
– незаконні акти, спрямовані проти безпеки цивільної авіації *(див.: 10.1.13 – ст. 8);*
– злочини проти осіб, які користуються міжнародним захистом *(див.: 10.1.16 – ст. 8);*
– злочини, спрямовані проти безпеки морського судноплавства *(див.: 10.1.20 – ст. 8);*
– злочини насильницького зникнення *(див.: 10.1.21 – ст. 13);*
– найманство *(див.: 447.1.1 – ст. 15);*
– злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист *(див.: 10.1.25 – ст. 15);*
– злочини, що підпадають під дію Рамкової Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності *(див.: 10.1.26 – ст. 6);*
– корупційні злочини *(див.: 10.1.27 – ст. 27; 10.1.31 – ст. 44);*
– злочини, що підпадають під дію Факультативного протоколу до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії *(див.: 10.1.28 – ст. 5);*
– злочини, що підпадають під дію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності *(див.: 10.1.29 – ст. 16);*
– злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку *(див.: 10.1.30 – ст. 16);*
– незаконне виготовлення ядерного вибухового пристрою чи пристрою, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію *(див.: 10.1.32 – ст. 13).*

10.4.3. При застосування вказаних вище загального і спеціальних правил слід постійно звіряти їх з положеннями міжнародних договорів, що забороняють видачу правопорушників:

a) видача особи не здійснюється, якщо правопорушення, у зв'язку з яким вона запитується, розглядається Україною як політичне правопорушення або правопорушення, пов'язане з політичним правопорушенням *(див.: 10.1.4 – ст. 3);*

a1) не розглядаються як політичні такі злочини, вчинені на території запитуючої країни:
– геноцид *(див.: 10.1.2 – ст. VII; 10.1.5 – ст. 1);*
– вбивство або замах на вбивство глави держави *(див.: 10.1.4 – ст. 3);*
– вбивство або замах на вбивство члена сім'ї глави держави *(див.: 10.1.4 – ст. 3)*;

– порушення законів та звичаїв війни, які не передбачені у положеннях Женевських конвенцій *(див.: 10.1.5 – ст. 1);*

– будь-які аналогічні порушення законів та звичаїв війни, які не передбачені у вищезазначених положеннях Женевських конвенцій *(див.: 10.1.5 – ст. 1);*

– злочини апартеїду *(див.: 10.1.15 – ст. XI);*

– угон або захоплення повітряного судна *(див.: 10.1.17 – ст. 1);*

– незаконні акти, спрямовані проти безпеки цивільної авіації *(див.: 10.1.17 – ст. 1);*

– злочин проти осіб, які користуються міжнародним захистом *(див.: 10.1.17 – ст. 1);*

– захоплення заручників *(див.: 10.1.17 – ст. 1);*

– злочин, що підпадає під дію Конвенції про фізичний захист ядерного матеріалу *(див.: 10.1.17 – ст. 1; 261.1.1 – ст. 11A);*

– злочин, що підпадає під дію Протоколу про боротьбу з незаконними актами насильства в аеропортах, що обслуговують міжнародну цивільну авіацію *(див.: 10.1.17 – ст. 1);*

– злочин, що підпадає під дію Конвенції про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства *(див.: 10.1.17 – ст. 1);*

– злочин, що підпадає під дію Протоколу про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки стаціонарних платформ, розташованих на континентальному шельфі *(див.: 10.1.17 – ст. 1);*

– злочин, що підпадає під дію Міжнародної конвенції про боротьбу з бомбовим тероризмом *(див.: 10.1.17 – ст. 1);*

– злочин, що підпадає під дію Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму *(див.: 10.1.17 – ст. 1);*

– злочин насильницького зникнення *(див.: 10.1.21 – ст. 13);*

b) видача особи не здійснюється, якщо правопорушення, у зв'язку з яким вона запитується, за законодавством запитуючої сторони є військовим правопорушенням *(див.: 10.1.4);*

b1) видача правопорушників за вчинення загальнокримінальних правопорушень, що також є військовими правопорушеннями, може бути здійснено Україною лише за умови, якщо особу, видача якої запитується, не буде піддано кримінальному переслідуванню за військовим правом або законом *(див.: Закон від 16.01.1998 «Про ратифікацію Європейської конвенції про видачу правопорушників* (…);

c) видача не здійснюється, якщо судом України прийнято остаточне рішення щодо відповідної особи у зв'язку із правопорушенням (правопорушеннями), за яке вимагається видача *(див.: 10.1.4 – ст. 9);*

d) видача не здійснюється, якщо було постановлене остаточне судове рішення в третій державі щодо відповідної особи у зв'язку із правопорушенням (правопорушеннями), за яке вимагається видача *(див.: 10.1.4 – ст. 9);*

e) видача не здійснюється, якщо закінчилися строки давності переслідування чи покарання особи, видача якої запитується, відповідно до законодавства запитуючої країни *(див.: 10.1.4 – ст. 10);*

f) видача не здійснюється, якщо правопорушення, за яке вимагається видача, карається смертною карою за законодавством запитуючої країни *(див.: 10.1.4 – ст. 11);*

g) видача не здійснюється за правопорушення, пов'язані з податками, зборами, митом та валютою (крім випадків, коли таке правопорушення, за КК України відповідає правопорушенню такого самого характеру за законодавством запитуючої країни) *(див.: 10.1.4 – ст. 5);*

h) видача не здійснюється за правопорушення, щодо якого в Україні була проголошена амністія *(див.: 10.1.6 – ст. 4);*

i) видача не здійснюється, якщо є серйозні підстави вважати, що в запитуючій країні правопорушнику може загрожувати застосування катувань *(див.: 10.1.10 – ст. 3)*.

10.4.4. У питаннях видачі іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності і віддання до суду осіб відповідно до ст. 10 КК України пріоритетне значення серед інших міжнародних договорів має Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом (ETS N 90).

Підстава для висновку:

1. «Україна заявляє, що вона вважатиме цю Конвенцію правовою підставою для співробітництва з питань видачі правопорушників у відносинах з Договірними Державами в разі відсутності міжнародного договору про видачу правопорушників» *(Закон від 20.09.2006 «Про ратифікацію Протоколу, що вносить зміни до Європейської конвенції про боротьбу з тероризмом»)*.

2. Стаття 3 Європейської конвенції про боротьбу з тероризмом (ETS N 90) наголошує: «Положення всіх договорів про видачу правопорушників та домовленостей, що застосовуються між Договірними Державами, включаючи Європейську конвенцію про видачу правопорушників, замінюються у відносинах між Договірними Державами цією Конвенцією в тій мірі, в якій вони їй суперечать».

10.4.5. Про особливості виконання вироків, винесених міжнародними судовими установами (*Див.: ХХ.1.6.)*

10.4.6. Унеможливлено переймання кримінального провадження, а також видача особи (екстрадиція) державі, компетентними органами якої ця особа розшукується для притягнення до кримінальної відповідальності або виконання вироку за вчинення деяких злочинів проти людяності.

(Див.: 4.4.2).

10.4.7. Практика скорочення строку перебування під вартою на підставі часткового визнання вироків іноземних судів, що склалася в окремих судах України, суперечить Конвенції 1983 р.

«Можливість часткового визнання і виконання вироків іноземних судів Конвенцією 1983 р. не передбачена. Відповідно до пункту «е» ч. 1 ст. 3 цієї Конвенції засуджену особу може бути передано тільки якщо дія або бездіяльність, на підставі якої було винесено вирок, є кримінальним злочином згідно із законодавством держави виконання вироку або була б кримінальним злочином у разі вчинення на її території.

Органи держави виконання вироку на підставі статей 10 або 11 Конвенції 1983 р. можуть співвідносити міру покарання з мірою покарання за внутрішнім законодавством за аналогічний злочин, однак вони не можуть частково або повністю не виконати вирок з посиланням на відсутність аналогічного злочину.

Завжди може мати місце ситуація, коли відсутність аналогічного злочину у законі держави виконання вироку виявляється не на стадії до, а тільки після передачі засудженого в державу виконання вироку. У такому випадку відповідно до рекомендацій Європейського комітету Ради Європи з питань злочинності (органу, який на підставі ст. 23 Конвенції 1983 р. уповноважений отримувати інформацію від держав щодо її застосування і сприяти вирішенню труднощів у зв'язку з її застосуванням) належним виходом мало би бути не звільнення особи з-під варти, а скасування передачі і повернення особи в державу винесення вироку» («Конвенція про передачу засуджених осіб, Додаткові протоколи до Конвенції про передачу засуджених осіб. Пояснювальні записки». – PC-OC/INF 67 від 3 вересня 2003 р.[1])

10.4.8. Стаття 10 КК України не передбачає передачу осіб, які страждають психічними розладами, для проведення примусового лікування.

(Див.: 92.4.2)

10.4.9. Посилання на загальну ситуацію щодо дотримання прав людини в певній країні не може само по собі служити підставою для відмови в екстрадиції.

(Див.: 10.3.1)

10.4.10. Правова позиція ЄСПЛ: екстрадиція, проведена без застосування тимчасових заходів, визнана порушенням ст. 34 Конвенції.

(Див. 10.3.2)

10.4.11. Правова позиція ЄСПЛ: видача іноземній державі особи, яка раніше зазнала жорстокого поводження з боку державних органів цієї держави, порушує ст. 3 Конвенції

(Див. 10.3.3)

[1] Практика застосування судами міжнародних договорів України щодо визнання і виконання вироків іноземних судів. URL: // https://goo.gl/o2eJM9.

10.4.12. Правова позиція ЄСПЛ: незаконним є затримання і тримання під вартою з метою екстрадиції особи, якій в Україні надано статус біженця

(Див. 10.3.4)

10.4.13. Хоча в Конвенції відсутні положення щодо захисту прав людини під час видачі іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності і віддання до суду, судова практика ЄСПЛ дозволяє окреслити підстави, за якими цей Суд визнає окремі випадки видачі такими, що порушують ст. 3 Конвенції:

– якщо Держава-учасник видала злочинця, маючи вагомі підстави вважати, що він може бути підданий катуванню *(див.: 10.2.1; 10.2.2)*;

– якщо Держава-учасник видала злочинця, маючи вагомі підстави вважати, що він може зіткнувся з реальним ризиком стати жертвою нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання *(див.: 10.2.1; 10.2.2; 10.2.4; 10.2.6)*;

– коли існують достатні підстави вважати, що вона у разі її екстрадиції може бути засуджена до смертної кари у приймаючій країні *(див.: 10.2.3)*.

Розділ ІІІ. ЗЛОЧИН, ЙОГО ВИДИ ТА СТАДІЇ

Стаття 11. Поняття злочину

1. Злочином є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину.

2. Не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі.

§1. Норми міжнародного права
щодо поняття злочину

11.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«Стаття 6. Право на справедливий суд

1. Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Судове рішення проголошується публічно, але преса і публіка можуть бути не допущені в зал засідань протягом усього судового розгляду або його частини в інтересах моралі, громадського порядку чи національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або – тією мірою, що визнана судом суворо необхідною, – коли за особливих обставин публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя.

2. Кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку.

3. Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права:

a) бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього;

b) мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту;

c) захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя;

d) допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення;

e) якщо він не розуміє мови, яка використовується в суді, або не розмовляє нею, – одержувати безоплатну допомогу перекладача». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

11.1.2. Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем
(ПАРЄ, Резолюція 1096 (1996)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«7. Асамблея також рекомендує, щоб злочинні діяння, вчинені окремими особами під час комуністичного тоталітарного режиму, переслідувалися та каралися згідно з нормами кримінального законодавства. Якщо кримінальне законодавство передбачає строк давнини кримінального переслідування, цей строк може бути продовжений, тому що це лише процедурне, а не матеріальне питання. Однак прийняття та застосування зворотного кримінального законодавства не до-

зволяється. З іншого боку, дозволяється притягати до відповідальності в судовому порядку та карати будь-яку особу за будь-яку дію або бездіяльність, яка на момент її здійснення не була кримінальним правопорушенням відповідно до національного законодавства, але вважалася ним відповідно до загальних правових принципів, що визнаються цивілізованими країнами. Крім того, якщо особою були явно порушені права людини, твердження цієї особи про те, що вона зробила це за наказом, не виключає ані незаконності її дій, ані її особистої провини». [Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем. (ПАРЄ Резолюція 1096 (1996). http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=16507&lang=EN]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення в рішеннях ЄСПЛ щодо поняття злочину

11.2.1. Справа «Schmautzer v. Austria»

«27. Для того щоб визначити кримінальний характер правопорушення в сенсі Конвенції, важливо спочатку з'ясувати, чи стосується закон, що передбачає відповідальність за це правопорушення, галузі кримінального права по правовій системі Держави-відповідача; потім потрібно дослідити «саму природу правопорушення» і ступінь тяжкості санкцій, що накладаються за його вчинення». [Schmautzer v. Austria (15523/89). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57945] (Неофіційний авторський переклад).

11.2.2. Справа «Escoubet v. Belgium»

«36. Що стосується природи і суворості санкцій, Суд повторює, що відповідно до звичайного значення понять, за загальним правилом, до галузі кримінального права належать правопорушення, за які передбачено покарання для надання, зокрема, попереджувального ефекту, і якими зазвичай є позбавлення волі і штрафи, за винятком тих, які за своєю природою, строками або умовами виконання не можуть заподіяти значної шкоди». [Escoubet v. Belgium (26780/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58336] (Неофіційний авторський переклад).

11.2.3. Справа «Hozee v. The Netherlands»

«44. (…) фіскальний штраф або податкова пеня за певних обставин можуть розглядатися як кримінальне обвинувачення у значенні пункту 1 статті 6 Конвенції». [Hozee v. The Netherlands (81/1997/865/1076). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58170] (Неофіційний авторський переклад).

11.2.4. Справа «Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey»

«36. Суд нагадує, що відповідно до його прецедентної практики, стаття 7 Конвенції включає, зокрема, принцип, що лише закон може визначати злочин і призначити покарання (nullum crimen, nulla poena sine lege) та принцип, згідно з яким закон не слід тлумачити розширено на шкоду звинуваченого, наприклад, за аналогією. З цих принципів випливає, що правопорушення та передбачені для нього санкції повинні бути чітко визначені в законі. Ця вимога виконується, коли особа може знати з формулювання відповідного положення та за необхідності за допомогою інтерпретації судами його суті, які вчинки та бездіяльність загрожують йому кримінальною відповідальністю». [Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey (23536/94 and 24408/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58276] (Неофіційний авторський переклад).

11.2.5. Справа «J. B. v. Switzerland»

44. Суд повторює, що поняття «кримінальне обвинувачення» у значенні статті 6 є автономним. У своїй попередній практиці Суд встановив, що існує три критерії, які слід брати до уваги при вирішенні питання про те, чи було особу «обвинувачено в кримінальному злочині» для цілей статті 6 Конвенції. Це класифікація правопорушення відповідно до національного законодавства, характер злочину та характер і ступінь тяжкості покарання, якого ця особа ризикує зазнати». [J. B. v. Switzerland (31827/96). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–59449] (Неофіційний авторський переклад).

11.2.6. Справа «Malige v. France»

«39. Що стосується ступеня тяжкості, Суд підкреслює, що позбавлення права керувати транспортним засобом може спричинити тимчасове припинення дії посвідчення водія автотранспортного засобу. Не викликає сумнівів, що право керування транспортним засобом приносить велику користь для повсякденного життя, а також для професійної діяльності. Суд, як і Комісія, робить з цього висновок про те, що хоча позбавлення права керування транспортним засобом має превентивну властивість, ця санкція також має попереджувальний і каральний характер, а отже, є видом покарання. Воля законодавця відокремити покарання у вигляді позбавлення права керувати транспортним засобом від інших покарань, що застосовуються суддею в кримінальних справах, не може змінити його характер.

40. Таким чином, Суд, як і Комісія, робить висновок, що пункт 1 статті 6 Конвенції застосовується». [Malige v. France (68/1997/852/1059). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58236] (Неофіційний авторський переклад).

11.2.7. Справа «Сергій Золотухін проти Росії»

«53. Відповідно до усталеної прецедентної практики Суду, існують три критерії, широко відомі як «критерії Енгеля», які повинні враховуватися при визначенні того, було чи не було у справі висунуте «кримінальне обвинувачення». Першим критерієм є правова кваліфікація правопорушення відповідно до національного права, другим – сам характер правопорушення, а третім – ступінь суворості покарання, яке може бути застосоване до винної особи. Другий і третій критерії є альтернативними і не повинні обов'язково застосовуватися у сукупності. Це однак не виключає застосування кумулятивного підходу, коли окремий аналіз кожного критерію не дозволяє зробити однозначний висновок про існування кримінального обвинувачення». [Сергій Золотухін проти Росії (14939/03) ECHR 2009-II. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117760]

§3. Рішення ЄСПЛ щодо визначення поняття злочину (поняття кримінального обвинувачення)

11.3.1. Справа «Lauko v. Slovakia»

Фактичні обставини:

11 травня 1994 року місцеве відділення словацької поліції встановило, що заявник скоїв незначне правопорушення відповідно до розділу 49 (1) (d) Закону про дрібні правопорушення (бездоказово звинуватив сім'ю Б. в заподіянні йому шкоди). Це рішення було засноване на фактах, які були встановлені під час розгляду в місцевому відділенні поліції. Заявник був оштрафований на 300 словацьких крон (СКК). 16 серпня 1994 року заявник подав скаргу до Конституційного суду, в якій стверджував, що в порушення статті 6 Конвенції в його справі не було справедливих і публічних слухань і що адміністративні органи, що займалися цією справою, не були безсторонніми. 24 листопада 1994 року Конституційний суд Словаччини відхилив скаргу заявника як явно необґрунтовану.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«58. … Штраф, накладений на заявника як покарання для стримування повторного вчинення правопорушення. Він має каральний характер, який є звичайною рисою кримінальних покарань.

Уряд стверджував, що дрібне правопорушення має кілька особливостей, які відрізняють його від правопорушень у рамках кримінального права stricto sensu. Однак ознаки злочину, на які вказує уряд, такі як той факт, що вчинення злочину карається позбавленням волі і тягне судимість, не мають вирішального значення для кваліфікації скоєного як злочину з метою застосування ст. 6 Конвенції.

Загального характеру юридичного становища, порушеного заявником, разом зі стримуючим і каральним призначенням покарання, накладеного на нього, досить, щоб стверджувати, що правопорушення, що розглядається, відповідно до ст. 6 Конвенції має кримінальний характер.

(…)

59. У світлі вищесказаного Суд вважає, що стаття 6 п. 1 застосовна в цій справі.

(…)

64. …Хоча звинувачення і покарання дрібних правопорушень адміністративним органам не суперечить Конвенції, слід підкреслити, що заявник повинен мати можливість оскаржувати будь-яке рішення в суді, який забезпечує гарантії ст. 6 Конвенції.

Беручи до уваги вищесказане, Суд вважає, що мало місце порушення права заявника на слухання незалежним та безстороннім судом.

65. Відповідно, мало місце порушення п. 1 ст. 6 Конвенції». [Lauko v. Slovakia (4/1998/907/1119). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58234]

11.3.2. Справа «Надточій проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«21. Суд зазначає, що Уряд визнав карний кримінально-правовий характер Кодексу про адміністративні правопорушення, проте заперечував проти того, що Митний кодекс має аналогічний характер. На думку Суду, основною метою Митного кодексу дійсно є регулювання економічних питань, проте, якщо взяти до уваги положення цього кодексу, зазначені у розділі «Відповідне національне законодавство», Митний кодекс також регулює відносини, пов'язані з митними правопорушеннями. Суд звертає увагу на те, що розділ VII містить норми щодо контрабанди та посилання на кримінальне законодавство, а розділ VIII, положення якого застосовуються у справі заявника, стосується порушень митних правил. У цьому зв'язку необхідно зазначити, що у розділі 2 Кодексу про адміністративні правопорушення чітко визначається відповідальність за порушення митних правил, а стаття 139 Митного кодексу містить положення про адміністративні стягнення, такі як попередження, штраф та конфіскація. Останні два стягнення застосовуються за порушення митних правил згідно зі статтями 112 та 113 Митного кодексу. Ґрунтуючись на зазначеному вище, Суд не вбачає істотної різниці між Кодексом про адміністративні правопорушення, який, на думку Уряду, має карний кримінально-правовий характер, та розділом VIII Митного кодексу, який стосується окремих видів митних правопорушень, які також можна визначити як адміністративні правопорушення. Суд також не поділяє думки Уряду, що положення Митного кодексу, які застосовуються у справі заявника, пов'язані з договірними зобов'язаннями. Суд зазначає, що ці положення Митного кодексу безпосередньо поширюються на всіх громадян, які перетинають кордон та регулюють їх поведінку шляхом застосування стягнень (штраф та конфіскація), які є як покаранням, так і стримуванням від порушення. Таким чином, митні правопорушення, які розглядаються, мають ознаки, притаманні «кримінальному обвинуваченню» у значенні статті 6 Конвенції. Що стосується покарання (конфіскація), яке фактично було застосовано до заявника, Суд зазначає, що таке стягнення передбачається двома кодексами – Кодексом про адміністративні правопорушення та Митним кодексом як вид покарання за вчинення правопорушень (основний або додатковий). В будь-якому випадку, незалежно від характеристики суті цього стягнення, факти свідчать, що заявник зазнав значної шкоди у зв'язку із застосуванням до нього цього стягнення.

22. Таким чином, Суд вважає, що ця справа за своєю суттю є кримінальною, а також, що зазначені митні адміністративні правопорушення фактично мали кримінальний характер та повністю підпадають під гарантії статті 6 Конвенції». [Надточій проти України (7460/03). https://minjust.gov.ua/files/1036]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 11 КК України *(дивись коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

11.4.1. ЄСПЛ відмежування злочину від іншого правопорушення пов'язує не тільки з формальним (діяння передбачено кримінальним законом) і матеріальним (суспільна небезпечність діяння)

критеріями, але також з критерієм тяжкості санкції (тяжкості покарання) за відповідне правопорушення.

(див.: 11.2.1–11.2.7; 11.3.1 та 11.3.2; 296.4.2)

ЄСПЛ прямо вказує на те, що санкція у вигляді штрафу в певному розмірі може бути визнана ознакою кримінальної відповідальності, навіть якщо відповідне діяння не передбачено національним кримінальним законом.

Принагідно зауважимо, мінімальний розмір штрафу як покарання за вчинений злочин становить тридцять неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ч. 1 ст. 53 КК України). Натомість чинний КпАП містить статті, санкції яких передбачають штрафи до трьох, п'яти і навіть до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Зазначена позиція ЄСПЛ щодо додаткового критерію злочину, взята в поєднанні з достатньо великими розмірами адміністративних штрафів за законодавством України, означає можливість ситуацій, коли заява до ЄСПЛ про порушення владою України прав людини при накладенні адміністративних чи фінансових стягнень буде розглядуватися Європейським судом відповідно до положень ст. 6 Конвенції (*див.: 11.1.2*), яка містить гарантії прав людини на справедливий суд кожному, хто «обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення». Оскільки національне адміністративне законодавство за своєю природою зазвичай менш жорстке стосовно гарантій дотримання прав правопорушника, зазначені відмінності у визначені поняття злочину підвищують імовірність визнання ЄСПЛ наявності порушень, допущених владою України в справах такої категорії.

Окремо слід зазначити, що до кримінально-правових санкцій ЄСПЛ відносить навіть таку адміністративну санкцію, як позбавлення права на керування транспортним засобом, що також означає розгляд відповідних скарг за правилами ст. 6 Конвенції. (*див.: 11.2.6*).

(Див. також: 1.4.13)

Стаття 12. Класифікація злочинів

1. Залежно від ступеня тяжкості злочини поділяються на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі.

2. Злочином невеликої тяжкості є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше двох років, або інше, більш м'яке покарання за винятком основного покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

3. Злочином середньої тяжкості є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення волі на строк не більше п'яти років.

4. Тяжким злочином є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення волі на строк не більше десяти років.

5. Особливо тяжким злочином є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад двадцять п'ять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі.

6. Ступінь тяжкості злочину, за вчинення якого передбачене одночасно основне покарання у виді штрафу та позбавлення волі, визначається виходячи зі строку покарання у виді позбавлення волі, передбаченого за відповідний злочин.

(Стаття 12 в редакції Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 13. Закінчений та незакінчений злочини

1. Закінченим злочином визнається діяння, яке містить усі ознаки складу злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу.

2. Незакінченим злочином є готування до злочину та замах на злочин.

Стаття 14. Готування до злочину

1. Готуванням до злочину є підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення злочину, усунення перешкод, а також інше умисне створення умов для вчинення злочину.

2. Готування до злочину невеликої тяжкості не тягне за собою кримінальної відповідальності.

Стаття 15. Замах на злочин

1. Замахом на злочин є вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу, якщо при цьому злочин не було доведено до кінця з причин, що не залежали від її волі.

2. Замах на вчинення злочину є закінченим, якщо особа виконала усі дії, які вважала необхідними для доведення злочину до кінця, але злочин не було закінчено з причин, які не залежали від її волі.

3. Замах на вчинення злочину є незакінченим, якщо особа з причин, що не залежали від її волі, не вчинила усіх дій, які вважала необхідними для доведення злочину до кінця.

Стаття 16. Кримінальна відповідальність за незакінчений злочин

Кримінальна відповідальність за готування до злочину і замах на злочин настає за статтею 14 або 15 і за тією статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає відповідальність за закінчений злочин.

Стаття 17. Добровільна відмова при незакінченому злочині

1. Добровільною відмовою є остаточне припинення особою за своєю волею готування до злочину або замаху на злочин, якщо при цьому вона усвідомлювала можливість доведення злочину до кінця.

2. Особа, яка добровільно відмовилася від доведення злочину до кінця, підлягає кримінальній відповідальності лише в тому разі, якщо фактично вчинене нею діяння містить склад іншого злочину.

Розділ IV. ОСОБА, ЯКА ПІДЛЯГАЄ КРИМІНАЛЬНІЙ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ (СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ)

Стаття 18. Суб'єкт злочину

1. Суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до цього Кодексу може наставати кримінальна відповідальність.

2. Спеціальним суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа.

3. Службовими особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також постійно чи тимчасово обіймають в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

4. Службовими особами також визнаються посадові особи іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи будь-які інші особи, уповноважені такою організацією діяти від її імені), а також члени міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, та судді і посадові особи міжнародних судів.

(Стаття 18 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1508-VI від 11.06.2009, № 2808-VI від 21.12.2010; в редакції Закону № 3207-VI від 07.04.2011)

§1. Норми міжнародного права
щодо ознак суб'єктів злочину

18.1.1. Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах

(Рада Європи, від 08.11.2001)

(ратифіковано із заявами та застереженнями Законом від 01.06.2011)[1]

«Стаття 18. Контрольована поставка

1. Кожна Сторона зобов'язується забезпечити, щоб на прохання іншої Сторони можна було дозволити контрольовані поставки на її території в рамках кримінальних розслідувань злочинів, що можуть зумовлювати видачу.

(…)

Стаття 20. Спільні слідчі групи

1. За взаємною згодою компетентні органи двох чи більше Сторін можуть створити спільну слідчу групу з конкретною метою й на обмежений період, який може бути продовжений за взаємною згодою, для проведення кримінальних розслідувань на території однієї чи більше Сторін, що створили групу. Склад групи визначається в угоді.

[1] Україна заявила, що вона користується правом не приймати статті 17 і 19 (Закон від 01.06.2011 «Про ратифікацію Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах»).

Стаття 21. Кримінальна відповідальність, що стосується посадових осіб

Під час здійснення діяльності, зазначеної в статтях 17, 18, 19 і 20, якщо відповідні Сторони не домовилися про інше, посадові особи іншої Сторони, яка не є Стороною, на території якої має місце така діяльність, уважаються посадовими особами останньої стосовно правопорушень, учинених проти них або ними». [Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах. (Рада Європи, від 08.11.2001). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_518]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права в контексті ст. 18 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

18.4.1. Норми Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах (див.: 18.1.1) дозволяють конкретизувати положення ч. 4 ст. 18 КК України.

Зокрема, службовими особами визнаються співробітники правоохоронних органів іноземних держав, які в установленому законом порядку за узгодженням з одним чи кількома компетентними органами (відповідно до Закону № 3449-VI від 01.06.2011 р. до них належать підрозділи Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України та Державної прикордонної служби України) беруть участь на території України в здійсненні контрольованих поставок у рамках кримінальних розслідувань злочинів, що можуть зумовлювати видачу.

Так само службовими особами визнаються слідчі, експерти та інші співробітники правоохоронних органів іноземних держав, які в установленому законом порядку за узгодженням з компетентним органом (відповідно до Закону № 3449-VI від 01.06.2011 р. – Генеральна прокуратура України) беруть участь в роботі спільної слідчої групи, створеної для проведення кримінальних розслідувань на території України.

Це означає, що у випадку вчинення злочинів зазначеними особами кримінально-правова кваліфікація відповідних діянь здійснюється з урахуванням того, що ці особи мають статус спеціальних суб'єктів (*див., зокрема: 365.4.7*).

Стаття 19. Осудність

1. Осудною визнається особа, яка під час вчинення злочину могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними.

2. Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка під час вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого цим Кодексом, перебувала в стані неосудності, тобто не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки. До такої особи за рішенням суду можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру.

3. Не підлягає покаранню особа, яка вчинила злочин у стані осудності, але до постановлення вироку захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними. До такої особи за рішенням суду можуть застосовуватися примусові заходи медичного характеру, а після одужання така особа може підлягати покаранню.

Стаття 20. Обмежена осудність

1. Підлягає кримінальній відповідальності особа, визнана судом обмежено осудною, тобто така, яка під час вчинення злочину, через наявний у неї психічний розлад, не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними.

2. Визнання особи обмежено осудною враховується судом при призначенні покарання і може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру.

Стаття 21. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені у стані сп'яніння внаслідок вживання алкоголю, наркотичних засобів або інших одурманюючих речовин

Особа, яка вчинила злочин у стані сп'яніння внаслідок вживання алкоголю, наркотичних засобів або інших одурманюючих речовин, підлягає кримінальній відповідальності.

Стаття 22. Вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність

1. Кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося шістнадцять років.

2. Особи, що вчинили злочини у віці від чотирнадцяти до шістнадцяти років, підлягають кримінальній відповідальності лише за умисне вбивство (статті 115–117), посягання на життя державного чи громадського діяча, працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця, судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя, захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, представника іноземної держави (статті 112, 348, 379, 400, 443), умисне тяжке тілесне ушкодження (стаття 121, частина третя статей 345, 346, 350, 377, 398), умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження (стаття 122, частина друга статей 345, 346, 350, 377, 398), диверсію (стаття 113), бандитизм (стаття 257), терористичний акт (стаття 258), захоплення заручників (статті 147 і 349), зґвалтування (стаття 152), сексуальне насильство (стаття 153), крадіжку (стаття 185, частина перша статей 262, 308), грабіж (статті 186, 262, 308), розбій (стаття 187, частина третя статей 262, 308), вимагання (статті 189, 262, 308), умисне знищення або пошкодження майна (частина друга статей 194, 347, 352, 378, частини друга та третя статті 399), пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів (стаття 277), угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна (стаття 278), незаконне заволодіння транспортним засобом (частини друга, третя статті 289), хуліганство (стаття 296).

(Стаття 22 із змінами, внесеними згідно із Законом № 2227-VIII від 06.12.2017)

§1. Норми міжнародного права
щодо віку кримінальної відповідальності

22.1.1. Конвенція про права дитини
(ООН, від 20.11.1989)
(ратифіковано Постановою ВР № 789-XII від 27.02.1991)
«Стаття 1
Для цілей цієї Конвенції дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше.
(…)
Стаття 40
(…)
3. Держави-учасниці прагнуть сприяти створенню законів, процедур, органів і установ, що мають безпосереднє відношення до дітей, які, як вважається, порушили кримінальне законодавство, звинувачуються чи визнаються винними в його порушенні, і зокрема:
а) встановленню мінімального віку, нижче якого діти вважаються нездатними порушити кримінальне законодавство». [Конвенція про права дитини (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_021]

22.1.2. Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила»)
(ООН, від 29.11.1985)
«4. Возраст уголовной ответственности
4.1. В правовых системах, в которых признается понятие возраста уголовной ответственности для несовершеннолетних, нижний предел такого возраста не должен устанавливаться на

слишком низком возрастном уровне, учитывая аспекты эмоциональной, духовной и интеллектуальной зрелости.

Комментарий

Минимальные пределы возраста уголовной ответственности весьма различны в зависимости от исторических и культурных особенностей.

Использование современного подхода заключается в определении способности ребенка перенести связанные с уголовной ответственностью моральные и психологические аспекты, то есть в определении возможности привлечения ребенка, в силу индивидуальных особенностей его или ее восприятия и понимания, к ответственности за явно антиобщественное поведение. Если возрастной предел уголовной ответственности установлен на слишком низком уровне или вообще не установлен, понятие ответственности становится бессмысленным. В целом существует связь между понятием ответственности за правонарушение или преступное поведение и другими социальными правами и обязанностями (такими, как семейное положение, гражданское совершеннолетие и т.д.). Поэтому следует приложить усилия для установления разумного низшего возрастного предела, который мог бы применяться в международном масштабе». [Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила»). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_211]

22.1.3. Керівні принципи запобігання злочинності серед неповнолітніх Організації Об'єднаних Націй (Ер-Ріядські керівні принципи)

(ООН, від 14.12.1990)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«56. В целях предотвращения дальнейшего подрыва репутации, виктимизации и криминализации молодых лиц следует принять законодательство, предусматривающее, что действия, не рассматриваемые в качестве правонарушения и не влекущие за собой наказания в случае их совершения взрослыми, не должны рассматриваться в качестве правонарушения и не должны влечь за собой наказания в случае совершения их молодыми лицами». [Керівні принципи запобігання злочинності серед неповнолітніх Організації Об'єднаних Націй (Ер-Ріядські керівні принципи) (ООН, від 14.12.1990). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_861]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо віку кримінальної відповідальності

22.2.1. Справа «V. v. The United Kingdom»

«74. Суд не вважає, що на цьому етапі існує явний загальний стандарт серед держав – членів Ради Європи щодо мінімального віку кримінальної відповідальності. Навіть якщо Англія та Уельс є одними з небагатьох європейських юрисдикцій, що мають низький вік відповідальності за кримінальну відповідальність, десятирічний вік не можна вважати таким молодим, що непропорційно відрізнятиметься від вікової обмеженості інших європейських держав. Суд доходить висновку, що притягнення кримінальної відповідальності заявника не породжує порушення статті 3 Конвенції.

(…)

98. Суд нагадує, що держави відповідно до Конвенції покладають на себе зобов'язання вживати заходів для захисту суспільства від насильницьких злочинів. Він не вважає, що каральні елементи, властиві самому тарифному підходу, породжують порушення статті 3 Конвенції або що Конвенція забороняє державам засуджувати дитину чи молоду особу за серйозний злочин до невизначеного строку позбавлення волі, який передбачає можливість продовження ув'язнення злочинця чи повернення його до тюрми після звільнення, якщо це необхідно для захисту суспільства». [V. v. The United Kingdom (24888/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58594] (Неофіційний авторський переклад).

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 22 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

22.4.1. На наш погляд, позиція ЄСПЛ щодо мінімального віку кримінальної відповідальності, висловлена у справі «V. v. The United Kingdom» (див.: 22.2.1), знаходиться у різкому дисонансі до

його власної практики, що відрізняється гуманістичними началами та має пріоритетом захист прав людини.

У даному ж випадку ЄСПЛ не знайшов порушення Конвенції в тому, що двоє 11-річних осіб, які вчинили вбивство у 10-річному віці, за підсумками відкритого процесу, що негативно вплинув на їх психіку, були засуджені до позбавлення волі без вказівки у вироку строку призначеного покарання, але із зазначенням так званого «тарифу», що дорівнював 15 років. Фактично це означає засудження на невизначений строк ув'язнення, який в принципі не відрізняється від довічного позбавлення волі. Засуджені могли сподіватися, що їх справа буде розглянута на предмет умовно-дострокового звільнення, не раніше закінчення строку «тарифу» – через 15 років. Причому такий перегляд передбачає складну багатоетапну процедуру, де головну роль відіграє не суд, а Державний секретар Міністерства внутрішніх справ. У разі відмови застосування умовно-дострокового звільнення засуджена особа залишається у в'язниці на невизначений строк. Це суперечить принципу правової визначеності, який ЄСПЛ захищає в інших випадках *(див., напр.: 74.2.2 – п. 122)*. Якщо ж взяти до уваги усталену практику ЄСПЛ стосовно умов законності обмеження прав і свобод людини (*див.: 0.4.13*), можна дійти висновку, що засудження 11-річних підлітків на невизначений строк позбавлення волі ЄСПЛ визнав «необхідним в демократичному суспільстві».

Розділ V. ВИНА ТА ЇЇ ФОРМИ

Стаття 23. Вина

Виною є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої цим Кодексом, та її наслідків, виражене у формі умислу або необережності.

Стаття 24. Умисел і його види

1. Умисел поділяється на прямий і непрямий.

2. Прямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання.

3. Непрямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажала, але свідомо припускала їх настання.

Стаття 25. Необережність та її види

1. Необережність поділяється на злочинну самовпевненість та злочинну недбалість.

2. Необережність є злочинною самовпевненістю, якщо особа передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), але легковажно розраховувала на їх відвернення.

3. Необережність є злочинною недбалістю, якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча повинна була і могла їх передбачити.

Розділ VI. СПІВУЧАСТЬ У ЗЛОЧИНІ

Стаття 26. Поняття співучасті

Співучастю у злочині є умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину.

Стаття 27. Види співучасників

1. Співучасниками злочину, поряд із виконавцем, є організатор, підбурювач та пособник.

2. Виконавцем (співвиконавцем) є особа, яка у співучасті з іншими суб'єктами злочину безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила злочин, передбачений цим Кодексом.

3. Організатором є особа, яка організувала вчинення злочину (злочинів) або керувала його (їх) підготовкою чи вчиненням. Організатором також є особа, яка утворила організовану групу чи злочинну організацію або керувала нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організовувала приховування злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації.

4. Підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину.

5. Пособником є особа, яка порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню злочину іншими співучасниками, а також особа, яка заздалегідь обіцяла переховати злочинця, знаряддя чи засоби вчинення злочину, сліди злочину чи предмети, здобуті злочинним шляхом, придбати чи збути такі предмети, або іншим чином сприяти приховуванню злочину.

6. Не є співучастю не обіцяне заздалегідь переховування злочинця, знарядь і засобів вчинення злочину, слідів злочину чи предметів, здобутих злочинним шляхом, або придбання чи збут таких предметів. Особи, які вчинили ці діяння, підлягають кримінальній відповідальності лише у випадках, передбачених статтями 198 та 396 цього Кодексу.

7. Не є співучастю обіцяне до закінчення вчинення злочину неповідомлення про достовірно відомий підготовлюваний або вчинюваний злочин. Такі особи підлягають кримінальній відповідальності лише у випадках, коли вчинене ними діяння містить ознаки іншого злочину.

§1. Норми міжнародного права
щодо співучасті у злочині

26.1.1. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173)
(Рада Європи, від 27.01.1999)
(ратифіковано Законом від 18.10.2006)
«Стаття 15. Співучасть
Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за допомогу у вчиненні чи підбурювання до вчинення будь-якого із кримінальних злочинів, передбачених цією Конвенцією». [Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173). (Рада Європи, від 27.01.1999). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_101]

26.1.2. Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму
(ООН, від 14.09.2005)
(ратифіковано Законом від 15.03.2006)
«Стаття 2
(…)
3. Будь-яка особа також учиняє злочин, якщо вона намагається вчинити будь-який зі злочинів, указаних у пункті 1 цієї статті.

4. Будь-яка особа також учиняє злочин, якщо вона:

a) бере участь як співучасник у вчиненні будь-якого зі злочинів, указаних у пунктах 1, 2 або 3 цієї статті; або

b) організовує інших осіб або керує ними для здійснення будь-якого зі злочинів, указаних у пунктах 1, 2 або 3 цієї статті; або

c) будь-яким іншим чином сприяє вчиненню одного чи більше злочинів, указаних у пунктах 1, 2 або 3 цієї статті, групою осіб, які діють зі спільною метою; таке сприяння повинно здійснюватися умисно та або для підтримки загального характеру злочинної діяльності, або мети групи, або з усвідомленням умислу групи вчинити відповідний злочин або злочини». [Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму. (ООН, від 14.09.2005). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_d68]

26.1.3. Римський статут Міжнародного кримінального суду

(ООН, від 17.06.1998)

(щодо ратифікації див.: частина 6 ст. 124 Конституції України; постанова ВР № 145-VIII від 04.02.2015)

«Статья 25. Индивидуальная уголовная ответственность

1. Суд обладает юрисдикцией в отношении физических лиц в соответствии с настоящим Статутом.

2. Лицо, которое совершило преступление, подпадающее под юрисдикцию Суда, несет индивидуальную ответственность и подлежит наказанию в соответствии с настоящим Статутом.

3. В соответствии с настоящим Статутом лицо подлежит уголовной ответственности и наказанию за преступление, подпадающее под юрисдикцию Суда, если это лицо:

a) совершает такое преступление индивидуально, совместно с другим лицом или через другое лицо, независимо от того, подлежит ли это другое лицо уголовной ответственности;

b) приказывает, подстрекает или побуждает совершить такое преступление, если это преступление совершается или если имеет место покушение на это преступление;

c) с целью облегчить совершение такого преступления пособничает, подстрекает или каким-либо иным образом содействует его совершению или покушению на него, включая предоставление средств для его совершения;

d) любым другим образом способствует совершению или покушению на совершение такого преступления группой лиц, действующих с общей целью. Такое содействие должно оказываться умышленно и либо: i) в целях поддержки преступной деятельности или преступной цели группы в тех случаях, когда такая деятельность или цель связана с совершением преступления, подпадающего под юрисдикцию Суда; либо ii) с осознанием умысла группы совершить преступление;

e) в отношении преступления геноцида, прямо и публично подстрекает других к совершению геноцида;

f) покушается на совершение такого преступления, предпринимая действие, которое представляет собой значительный шаг в его совершении, однако преступление оказывается незавершенным по обстоятельствам, не зависящим от намерений данного лица. Вместе с тем лицо, которое отказывается от попытки совершить преступление или иным образом предотвращает завершение преступления, не подлежит наказанию в соответствии с настоящим Статутом за покушение на совершение этого преступления, если данное лицо полностью и добровольно отказалось от преступной цели». (ООН, від 17.07.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588]

26.1.4. Рамкова Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності

Див.: 255.1.1.

26.1.5. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності

Див.: 255.1.2.

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо співучасті у злочині

26.2.1. Справа «Ramanauskas v. Lithuania»
«55. Провокація з боку поліції має місце тоді, коли відповідні працівники правоохоронних органів або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб'єкта, схиляючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений». [Ramanauskas v. Lithuania (74420/01). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–84935] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо співучасті у злочині

26.3.1. Справа «Volkov and Adamskiy v. Russia»
Див.: 176.3.1.

26.3.2. Справа «Пелісьє і Сассі проти Франції»
Фактичні обставини:
Заявники Франсуа Пелісьє і Філіп Сассі, громадяни Франції. Після кримінального розслідування справу заявників, порушену на підставі обвинувачення їх у кримінальному банкрутстві підприємства, було передано до кримінального суду міста Тулона, де їх у 1990 р. було виправдано, оскільки суд встановив, що де-юре і де-факто вони не діяли як керівники підприємства. Апеляційний суд в Е-он-Прованс і 26 листопада 1992 р. підтвердив це рішення, але натомість визнав заявників винними в пособництві у кримінальному банкрутстві, за що засудив їх до 18 місяців ув'язнення умовно і наклав штраф у розмірі 30000 французьких франків. Апеляцію заявників до касаційного суду було відхилено 14 лютого 1994 р.
Рішення ЄСПЛ:
(комюніке Секретаря Суду)
«Суд зазначив, що постанова про притягнення заявників до відповідальності перед кримінальним судом містила єдине обвинувачення – кримінальне банкрутство. Не було ніяких підстав стверджувати, що обвинувачення в пособництві у кримінальному банкрутстві розглядалося в процесі розслідування як справді можливе. Докази, подані суду, обмежувалися можливістю обвинувачення в кримінальному банкрутстві.
(…) Суд не погодився з твердженням Уряду про те, що формулювання «пособництво та співучасть у вчиненні злочину» відрізняється від «вчинення злочину» тільки ступенем участі.
В обов'язок Суду не входила оцінка основних аргументів захисту, до яких могли б удатися заявники, якби вони отримали можливість подати їх у зв'язку з висуненням обвинувачення в пособництві та співучасті в кримінальному банкрутстві. Суд просто зазначив, що в цьому разі аргументи захисту, цілком імовірно, відрізнялися б від тих, які було висунуто проти основного обвинувачення. Крім того, принцип строгого тлумачення Кримінального кодексу не припускає можливості уникати з'ясування конкретних нюансів, які дали б підстави для засудження за пособництво та співучасть у зазначеному злочині.
(…)
Суд дійшов висновку, що було порушено право заявників на отримання докладної інформації про характер і причину обвинувачення проти них та право на отримання достатнього часу і можливостей для підготовки свого захисту. Отже, допущено порушення вимог підпунктів (a) і (b) пункту 3 статті 6 Конвенції разом із пунктом 1 цієї статті». [Пелісьє і Сассі проти Франції (25.03.1999). Комюніке Секретаря Суду. http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_398]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності
норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 26–31 КК України (див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)

26.4.1. Кожний вид співучасті (виконавство, співвиконавство, організація, підбурювання, пособництво) відрізняється ступенем участі у вчинені злочину, змістом умислу, мотивом, наявністю чи відсутністю обов'язкових ознак суб'єкта злочину та іншими ознаками, що обумовлює, у свою чергу, вимогу обвинувачення особи в конкретному виді співучасті. Якщо особа обвинувачена на стадії досудового слідства як виконавець злочину, перекваліфікація його дій та засудження як співучасника (організатор, підбурювач чи пособник) є незаконною.

(Див.: 26.3.2 та 374.4.14)

26.4.2. Схиляння іншої особи до вчинення злочину з метою викрити і притягнути до відповідальності таку особу розглядається як провокація злочину.

У випадках, коли схиляння здійснюється співробітниками правоохоронних органів, головним критерієм відмежування законних оперативних заходів по виявленню злочинів та документуванню злочинної діяльності від провокації до вчинення злочину, виступає, як зазначає у своїх рішеннях ЄСПЛ, відповідь на запитання: вчинила б особа злочин без втручання працівників правоохоронних органів? За відсутності даних про те, що особа до цього вчиняла такі злочини, була ініціатором спілкування про вчинення злочину тощо дії працівників правоохоронних органів, які спонукають особу до противоправної поведінки, розглядаються як провокація злочину.

(Див.: 26.2.1; 305.3.1)

І навпаки, коли власна умисна поведінка особи, а не дії поліції стали визначальним чинником при вчиненні злочинів, ЄСПЛ не визнає наявність провокації злочину.

(Див.: 26.3.1)

Коли дії поліції визнані провокацією злочину, це означає не тільки процесуальний наслідок у вигляді визнання отриманих доказів неприпустимими, але й має значення для матеріального кримінального права. А саме – якщо вина обвинуваченої особи вважається не доведеною з причин неналежних доказів, то і дії провокаторів не можуть кваліфікуватися за ч. 4 ст. 27 КК як співучасть у вчинені злочину – за відсутності виконавця відсутні співучасники. Дії провокатора злочину в таких випадках не утворюють складу злочину, до вчинення якого він підбурював. Тому кваліфікація дій провокатора залежить від виду злочину, до якого він провокував і від того, чи є він службовою особою.

У випадках провокації підкупу, вчиненої службовою особою, її дії кваліфікуються за ч. 1 ст. 370, а якщо такі дії вчиняються службовою правоохоронних органів – за ч. 2 ст. 370 КК України *(див.: 368.3.1)*.

Провокація іншого (не підкупу) злочину службовою особою з використанням свої службових повноважень має кваліфікуватися як зловживання владою або службовим становищем, за наявності всіх ознак цього злочину (статті 364, 364^1 або 365^2 КК України).

У випадках, коли службові особи правоохоронних органів провокують до вчинення іншого (не підкупу) злочину, наприклад, – до збуту наркотичних засобів, їх дії мають ознаки злочину, передбаченого ст. 365 КК України.

Стаття 28. Вчинення злочину групою осіб, групою осіб за попередньою змовою, організованою групою або злочинною організацією

1. Злочин визнається таким, що вчинений групою осіб, якщо у ньому брали участь декілька (два або більше) виконавців без попередньої змови між собою.

2. Злочин визнається вчиненим за попередньою змовою групою осіб, якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне його вчинення.

3. Злочин визнається вчиненим організованою групою, якщо в його готуванні або вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) злочинів, об'єднаних єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи.

4. Злочин визнається вчиненим злочинною організацією, якщо він скоєний стійким ієрархічним об'єднанням декількох осіб (п'ять і більше), члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації, або керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп.

(Стаття 28 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 29. Кримінальна відповідальність співучасників

1. Виконавець (співвиконавець) підлягає кримінальній відповідальності за статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає вчинений ним злочин.

2. Організатор, підбурювач та пособник підлягають кримінальній відповідальності за відповідною частиною статті 27 і тією статтею (частиною статті) Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем.

3. Ознаки, що характеризують особу окремого співучасника злочину, ставляться в вину лише цьому співучасникові. Інші обставини, що обтяжують відповідальність і передбачені у статтях Особливої частини цього Кодексу як ознаки злочину, що впливають на кваліфікацію дій виконавця, ставляться в вину лише співучаснику, який усвідомлював ці обставини.

4. У разі вчинення виконавцем незакінченого злочину інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за співучасть у незакінченому злочині.

5. Співучасники не підлягають кримінальній відповідальності за діяння, вчинене виконавцем, якщо воно не охоплювалося їхнім умислом.

Стаття 30. Кримінальна відповідальність організаторів та учасників організованої групи чи злочинної організації

1. Організатор організованої групи чи злочинної організації підлягає кримінальній відповідальності за всі злочини, вчинені організованою групою чи злочинною організацією, якщо вони охоплювалися його умислом.

2. Інші учасники організованої групи чи злочинної організації підлягають кримінальній відповідальності за злочини, у підготовці або вчиненні яких вони брали участь, незалежно від тієї ролі, яку виконував у злочині кожен із них.

Стаття 31. Добровільна відмова співучасників

1. У разі добровільної відмови від вчинення злочину виконавець (співвиконавець) не підлягає кримінальній відповідальності за наявності умов, передбачених статтею 17 цього Кодексу. У цьому випадку інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за готування до того злочину або замах на той злочин, від вчинення якого добровільно відмовився виконавець.

2. Не підлягають кримінальній відповідальності при добровільній відмові організатор, підбурювач чи пособник, якщо вони відвернули вчинення злочину або своєчасно повідомили відповідні органи державної влади про злочин, що готується або вчиняється. Добровільною відмовою пособника є також ненадання ним засобів чи знарядь вчинення злочину або неусунення перешкод вчиненню злочину.

3. У разі добровільної відмови будь-кого із співучасників виконавець підлягає кримінальній відповідальності за готування до злочину або за замах на злочин, залежно від того, на якій із цих стадій його діяння було припинено.

Розділ VII. ПОВТОРНІСТЬ, СУКУПНІСТЬ ТА РЕЦИДИВ ЗЛОЧИНІВ

Стаття 32. Повторність злочинів

1. Повторністю злочинів визнається вчинення двох або більше злочинів, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини цього Кодексу.

2. Повторність, передбачена частиною першою цієї статті, відсутня при вчиненні продовжуваного злочину, який складається з двох або більше тотожних діянь, об'єднаних єдиним злочинним наміром.

3. Вчинення двох або більше злочинів, передбачених різними статтями цього Кодексу, визнається повторним лише у випадках, передбачених в Особливій частині цього Кодексу.

4. Повторність відсутня, якщо за раніше вчинений злочин особу було звільнено від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом, або якщо судимість за цей злочин було погашено або знято.

Стаття 33. Сукупність злочинів

1. Сукупністю злочинів визнається вчинення особою двох або більше злочинів, передбачених різними статтями або різними частинами однієї статті Особливої частини цього Кодексу, за жоден з яких її не було засуджено. При цьому не враховуються злочини, за які особу було звільнено від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом.

2. При сукупності злочинів кожен з них підлягає кваліфікації за відповідною статтею або частиною статті Особливої частини цього Кодексу.

Стаття 34. Рецидив злочинів

Рецидивом злочинів визнається вчинення нового умисного злочину особою, яка має судимість за умисний злочин.

Стаття 35. Правові наслідки повторності, сукупності та рецидиву злочинів

Повторність, сукупність та рецидив злочинів враховуються при кваліфікації злочинів та призначенні покарання, при вирішенні питання щодо можливості звільнення від кримінальної відповідальності та покарання у випадках, передбачених цим Кодексом.

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо множинності злочинів

32.3.1. Справа «Rohlena v. the Czech Republic»
Фактичні обставини:

Заявник, громадянин Чеської Республіки (ЧР), був звинувачений у систематичному фізичному насильстві та образах стосовно своєї дружини у період між 2000 р. та 8 лютого 2006 р. У 2007 р. суд першої інстанції визнав його винним у продовжуваному правопорушенні – поганому поводженні з особою, яка живе під одним дахом, як визначено статтею 215а Кримінального кодексу ЧР, чинною з 1 червня 2004 р. Суд вирішив, що це поняття охоплювало дії, вчинені до цієї дати, тією мірою, якою вони на той час становили, як у ситуації заявника, інше правопорушення. Засудження було підтримане апеляційним судом та Верховним судом.

Посилаючись на свою практику, Верховний суд ЧР зазначив, що у разі, коли мало місце продовжуване правопорушення, яке розглядалося як єдиний акт, кримінальна природа цього акту мала оцінюватися на підставі закону, який був чинним на час останньої дії, яка входила до складу правопорушення. Цей закон підлягав застосуванню і до дій, що йому передували, за умови, що вони були б злочинними діями за попереднім законом. У даній справі дії заявника до доповнення Кримінального кодексу ЧР 1 червня 2004 р. підпадали під насильство проти

особи чи групи осіб у розумінні статті 197а Кримінального кодексу ЧР і напад у розумінні статті 221 цього Кодексу.

У 2008 р. Конституційний суд ЧР відхилив як явно необґрунтовану подану заявником конституційну скаргу, вважаючи, що рішення судів у його справі не мали ретроактивного ефекту, забороненого Конституцією.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«44. Беручи до уваги, що тлумачення національних судів пункту 3 статті 89 Кримінального кодексу ЧР було передбачуваним і загальновизнаним, заявник стверджував, що його не слід було застосовувати у його справі, оскільки не було дотримано умови застосування цього положення. На його думку, вітчизняні органи влади не повинні були класифікувати його дії як продов-жуваний злочин, оскільки його напади не були спричинені одним і тим же наміром, і вони не були тісно пов'язані в часі, оскільки між ними існував кількарічний інтервал.

(…)

48. На відміну від того, що було заявлено заявником, Уряд стверджував, що вимога про тісний тимчасовий зв'язок між нападами, що становлять продовжуваний злочин, також була виконана в даному випадку. Уряд вказав, що тісний тимчасовий зв'язок, визначений національною судовою практикою, загалом відноситься до днів, тижнів або місяців. Проте максимальна межа ніколи не була встановлена, і поняття тлумачиться для гнучкості залежно від характеру відповідного злочину. Це випливало з доказів, зібраних у справі, і з аргументації національних судів про те, що три випадки, що відбулися 24 червня 2000 року, 17 липня 2003 року та 8 лютого 2006 року були виділені як найбільш насильницькі. Суди постійно визнавали, що незаконна поведінка заявника тривала кілька років і що окремі напади, вчинені ним, були різної інтенсивності, але повторюваного характеру, які продовжувалися протягом декількох тижнів один від одного. Крім того, в обвинувальному висновку, а також рішеннях національних судів було чітко зазначено, що заявника судили за дії, вчинені до і після набрання чинності статтею 215а Кримінального кодексу ЧР, які не можуть бути відокремлені один від одного.

(…)

58. Суд повторює, що в будь-якій системі права національні суди тлумачать положення матеріального кримінального права, щоб визначити, посилаючись на структуру кожного злочину, момент наявності усіх ознак злочину. Конвенція не може слугувати перешкодою для такої судової інтерпретації, за умови, що висновки, зроблені національними судами, є обґрунтовано передбачуваними у значенні прецедентної практики Суду.

59. Звертаючись до конкретних обставин цієї справи, Суд з самого початку зазначає, що заявник був засуджений за те, що він, щонайменше, між 2000 і 8 лютого 2006 року неодноразово вчиняв фізичні та психічні акти насильства до своєї дружини, коли був п'яним. У результаті його дружина зазнала серйозних травм, змусивши її звернутися за медичною допомогою 26 червня 2000 року, 18 липня 2003 року та 8 лютого 2006 року. У своєму рішенні від 21 лютого 2008 року Верховний суд ЧР підтвердив правову класифікацію злочину нижчими судами як насильство над особою, яка живе під однією дахом з винною особою у значенні статті 215а Кримінального кодексу ЧР, що набрала чинності з 1 червня 2004 року, і застосовував це положення також до зловживань, вчинених заявником проти його дружини до цієї дати. Тобто вирішив, що продовжуваний злочин слід розглядати як єдиний акт, і що його юридична кваліфікація у кримінальному праві повинна була оцінюватися відповідно до чинного законодавства на момент завершення останнього вчинення правопорушення. Таким чином, стаття 215а також застосовується до попередніх нападів, за умови, що це було б злочинною діяльністю згідно з попереднім законом, а поведінка заявника до поправки від 1 червня 2004 року становила, принаймні, злочин, передбачений статтею 197а або статтею 221 § 1 Кримінального кодексу ЧР. Після розгляду справи Верховний суд дійшов висновку, що дії заявника мають усі складові злочину – насильство над особою, яка живе під одним дахом у значенні пункту 1 статті 215а та пункту 2 (b) Кримінального кодексу ЧР.

60. Суд також зазначає, що з вищезазначених висновків Верховного суду ЧР, висловлених із посиланням на постанову від 8 грудня 1993 року, передбачається, що її тлумачення враховує особ-

ливий стандарт, який міститься в пункті 3 статті 89 Кримінального кодексу ЧР, щодо концепції продовжуваного злочину, розробленого прецедентною практикою, був введений в Кримінальний кодекс ЧР у 1994 році, тобто до першого нападу на дружину. Насправді, як стверджував заявник у своїх заявах до Суду, він не заперечував про передбачуваність застосування національним судом стандарту статті 89 Кримінального кодексу ЧР про продовжуваний злочин до його справи.

61. Згідно з цим стандартом продовжуваний злочин визначався як такий, що складається з окремих актів, що здійснюються з однаковою метою, які становлять один злочин, виконуються однаковими чи подібними способами, вчиняються один з одним і посягають на один об'єкт. Виходячи з чіткої та виправданої прецедентної практики Верховного суду ЧР і з поглядів, виражених у юридичній літературі, випливає, що продовжуване правопорушення вважається єдиним актом, чия кваліфікація в кримінальному законодавстві Чехії повинна була оцінюватися згідно з правилами, що діють на момент завершення останнього діяння, за умови, що усі діяння, вчинені в часових рамках чинності будь-якого попереднього закону, також будуть підлягати покаранню відповідно до таких попередніх законів.

62. Оскільки поведінка заявника перед 1 червня 2004 року утворювала склади кримінальних злочинів, відповідно до статті 197a або статтею 221 § 1 Кримінального кодексу ЧР і включала складові елементи злочину, передбаченого статтею 215a, Суд визнає, що притягнення заявника відповідно до зазначеної норми за дії, вчинені до цієї дати, не застосуванням зворотної сили стосовно більш тяжкого кримінального закону, що заборонено Конвенцією. Крім того, у своєму рішенні від 10 червня 2008 року Конституційний суд ЧР ухвалив, що рішення національних судів у справі заявника було логічними і послідовними і не було ніякого застосування зворотної дії кримінального закону, що заборонено Конституцією ЧР. Суд не знаходить нічого, щоб вказати, що ця позиція була якимось чином непередбачуваною в контексті статті 7 Конвенції.

63. Зважаючи на ці обставини, і з огляду на чіткість, з якою було сформульовано відповідні внутрішні положення та які пояснюються тлумаченням національних судів, Суд вважає, що, оскільки поведінка заявника тривала після 1 червня 2004 року, дати коли набув чинності закон про відповідальність за насильство над особою, яка живе під одним дахом, він міг і повинен був очікувати за необхідності за допомогою відповідної юридичної консультації судового розгляду за принципом продовжуваного злочину, оціненим відповідно до чинного законодавства час, коли він здійснив останні напад, тобто кваліфікації за ст. 215a Кримінального кодексу ЧР.

64. На цьому тлі Суд переконаний, що діяння, за яке заявник був засуджений, становило кримінальне правопорушення згідно з національним законом на час його вчинення, а також, що цей закон достатньо явно відповідав вимогам щодо якості передбачуваності, що випливають з автономного значення поняття «закон» відповідно до статті 7 Конвенції.

65. Суд, крім того, не може погодитися з аргументом заявника, згідно з яким врахування національними судами у покаранні за статтею 215a дій, вчинених до 1 червня 2004 року, призвело до більш жорсткого покарання, ніж це було б інакше.

66. Як вже зазначалося вище, на підставі міркування національних судів, зокрема Верховного суду ЧР у рішенні від 21 лютого 2008 року, можна зробити висновок, що всі ознаки складу злочину, викладені в статті 215a §§ 1 і 2 (b) Кримінального кодексу ЧР, також були передбачені кримінальним законом щодо дій, вчинених заявником до набуття чинності цим положенням 1 червня 2004 року. З посиланням на ці акти суди також чітко заявили, що вказані діяння будуть піддані покаранню за старим законом.

67. Ніщо не означає, що вищезазначений підхід національних судів мав негативний вплив на посилення тяжкості покарання заявника. Навпаки, якби діяння, вчинені ним до 1 червня 2004 року, оцінювалися окремо від тих дій, які він здійснив після цієї дати, відповідне правило вироку у пункті 1 статті 35 Кримінального кодексу ЧР призвело б до винесення вироку за більш тяжкі злочини, а саме статті 215a Кримінального кодексу. У цьому випадку, як зазначив Уряд, він мав би принаймні покарання, що було фактично призначене, або навіть більш тяжке, на тій підставі, що повторність злочинів, імовірно, вважалося обтяжуючою обставиною на підставі ст. 34k Кримінального кодексу ЧР.

(…)

69. З огляду на вищесказане, Суд переконаний, що той факт, що дії, вчинені до набуття чинності новим законом, були оцінені під час останнього, не призвели до погіршення становища заявника щодо винесення вироку. У дійсності він був засуджений до покарання, яке він поніс у будь-якому випадку за діяння, вчинені після набрання чинності новим законом.

70. Вищезгадані міркування є достатніми для того, щоб дозволити Суду зробити висновок, що вирок, накладений на заявника, який був визнаний винним у продовжуваному злочині, був застосований на кримінальному законі, чинному на момент завершення цього злочину, згідно з законом, який був передбачуваний щодо його наслідків. Не було застосування кримінального законодавства із застосуванням зворотної сили, і заявник не піддавався більш тяжким покаранням, ніж ті, які були б застосовані, якщо б він був засуджений за декілька окремих злочинів.

71. Суд переконаний, що підхід, яким слідують чеські суди у цій справі, узгоджується з метою статті 7 Конвенції, а саме: забезпечення того, щоб ніхто не підлягав свавільному судовому переслідуванню, засудженню або покаранню.

72. Виходячи з вищезгаданих висновків, Суд вивчив з точки зору статті 7 Конвенції заяву у справі заявника про продовжуваний злочин за чеським законодавством. Для порівняння в цьому контексті слід зазначити, що поняття продовжуваного кримінального правопорушення, як це визначено в чеському законодавстві, відповідає європейській традиції, відображеній у національних законах переважної більшості держав – членів Ради Європи, і що, відповідно, ситуація щодо питання про передбачуваність, виявлену в цій справі, не є такою, що значною мірою відрізняється від ситуації, яка склалася щодо таких правопорушень у національних правових системах інших Договірних Сторін Конвенції. Як видно з опису поведінки заявника в національних органах влади, його дії були спрямовані проти конкретної жертви, а саме його дружини, і особливо проти її законних інтересів фізичної та психічної недоторканності, а також честі. Ясно також, що modus operandi був той самий і складався з нападів, здійснених під одним дахом; що існував часовий зв'язок між різними діями, які тривали кілька років; що кожен напад, вчинений протягом цього періоду часу, був обумовлений одним кримінальним умислом; і що діяння заявника в кожному випадку було передбачено як злочин за кримінальним законодавством. Іншими словами, правопорушення, за яке заявник був засуджений, мають ряд характеристик, загальних для таких правопорушень у будь-якій іншій частині спільноти Конвенції, як і реакція системи кримінального правосуддя у вигляді вироку, винесеного за одне єдине продовжуване правопорушення.

73. Загалом, не було порушення статті 7 Конвенції». [Rohlena v. the Czech Republic (59552/08). ECHR 2015-I. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–151051]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 32–35 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

32.4.1. Поняття продовжуваного злочину як такого, що складається з двох або більше тотожних діянь, об'єднаних єдиним злочинним наміром, не суперечить міжнародному праву та практиці ЄСПЛ.

(Див.: 32.3.1)

Хоча в таких випадках кожне окремо взяте діяння утворює склад відповідного злочину, усі ці діяння кваліфікуються як одне правопорушення – продовжуваний злочин.

32.4.2. Продовжуваний злочин кваліфікується за законом про кримінальну відповідальність, який був чинний на момент закінчення цього злочину, а часом закінчення продовжуваного злочину вважається час вчинення останньої дії з числа тих, що становлять об'єктивну сторону цього злочину.

Обґрунтування: ст. 4 КК України встановлено, що злочинність і караність, а також інші кримінально-правові наслідки діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, що діяв на час вчинення цього діяння, а часом вчинення злочину, у свою чергу, визнається час вчинення особою передбаченої законом про кримінальну відповідальність дії або бездіяльності. Така редакція ст. 4 КК України залишає неврегульованим питання застосування закону про кримінальну відповідальність, якщо об'єктивна сторона злочину утворена, як це характерно для продовжуваних злочинів, не однією, а двома чи більше діями, що вчинені послідовно протягом певного проміжку часу, і якщо в цей проміжок відбулися зміни в кримінальному законі. Практика ЄСПЛ (*див.: 32.3.1*)

дозволяє дійти висновку, що правильною є кваліфікація за законом про кримінальну відповідальність, що є чинним на момент вчинення останньої дії з числа тих, що увійшли до об'єктивної сторони продовжуваного злочину. У випадках, коли новий закон про кримінальну відповідальність погіршує становище особи порівняно із законом, що діяв раніше, питання зворотної дії в часі нового закону не виникає, якщо в момент вчинення останньої дії новий закон вже набув чинності.

32.4.3. Від продовжуваного злочину слід відрізняти злочини, передбачені статтями КК України, диспозиція яких включає перелік варіативних дій, кожна з яких може самостійно чи разом з іншими діями утворювати об'єктивну сторону відповідного злочину. Їх кваліфікація має певні особливості, деякі з яких обумовлені нормами міжнародних договорів.

Це злочини, передбачені статтями Особливої частини КК України, диспозиція яких містить перелік нетотожних дій. Учинення з цього переліку однієї або двох чи більше дій в різних варіантах утворює об'єктивну сторону складу такого злочину. На відміну від простих злочинів, які завжди утворюють повторність у випадках неодночасного вчинення двох або більше діянь, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини КК України, злочини з «варіативними діями» можуть кваліфікуватися як один злочин чи як повторність злочинів, залежно від варіанта (комбінації) відповідних дій та наявності чи відсутності єдиного умислу при їх вчинені.

Як приклад – злочин, передбачений ст. 263^1 КК України. В її диспозиції вказані такі варіанти дій, що утворюють об'єктивну сторону складу цього злочину: незаконне 1) виготовлення, 2) переробка чи 3) ремонт вогнепальної зброї або 4) фальсифікація, 5) незаконне видалення чи зміна її маркування, або незаконне 6) виготовлення бойових припасів, вибухових речовин чи вибухових пристроїв. Під кутом зору наявності чи відсутності повторності злочинів можливі чотири варіанти вчинення вказаних дій.

Перший варіант. Особа вчиняє одну дію, наприклад ремонт пістолета; відсутні інші дії з числа вказаних у диспозиції ч. 1 ст. 263^1 КК України. Зрозуміло, що в такому варіанті множинність відсутня, вчинене є простим одиночним злочином і кваліфікується за ч. 1 ст. 263^1 КК України.

Другий варіант. Особа стосовно одного (того самого) предмета злочину неодночасно вчиняє дві чи більше дії з числа вказаних у диспозиції ч. 1 ст. 263^1 КК України, які охоплюються єдиним умислом. Цей варіант розглянутий у п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» з висновком, що в таких випадках відсутня множинність злочинів: «вчинені особою діяння стають елементами одного злочину» і кваліфікується як один злочин. Незважаючи на невдале використання виразу «елементи злочину», що може провокувати плутанину з усталеним поняттям «елементи складу злочину», вказаний висновок виявляється, на наш погляд, правильним, оскільки в такому варіанті усі дії (наприклад, ремонт пістолета та заміна маркування того самого пістолета) охоплюються єдиним умислом у момент вчинення вже першої дії. Відсутність тотожності діянь «компенсується» єдиним предметом злочину, що не утворює продовжуваного злочину, але виключає повторність. Злочин з варіативними діями вважається закінченим в момент учинення вже першої дії (на відміну від продовжуваного злочину).

Третій варіант. Особа неодночасно і щодо різних предметів злочину два чи більше разів вчинює одну дію з числа передбачених ч. 1 ст. 263^1 КК України. Наприклад, особа спочатку виготовляє гвинтівку, а потім – бойовий припас (або іншу гвинтівку).

Четвертий варіант. Особа неодночасно і відносно різних предметів злочину вчинює різні дії з числа передбачених ч. 1 ст. 263^1 КК України. Наприклад, перша дія – ремонт пістолета, а друга – виготовлення вибухового пристрою (або виготовлення іншого пістолета).

Спільним для третього і четвертого варіантів є відсутність як єдиного предмета злочину, так і єдиного умислу стосовно вчинення двох чи більше дій. Аналіз судової практики свідчить, що суди в таких ситуаціях (варіантах), кваліфікують вчинені дії як самостійні злочини, що цілком узгоджується з визначенням повторності злочинів у ч. 1 ст. 32 КК України. Так, у четвертому варіанті правильною слід вважати кваліфікацію ремонту пістолета за ч. 1 ст. 263^1 КК України, а виготовлення вибухового пристрою (чи іншого пістолета) – за ч. 2 цієї статі як повторний злочин.

Принагідно зазначимо, що в дійсності існує ще один варіант множинності злочинів із «варіативними діями» – коли перша дія з числа передбачених відповідною статтею вчиняється за межами України, а друга – на українській території (чи навпаки). *(Див.: 305.4.1)*

Розділ VIII. ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ

Стаття 36. Необхідна оборона

1. Необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони.

2. Кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади.

3. Перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту. Перевищення меж необхідної оборони тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 цього Кодексу.

4. Особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо через сильне душевне хвилювання, викликане суспільно небезпечним посяганням, вона не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обстановці захисту.

5. Не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає.

Стаття 37. Уявна оборона

1. Уявною обороною визнаються дії, пов'язані із заподіянням шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, і особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, лише помилково припускала наявність такого посягання.

2. Уявна оборона виключає кримінальну відповідальність за заподіяну шкоду лише у випадках, коли обстановка, що склалася, давала особі достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення.

3. Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення, але при цьому перевищила межі захисту, що дозволяються в умовах відповідного реального посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони.

4. Якщо в обстановці, що склалася, особа не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності за заподіяння шкоди через необережність.

Стаття 38. Затримання особи, що вчинила злочин

1. Не визнаються злочинними дії потерпілого та інших осіб безпосередньо після вчинення посягання, спрямовані на затримання особи, яка вчинила злочин, і доставлення її відповідним органам влади, якщо при цьому не було допущено перевищення заходів, необхідних для затримання такої особи.

2. Перевищенням заходів, необхідних для затримання злочинця, визнається умисне заподіяння особі, що вчинила злочин, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці затримання злочинця. Перевищення заходів, необхідних для за-

тримання злочинця, має наслідком відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 цього Кодексу.

(Див.: параграфи 1–4 до ст. 118 КК України)

Стаття 39. Крайня необхідність

1. Не є злочином заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам у стані крайньої необхідності, тобто для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави, якщо цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності.

2. Перевищенням меж крайньої необхідності є умисне заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, якщо така шкода є більш значною, ніж відвернена шкода.

3. Особа не підлягає кримінальній відповідальності за перевищення меж крайньої необхідності, якщо внаслідок сильного душевного хвилювання, викликаного небезпекою, що загрожувала, вона не могла оцінити відповідність заподіяної шкоди цій небезпеці.

Стаття 40. Фізичний або психічний примус

1. Не є злочином дія або бездіяльність особи, яка заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, вчинена під безпосереднім впливом фізичного примусу, внаслідок якого особа не могла керувати своїми вчинками.

2. Питання про кримінальну відповідальність особи за заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, якщо ця особа зазнала фізичного примусу, внаслідок якого вона зберігала можливість керувати своїми діями, а також психічного примусу, вирішується відповідно до положень статті 39 цього Кодексу.

Стаття 41. Виконання наказу або розпорядження

1. Дія або бездіяльність особи, що заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, визнається правомірною, якщо вона була вчинена з метою виконання законного наказу або розпорядження.

2. Наказ або розпорядження є законними, якщо вони віддані відповідною особою в належному порядку та в межах її повноважень і за змістом не суперечать чинному законодавству та не пов'язані з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина.

3. Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка відмовилася виконувати явно злочинний наказ або розпорядження.

4. Особа, що виконала явно злочинний наказ або розпорядження, за діяння, вчинені з метою виконання такого наказу або розпорядження, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах.

5. Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати злочинного характеру наказу чи розпорядження, то за діяння, вчинене з метою виконання такого наказу чи розпорядження, відповідальності підлягає тільки особа, що віддала злочинний наказ чи розпорядження.

§1. Норми міжнародного права
щодо правомірності виконання наказу або розпорядження

41.1.1. Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень
(ООН, від 21.03.1983)
(приєднання Законом від 17.06.2015)
«Стаття 1
1. Ніхто не може піддаватися насильницькому зникненню.
2. (…)

Стаття 6

…

2. Жодні наказ або розпорядження, що походять з державного, цивільного, військового чи іншого органу, не можуть слугувати виправданням злочину насильницького зникнення». [Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень. (ООН, від 21.03.1983) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_l54]

41.1.2. Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем

(ПАРЄ Резолюція 1096 (1996)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«7. Асамблея також рекомендує, щоб злочинні діяння, вчинені окремими особами під час комуністичного тоталітарного режиму, переслідувалися та каралися згідно з нормами кримінального законодавства. Якщо кримінальне законодавство передбачає строк давнини кримінального переслідування, цей строк може бути продовжений, тому що це лише процедурне, а не матеріальне питання. Однак прийняття та застосування зворотного кримінального законодавства не дозволяється. З іншого боку, дозволяється притягати до відповідальності в судовому порядку та карати будь-яку особу за будь-яку дію або бездіяльність, яка на момент її здійснення не була кримінальним правопорушенням відповідно до національного законодавства, але вважалася ним відповідно до загальних правових принципів, що визнаються цивілізованими країнами. Крім того, якщо особою були явно порушені права людини, твердження цієї особи про те, що вона зробила це за наказом, не виключає ані незаконності її дій, ані її особистої провини». [Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем. (ПАРЄ Резолюція 1096 (1996). http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=16507&lang=EN]

41.1.3. Основні принципи Організації Об'єднаних Націй щодо використання сили і вогнепальної зброї посадовими особами правоохоронних органів

(ООН, від 07.09.1990)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«26. Исполнение приказов вышестоящих должностных лиц не является оправданием, если должностные лица по поддержанию правопорядка знали о явной незаконности приказа о применении силы и огнестрельного оружия, что привело к смерти или серьезному ранению какого-либо лица, и имели разумную возможность отказаться от его исполнения. В любом случае ответственность возлагается также на вышестоящих должностных лиц, отдавших незаконные приказы». [Основні принципи Організації Об'єднаних Націй щодо використання сили і вогнепальної зброї посадовими особами правоохоронних органів (ООН, від 07.09.1990). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_334]

41.1.4. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №20 – Стаття 7 (заборона катувань або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання)»

(Сорок четверта сесія – 1992 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«3. Текст статьи 7 не допускает никаких ограничений. Комитет также подтверждает, что даже в случаях чрезвычайного положения, о которых говорится в статье 4 Пакта, никаких отступлений от положений статьи 7 не допускается, и положения этой статьи должны оставаться в силе. Аналогичным образом Комитет отмечает, что никакие оправдания или смягчающие обстоятельства не могут приводиться в качестве основания для нарушения статьи 7 по любым причинам, включая приказ вышестоящего должностного лица или органа государственной власти.

(…)

13. (…) Лица, нарушающие статью 7 в форме побуждения к совершению запрещенных действий или отдачи приказа об их совершении, или проявления терпимости к их совершению, или

собственно совершения таких действий, должны нести ответственность. Следовательно, лица, отказавшиеся выполнять приказы, не должны подвергаться наказанию или какому либо неблагоприятному обращению». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №20 – Стаття 7 (заборона катувань або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання)» (Сорок четверта сесія – 1992 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

41.1.5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«***Стаття 3. Заборона катування***

Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

41.1.6. Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі

(Ірландія, СРСР, США, Великобританія, Франція, від 08.08.1945)

(ООН, від 11.12.1946)

*«**Статья 8***

Тот факт, что подсудимый действовал по распоряжению правительства или приказу начальника, не освобождает его от ответственности, но может рассматриваться как довод для смягчения наказания, если Трибунал признает, что этого требуют интересы правосудия». [Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі (Ірландія, СРСР, США, Великобританія, Франція, від 08.08.1945) (ООН, від 11.12.1946). http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/998_201]

41.1.7. Римський статут міжнародного кримінального суду

(ООН, від 17.07.1998)

(щодо ратифікації див.: частина 6 ст. 124 Конституції України; постанова ВР № 145-VIII від 04.02.2015)

«***Статья 5. Преступления, подпадающие под юрисдикцию Суда***

1. Юрисдикция Суда ограничивается самыми серьезными преступлениями, вызывающими озабоченность всего международного сообщества. В соответствии с настоящим Статутом Суд обладает юрисдикцией в отношении следующих преступлений:

a) преступление геноцида;

b) преступления против человечности;

c) военные преступления;

d) преступление агрессии.

(…)

Статья 33. Приказы начальника и предписание закона

1. Тот факт, что преступление, подпадающее под юрисдикцию Суда, было совершено лицом по приказу правительства или начальника, будь то военного или гражданского, не освобождает это лицо от уголовной ответственности, за исключением случаев, когда:

a) это лицо было юридически обязано исполнять приказы данного правительства или данного начальника;

b) это лицо не знало, что приказ был незаконным; и

c) приказ не был явно незаконным.

2. Для целей настоящей статьи приказы о совершении преступления геноцида или преступлений против человечности являются явно незаконными». [Римський статут міжнародного кримінального суду. (ООН, від 17.07.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права в контексті ст. 41 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

41.4.1. Питання чи є явно злочинними наказ або розпорядження, які особа виконала (не виконала), є питанням факту, тобто оцінюється в кожному випадку з врахуванням обставин справи та норм національного матеріального і процесуального права. Однак в усіх випадках є явно злочинними накази (розпорядження), які такими оцінені міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Наприклад, може бути як явно злочинними, так і законним наказ про застосування вогнепальної зброї, – навіть якщо його виконання призвело до смерті людини (правопорушника).

Однак завжди, незалежно від фактичних обставин справи і змісту нормативних актів (наприклад, відомчих інструкцій), є явно злочинним наказ або розпорядження вчинити дії, як мають ознаки таких злочинів:

– насильницьке зникнення (ст. 146[1] КК України) – *див.: 41.1.1;*
– катування (ст. 127 КК України) – *див.: 41.1.4; 41.1.5.*
– геноцид (ст. 442 КК України) – *див.: 41.1.6 і 41.1.7.*

Стаття 42. Діяння, пов'язане з ризиком

1. Не є злочином діяння (дія або бездіяльність), яке заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети.

2. Ризик визнається виправданим, якщо мету, що була поставлена, не можна було досягти в даній обстановці дією (бездіяльністю), не поєднаною з ризиком, і особа, яка допустила ризик, обґрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам.

3. Ризик не визнається виправданим, якщо він завідомо створював загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій.

Стаття 43. Виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації

1. Не є злочином вимушене заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особою, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації з метою попередження чи розкриття їх злочинної діяльності.

2. Особа, зазначена у частині першій цієї статті, підлягає кримінальній відповідальності лише за вчинення у складі організованої групи чи злочинної організації особливо тяжкого злочину, вчиненого умисно і поєднаного з насильством над потерпілим, або тяжкого злочину, вчиненого умисно і пов'язаного з спричиненням тяжкого тілесного ушкодження потерпілому або настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків.

3. Особа, яка вчинила злочин, що передбачений частиною другою цієї статті, не може бути засуджена до довічного позбавлення волі, а покарання у виді позбавлення волі не може бути призначене їй на строк, більший, ніж половина максимального строку позбавлення волі, передбаченого законом за цей злочин.

Розділ IX. ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Стаття 44. Правові підстави та порядок звільнення від кримінальної відповідальності

1. Особа, яка вчинила злочин, звільняється від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених цим Кодексом.

2. Звільнення від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених цим Кодексом, здійснюються виключно судом. Порядок звільнення від кримінальної відповідальності встановлюється законом.

(Стаття 44 із змінами, внесеними згідно із Законом № 3465-VI від 02.06.2011)

Стаття 45. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям

Особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, крім корупційних злочинів, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона після вчинення злочину щиро покаялася, активно сприяла розкриттю злочину і повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду.

Примітка. Корупційними злочинами відповідно до цього Кодексу вважаються злочини, передбачені статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також злочини, передбачені статтями 210, 354, 364, 364^1, 365^2, 368–369^2 цього Кодексу.

(Стаття 45 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1698-VII від 14.10.2014, № 198-VIII від 12.02.2015)

Стаття 46. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим

Особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, крім корупційних злочинів, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона примирилася з потерпілим та відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду.

(Стаття 46 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1698-VII від 14.10.2014)

Стаття 47. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки

1. Особу, яка вперше вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, крім корупційних злочинів, та щиро покаялася, може бути звільнено від кримінальної відповідальності з передачею її на поруки колективу підприємства, установи чи організації за їхнім клопотанням за умови, що вона протягом року з дня передачі її на поруки виправдає довіру колективу, не ухилятиметься від заходів виховного характеру та не порушуватиме громадського порядку.

2. У разі порушення умов передачі на поруки особа притягається до кримінальної відповідальності за вчинений нею злочин.

(Стаття 47 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1698-VII від 14.10.2014)

Стаття 48. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки

Особу, яка вперше вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, крім корупційних злочинів, може бути звільнено від кримінальної відповідальності, якщо буде визнано, що на час кримінального провадження внаслідок зміни обстановки вчинене нею діяння втратило суспільну небезпечність або ця особа перестала бути суспільно небезпечною.

(Стаття 48 із змінами, внесеними згідно із Законами № 4652-VI від 13.04.2012, № 1698-VII від 14.10.2014)

Стаття 49. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності

1. Особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з дня вчинення нею злочину і до дня набрання вироком законної сили минули такі строки:

1) два роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості, за який передбачене покарання менш суворе, ніж обмеження волі;

2) три роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості, за який передбачене покарання у виді обмеження або позбавлення волі;

3) п'ять років – у разі вчинення злочину середньої тяжкості;

4) десять років – у разі вчинення тяжкого злочину;

5) п'ятнадцять років – у разі вчинення особливо тяжкого злочину.

2. Перебіг давності зупиняється, якщо особа, що вчинила злочин, ухилилася від досудового слідства або суду. У цих випадках перебіг давності відновлюється з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання. У цьому разі особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з часу вчинення злочину минуло п'ятнадцять років.

3. Перебіг давності переривається, якщо до закінчення зазначених у частинах першій та другій цієї статті строків особа вчинила новий злочин середньої тяжкості, тяжкий або особливо тяжкий злочин. Обчислення давності в цьому разі починається з дня вчинення нового злочину. При цьому строки давності обчислюються окремо за кожний злочин.

4. Питання про застосування давності до особи, що вчинила особливо тяжкий злочин, за який згідно із законом може бути призначено довічне позбавлення волі, вирішується судом. Якщо суд не визнає за можливе застосувати давність, довічне позбавлення волі не може бути призначено і заміняється позбавленням волі на певний строк.

5. Давність не застосовується у разі вчинення злочинів проти основ національної безпеки України, передбачених у статтях 109–114[1], проти миру та безпеки людства, передбачених у статтях 437–439 і частині першій статті 442 цього Кодексу.

(Стаття 49 із змінами, внесеними згідно із Законами № 245-VII від 16.05.2013, № 1183-VII від 08.04.2014)

§1. Норми міжнародного права
щодо строків давності кримінальної відповідальності

44.1.1. Європейська конвенція про незастосування строків давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів

(Рада Європи, від 25.01.1974)

(ратифіковано Законом від 06.03.2008)

«***Стаття 1***

Кожна Договірна Держава зобов'язується вживати будь-яких необхідних заходів з метою забезпечення незастосування строків давності притягнення до кримінальної відповідальності або виконання вироків у зв'язку з такими правопорушеннями настільки, наскільки вони підлягають покаранню відповідно до її внутрішнього права:

1. Злочинами проти людяності, визначеними в Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього, прийнятій Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй 9 грудня 1948 р.;

2. a) порушеннями, визначеними в статті 50 Женевської конвенції 1949 р. про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях, статті 51 Женевської конвенції 1949 р. про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі, статті 130 Женевської конвенції 1949 р. про поводження з військовополоненими й статті 147 Женевської конвенції 1949 р. про захист цивільного населення під час війни;

b) будь-якими аналогічними порушеннями законів війни, що діють під час набрання чинності Конвенцією, і звичаїв війни, які існують у цей час і які не охоплюються зазначеними вище положеннями Женевських конвенцій,

– коли відповідне конкретне порушення має особливо серйозний характер або за фактичними обставинами і умисним характером, або за масштабами передбачуваних наслідків.

3. Будь-яким іншим порушенням норми або звичаю міжнародного права, яке може бути надалі встановлене і яке відповідна Договірна Держава вважає відповідно до заяви, зробленої згідно зі статтею 6, таким, що має характер, аналогічний до тих, що згадані в пунктах 1 або 2 цієї статті». [Європейська конвенція про незастосування строків давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів. (Рада Європи, від 25.01.1974). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_125]

44.1.2. Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем

(ПАРЄ, Резолюція 1096 (1996)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«7. Асамблея також рекомендує, щоб злочинні діяння, вчинені окремими особами під час комуністичного тоталітарного режиму, переслідувалися та каралися згідно з нормами кримінального законодавства. Якщо кримінальне законодавство передбачає строк давнини кримінального переслідування, цей строк може бути продовжений, тому що це лише процедурне, а не матеріальне питання. Однак прийняття та застосування зворотного кримінального законодавства не дозволяється. З іншого боку, дозволяється притягати до відповідальності в судовому порядку та карати будь-яку особу за будь-яку дію або бездіяльність, яка на момент її здійснення не була кримінальним правопорушенням відповідно до національного законодавства, але вважалася ним відповідно до загальних правових принципів, що визнаються цивілізованими країнами. Крім того, якщо особою були явно порушені права людини, твердження цієї особи про те, що вона зробила це за наказом, не виключає ані незаконності її дій, ані її особистої провини». [Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем. (ПАРЄ Резолюція 1096 (1996). http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=16507&lang=EN]

44.1.3. Римський статут міжнародного кримінального суду

(ООН, від 17.07.1998)

(щодо ратифікації див.: частина 6 ст. 124 Конституції України; постанова ВР № 145-VIII від 04.02.2015)

«Статья 5. Преступления, подпадающие под юрисдикцию Суда

1. Юрисдикция Суда ограничивается самыми серьезными преступлениями, вызывающими озабоченность всего международного сообщества. В соответствии с настоящим Статутом Суд обладает юрисдикцией в отношении следующих преступлений:

a) преступление геноцида;

b) преступления против человечности;

c) военные преступления;

d) преступление агрессии.

(…)

Статья 29. Неприменимость срока давности

В отношении преступлений, подпадающих под юрисдикцию Суда, не устанавливается никакого срока давности». [Римський статут міжнародного кримінального суду. (ООН, від 17.07.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588]

44.1.4. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції

(ООН, від 31.10.2003)

(ратифіковано із заявами Законом від 18.10.2006)

«Стаття 29. Строк давності

Кожна Держава-учасниця, у відповідних випадках, встановлює відповідно до свого внутрішнього права тривалий строк давності для порушення провадження щодо будь-яких злочинів, що визначені цією Конвенцією, і встановлює більш тривалий строк давності або можливість призупинення плину строку давності в тих випадках, коли особа, підозрювана у вчиненні злочину, ухиляється від правосуддя». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції. (ООН, від 31.10.2003). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16]

44.1.5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«***Стаття 6. Право на справедливий суд***

1. Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення (…)». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

44.1.6. Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами

(Рада Європи, від 11.05.2011)

(щодо ратифікації див.: Закон від 06.12.2017 № 2227-VIII)

«***Стаття 33. Психологічне насильство***

(…)

Стаття 34. Переслідування

(…)

Стаття 35. Фізичне насильство

(…)

Стаття 36. Сексуальне насильство, у тому числі зґвалтування

(…)

Стаття 37. Примусовий шлюб

(…)

Стаття 38. Каліцтво жіночих геніталій

(…)

Стаття 39. Примусовий аборт та примусова стерилізація

(…)

Стаття 40. Сексуальне домагання

(…)

Стаття 48. Заборона обов'язкового застосування до процесів або винесення вироків альтернативного вирішення спорів

1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для заборони на обов'язкові альтернативні процеси з вирішення спорів, у тому числі посередництво та примирення, стосовно всіх форм насильства, які підпадають під сферу застосування цієї Конвенції.

(…)

Стаття 58. Строки давності

1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення подовження строку давності для порушення будь-яких правових проваджень стосовно правопорушень, установлених відповідно до статей 36, 37, 38 та 39 цієї Конвенції, на строк, який достатній для здійснення ефективного порушення провадження після досягнення жертвою повноліття і який буде домірним до ступеня тяжкості правопорушення, про яке йдеться». [Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами. (Рада Європи, від 11.05.2011). https://rm.coe.int/1680096e45]

44.1.7. Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210)

(Рада Європи, від 11.05.2011)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Стаття 48. Заборона обов'язкового застосування до процесів або винесення вироків альтернативного вирішення спорів***

251. Внутрішнє законодавство багатьох держав – членів Ради Європи передбачає застосування системи альтернативного вирішення спорів до процесів та винесення вироків рамках кримі-

нального й цивільного права. Зокрема, в сімейному праві методи альтернативного судовому вирішення спорів вважаються кращими для сімейних відносин ще і з огляду на триваліше врегулювання спору. В деяких правових системах процеси альтернативного вирішення спорів або винесення вироків (наприклад, медіація або примирення) також застосовуються в кримінальному праві.

251. Автори не ставлять під сумнів переваги таких альтернативних методів, наявних у багатьох кримінальних і цивільних справах, вони хочуть наголосити на негативних наслідках, які вони можуть мати у випадках насильства, охоплених цією Конвенцією, зокрема у разі обов'язкової вимоги щодо застосування таких альтернативних методів врегулювання спорів замість змагального провадження в суді. Жертви такого насильства ніколи не зможуть виступати в таких альтернативних процесах вирішення спорів нарівні з правопорушником. Характер цих злочинів полягає в тому, що жертви неодмінно залишаються з почуттям сорому, безпорадності та вразливості, тоді як кривдник випромінює силу та домінування. Для уникнення реприватизації домашнього насильства й насильства стосовно жінок і забезпечення можливості правосуддя для жертв на державу покладається обов'язок надавати доступ до змагального провадження в суді під головуванням нейтрального судді в порядку чинного національного законодавства. Відповідно, п. 1 вимагає від Сторін передбачити у внутрішньому кримінальному й цивільному праві заборону на обов'язкову участь в альтернативних процесах вирішення спорів.

(…)

Стаття 58. Строки давності

296. Цим положенням передбачається продовження строків давності на час, достатній для ефективного порушення провадження після досягнення жертвою повноліття. Отже, це зобов'язання поширюється лише на неповнолітніх жертв, які часто та з різних причин не можуть заявити про злочини проти них до досягнення ними повноліття. Формулювання «на строк, достатній для ефективного порушення провадження» означає насамперед, що на момент досягнення повноліття цією дитиною, вона мала достатньо часу, щоб пережити свою травму, і тепер може подати скаргу, а по-друге, це дає змогу прокуратурі висувати обвинувачення за фактом відповідних правопорушень.

297. З метою виконання вимог щодо пропорційності в кримінальному провадженні автори обмежили застосування цього принципу до правопорушень, передбачених у статтях 36, 37, 38, 39, щодо яких продовження строків давності виправдане. Водночас п. 2 статті 78 щодо застережень дозволяє майбутнім Сторонам оголошувати, що вони залишають за собою право не застосовувати цей принцип щодо статей 37, 38, 39 або застосовувати його лише в окремих випадках чи за окремих умов». [Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210). (Рада Європи, від 11.05.2011) https://rm.coe.int/1680096e45]

44.1.8. Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства

(ООН, від 26.11.1968)

(ратифіковано ПВР 25.03.1969)

«***Статья I***

Никакие сроки давности не применяются к следующим преступлениям, независимо от времени их совершения:

a) военные преступления, как они определяются в Уставе Нюрнбергского международного военного трибунала от 8 августа 1945 года и подтверждаются резолюциями 3 (I) от 13 февраля 1946 года и 95 (I) от 11 декабря 1946 года Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, а также, в частности, «серьезные нарушения», перечисленные в Женевских конвенциях о защите жертв войны от 12 августа 1949 года;

b) преступления против человечества, независимо от того, были ли они совершены во время войны или в мирное время, как они определяются в Уставе Нюрнбергского международного военного трибунала от 8 августа 1945 года и подтверждаются в резолюциях 3 (I) от 13 февраля

1946 года и 95 (I) от 11 декабря 1946 года Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, изгнание в результате вооруженного нападения или оккупации и бесчеловечные действия, являющиеся следствием политики апартеида, а также преступление геноцида, определяемое в Конвенции 1948 года о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (995_155), даже если эти действия не представляют собой нарушения внутреннего законодательства той страны, в которой они были совершены.

(…)

Статья IV

Государства-участники настоящей Конвенции обязуются принять в соответствии с их конституционной процедурой любые законодательные или иные меры, необходимые для обеспечения того, чтобы срок давности, установленный законом или иным путем, не применялся к судебному преследованию и наказанию за преступления, указанные в статьях I и II настоящей Конвенции, и чтобы там, где такой срок применяется к этим преступлениям, он был отменен». [Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства. (ООН, від 26.11.1968). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_168]

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо строків давності кримінальної відповідальності

44.3.1. Справа «Sawoniuk v. the United Kingdom»

Фактичні обставини:

Заявник народився в 1921 році в Домочево в Білорусі. До 1939 року Домачево знаходився в Польщі. Німці ненадовго окупували регіон, перш ніж поступитися ним Росії. У червні 1941 року німці знову вторглися і окупували Домачево до липня 1944 року.

Заявник приєднався до місцевих поліцейських сил, встановлених німцями незабаром після початку окупації, і, в кінцевому підсумку, став місцевим поліцейським командиром. У період окупації була здійснена нацистська політика геноциду проти єврейського населення. Згідно з німецькими записами, 19–20 вересня 1942 року в Домачево було вбито 2900 євреїв. Це була спільна операція, проведена німцями і місцевою поліцією. Пошук і вбивство євреїв, які уникали таких операцій, були частиною завдань місцевої поліції.

Заявник покинув регіон в липні 1944 року, коли німці почали відступати. Він прибув до Сполученого Королівства приблизно в 1946 році і до цих пір живе там.

У Законі 1991 року Сполученого Королівства про військові злочини передбачено, що судовий розгляд у справі про вбивство може бути порушено проти будь-якої особи незалежно від його громадянства щодо правопорушень, вчинених під час Другої світової війни.

1 і 3 квітня 1996 року заявника було допитано британської поліцією щодо його діяльності в Домачево під час німецької окупації. У своїх заявах він заперечував, що він був членом місцевої поліції. Заявнику було висуноте звинувачення в обвинувальному висновку з чотирма пунктами вбивства:

пункт 1: між 19 і 27 вересня 1942 року він убив єврейку в Домачево в обставинах, які є порушенням законів і звичаїв війни;

пункт 2: з 19 вересня по 4 жовтня 1942 року він убив єврея на ім'я Шлемко в Домачево в обставинах, які є порушенням законів і звичаїв війни;

пункт 3: між 19 вересня і 4 жовтня 1942 року він убив єврейку (крім тієї, що вказана в графі 1) в Домачево, в обставинах, що є порушенням законів і звичаїв війни;

пункт 4: між 19 і 31 грудня 1942 року він убив єврея, відомого як Світ Барлас в Домачево, в обставинах, що є порушенням законів і звичаїв війни.

1 квітня 1999 року присяжні засудили заявника за пунктами 1 і 3. Заявник був засуджений до обов'язкового довічного ув'язнення. Суддя рекомендував заявнику «ніколи не бачити світло дня». У своєму рішенні від 10 лютого 2000 року Апеляційний суд відхилив апеляцію заявника. 15 червня 2000 Палата лордів відмовилася від клопотання про надання дозволу на апеляцію.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«1. (…) заявник скаржився на те, що він не зміг отримати справедливий судовий розгляд у зв'язку з тривалістю часу між подіями і судовим розглядом протягом приблизно п'ятдесяти років.

Суд зазначає, що такий проміжок часу дійсно мав вплинути на доступність доказів і що якоюсь мірою могли бути втрачені спогади свідків. Однак Конвенція не встановлює будь-яких обмежень щодо судового переслідування воєнних злочинів (див. також Конвенцію ООН про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства, від 26 листопада 1968 року, а також Європейську конвенцію про незастосування строків давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів, від 25 січня 1974 року, обидві передбачають, що встановлені законом строки давності не застосовуються до переслідування цих злочинів). Суд також не впевнений в тому, що будь-яка загальне вимога про справедливість вимагає, щоб обмеження строку давності малося на увазі в статті 6 Конвенції. Він задоволений тим, що в цьому випадку тягар доведення лежить на стороні обвинувачення, щоб встановити поза розумних сумнівів, що заявник вчинив злочинні дії і що заявникові, який був представлений старшим і молодшим адвокатом і адвокатами, була надана справедлива та ефективна можливість поставити ці питання для вирішення на його користь, в тому числі – аргументи щодо достовірності доказів свідків.

(…)

На закінчення Суд при розгляді скарг окремо і в сукупності вважає, що заявник не був позбавлений справедливого судового розгляду за змістом пункту 1 статті 6. Тому його скарги повинні бути відхилені як явно необґрунтовані відповідно до ст. 35 §§ 3 та 4 Конвенції». [Sawoniuk v. the United Kingdom (63716/00). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–5878]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 44–49 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

44.4.1. Чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, містять певні підстави, за якими особи, винні у шпигунстві, повинні бути звільнені від кримінальної відповідальності. Однак зазначені підстави не передбачені статтями розд. IX КК України.

(Див.: 114.4.1)

44.4.2. Частина 5 ст. 49 КК України не повною мірою відповідає нормам міжнародного права, які вимагають включення до національного законодавства норм про незастосування строку давності до злочинів проти людяності. Натомість Особлива частина КК України не містить статей про відповідальність за злочини проти людяності (на відміну від злочинів проти миру та воєнних злочинів).

(Див.: 44.1.3; 44.1.8 – п. 1b; XX.4.3)

Злочини, у разі вчинення яких давність не застосовується відповідно до ч. 5 ст. 49 КК України, поділяються на дві групи.

Перша група – це злочини проти основ національної безпеки України, передбачені у статтях 109–114[1] КК України. Незастосування давності до цих злочинів є суверенним рішенням українського законодавця, яке ніяк не пов'язано з міжнародним законодавством, оскільки відсутні документи ООН та міжнародні конвенції, які б накладали на держави обов'язок не застосовувати строк давності за державну зраду, диверсію, шпигунство тощо.

Друга група злочинів, що вказані у ч. 4 ст. 49 КК України – це «злочини проти миру та безпеки людства, передбачених у статтях 437–439 і частині першій ст. 442 цього Кодексу». Зазначені статті КК України кореспондуються з певними нормами міжнародного законодавства:

стаття 437 КК України – з п. а) ст. 6 Статуту Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі;

статті 438 КК України – з п. b) ст. 6 Статуту Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі, а також статті Женевських конвенцій про захист жертв війни від 12 серпня 1949 р.;

статті 439 КК України – з п. c) ст. 6 Статуту Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі;

частина 1 ст. 442 КК України – зі ст. II Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього.

Включенням зазначених статей до національного кримінального закону, а також посиланням на ці статті у ч. 5 ст. 49 КК України, держава виконує свій обов'язок, сформульований у ст. IV Конвенції про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства.

Водночас аналіз змісту ст. I Конвенції про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства свідчить, що зазначений обов'язок не можна вважати повністю виконаним. Зазначена норма (разом зі ст. IV) покладає на держави-учасниці обов'язок не застосовувати давність до низки діянь, які не включені до Особливої частини КК України як злочини проти людяності і, відповідно, не вказані у ч. 5 ст. 49 КК України *(див.: XX.4.3)*.

Деякі з діянь, що міжнародним гуманітарним правом віднесені до злочинів проти людяності, взагалі за чинним КК України не визначені як злочин. Наприклад, до злочинів проти людяності належать «злочини апартеїду» *(див.: XX.1.4. – п. 1 j)*. Незважаючи на специфічний характер зазначеного діяння, відсутність у КК України норми про відповідальність за практику апартеїду за відсутності ознак воєнного злочину[1], теоретично може створити проблеми в правозастосовній практиці у випадку, наприклад, надходження запиту від компетентного органу Південно-Африканської республіки про видачу особи (екстрадицію). У такому випадку фактично неможливо виконати зобов'язання, сформульовані у підп. b) ст. I та у ст. III Конвенції про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства *(див.: 10.1.35)*. Так само унеможливлено переймання кримінального провадження в порядку ч. 3 ст. 10 КК України, оскільки діяння, у зв'язку з яким запитується передача кримінального провадження, згідно з КК України не визнається злочином.

Так само не відображено в Особливій частині та в ч. 5 ст. 49 КК України приналежність до групи або організації, визнаних злочинними рішенням Нюрнберзького міжнародного трибуналу[2] (статті 9 і 10 Статуту Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі, а також Резолюція 95 (I) Генеральної Асамблеї ООН «Підтвердження принципів міжнародного права, визнаних Статутом Нюрнберзького трибуналу»). Між тим відомі випадки притягнення в різних країнах світу до кримінальної відповідальності бувших членів підрозділів СС[3].

44.4.3. Колізію кримінально правових норм утворює наявність в Особливій частині Кримінального кодексу України двох різних статей (ст. 434 і ст. 438), що передбачають відповідальність за жорстоке поводження з військовополоненими.

Згідно з нормами міжнародного права не застосовується давність за такий злочин як жорстоке поводження з військовополоненими (п. «d» ч. 1 ст. 3 Женевської конвенція про поводження з військовополоненими, а також пункт «b» ст. 6 Статуту Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі). Наразі стаття 434 КК України передбачає відповідальність за «погане поводження з військовополоненими, яке мало

[1] Застосування практики апартеїду стосовно осіб, які охороняються Женевськими конвенціями 1949 р., утворює склад воєнного злочину і кваліфікується за ст. 438 КК України.

[2] Нюрнберзький міжнародний трибунал своїм вироком від 1 жовтня 1946 р. визнав злочинними такі групи (організації): керівний склад нацистської партії; державна таємна поліція (гестапо) і служба безпеки рейхсфюрера СС (СД); охоронні загони націонал-соціалістської робітничої партії Німеччини (загальновідомі під назвою СС), включаючи членів Загальної СС, військ СС, з'єднань СС «Мертва голова» і членів будь-якого роду поліцейських служб, які були членами СС. [Нюрнбергский процесс. В 2 томах. – М.: Госюриздат; Издание 3-е, испр. – 1954–1955. – 2100 с.]

[3] Див., напр.: У Німеччині судитимуть 95-річного колишнього есесівця // Deutsche Welle. Українська служба. – 11.04.2015. URL: https://goo.gl/FNXuuz.

місце неодноразово, або пов'язане з особливою жорстокістю», а ст. 438 Кодексу передбачає, у свою чергу, відповідальність за «жорстоке поводження з військовополоненими».

Видається, що розмежувати ці два злочини можна лише у випадках, коли жорстоке поводження з військовополоненими поєднано з умисним вбивством, що є кваліфікуючою ознакою в ч. 2 ст. 438 КК і не охоплюється ст. 434 КК України. За відсутності такої ознаки, відмежувати «жорстоке поводження з військовополоненими» від «поганого поводження з військовополоненими, яке (…) пов'язане з особливою жорстокістю» становить нетривіальну задачу. При цьому слід тримати на увазі, що від вибору того чи іншого варіанта кваліфікації залежить не лише питання різних за тяжкістю санкцій указаних статей, але також питання застосування чи незастосовування давності до осіб, які вчинили цей злочин (див.також: 438.4.9).

44.4.4. Незастосування строків давності стосовно злочинів «проти миру та безпеки людства» на підставі норм міжнародного права та ч. 5 ст. 49 КК України не порушує права особи «на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку», як це встановлено ч. 1 ст. 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

(Див.: 44.3.1)

44.4.5. Законом від 06.12.2017 р. № 2227-VIII до КК України внесені зміни з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами. Натомість не були внесені зміни та доповнення до розд. IX КК, які б відображали положення ст. 48 цієї Конвенції. У свою чергу, це може становити певні ризики стосовно скарг до ЄСПЛ.

(Див.: 44.1.6)

У розд. IX КК України передбачено, що звільнення від кримінальної відповідальності є обов'язковим стосовно особи, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості (крім корупційних злочини):

– у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45);

– у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46).

До злочинів невеликої тяжкості належать, зокрема, деякі форми насильства, які підпадають під сферу застосування Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами, а також передбачені такими статтями КК України:

– домашнє насильство – ст. 126^1 КК України;

– примушування до стерилізації без добровільної згоди потерпілої особи – ч. 4 ст. 134 КК України;

– примушування до шлюбу – ч. 1 ст. 151^2 КК України;

– примушування до вступу в статевий зв'язок – ч. 1 і ч. 2 ст. 154 КК України.

Як результат, статті 45 і 46 КК України, згідно з якими особи, що вперше вчинили вказані вище злочини і щиро покаялися чи примирилися з потерпілим, звільняються від кримінальної відповідальності, суперечать ст. 48 зазначеної Конвенції Ради Європи, яка це забороняє. Суди не можуть застосовувати безпосередньо ст. 48 Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами *(див.: 0.2.5)*.

Це означає, що у випадку звільнення від кримінальної відповідальності особи на підставі ст. 45 КК України та звернення у зв'язку з цим потерпілої від злочину особи до ЄСПЛ Європейський суд буде вимушений визнати факт невиконання Україною взятого на себе зобов'язання.

Слід зазначити, що виглядає переконливою аргументація авторів тексту Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами на користь заборони застосування обов'язкового звільнення від кримінальної відповідальності осіб, винних у домашньому насильстві. Зокрема, примирення винного з потерпілим у таких справах має ретельно перевірятися, оскільки правопорушник через тісні і постійні «домашні» зв'язки з жертвою має значні важелі для отримання від неї письмової заяви про «добровільну» згоду на примирення».

Що ж стосується злочинів, передбачених ч. 4 ст. 134 КК, ч. 1 ст. 151^2 і ч. 1 і ч. 2 ст. 154 КК України (за якими можливе зараз звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим

каяттям), практика свідчить, що каяття осіб, винних у вчинені правопорушень на сексуальному ґрунті, не завжди буває щирим та тривалим.

Характер усіх цих злочинів полягає в тому, що жертви неодмінно залишаються з почуттям сорому, безпорадності та вразливості, тоді як правопорушник використовує силу та домінування. Саме тому п. 1 ст. 48 Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами вимагає від країн-учасниць передбачити у внутрішньому кримінальному праві заборону на «обов'язкові альтернативні процеси з вирішення спорів» (…) «стосовно всіх форм насильства, які підпадають під сферу застосування цієї Конвенції».

(Див.: 44.1.7 – ст. 48)

44.4.6. Законом від 06.12.2017 №2227-VIII до КК України внесені зміни з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами. Натомість не були внесені зміни до ст. 49 КК України, які б відображали положення ст. 58 цієї Конвенції. У свою чергу, це означає існування імовірності скарг до ЄСПЛ.

(Див.: 44.1.6)

Стаття 58 Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами передбачає продовження строків давності на час, достатній для ефективного порушення провадження після досягнення жертвою повноліття, стосовно правопорушень, які відповідно до Закону від 6 грудня 2017 р. №2227-VIII передбачені такими статтями Особливої частини КК України: 126, 152, 153, 154, 151^2, 121 (стосовно каліцтва жіночих геніталій) і 134 КК України. Це стосується неповнолітніх жертв, які часто та з різних причин не можуть заявити про злочини проти них до досягнення ними повноліття. Формулювання «на строк, достатній для ефективного порушення провадження» означає, по-перше, що на момент досягнення повноліття цією дитиною вона мала достатньо часу, щоб пережити свою травму, і тепер може подати скаргу, а по-друге, це дає змогу прокуратурі висувати обвинувачення за фактом відповідних правопорушень (*див.: 44.1.7*). При цьому відповідно до ст. 78 вказаної Конвенції Україна не може під час її ратифікації зробити жодного застереження щодо незастосування ст. 58 Конвенції до правопорушень, яким відповідають злочини, передбачені статтями 126, 152, 153, 154 КК України.

Наразі Законом від 6 грудня 2017 р. №2227-VIII не внесені зміни до ст. 49 КК України, які б передбачили продовження строків давності стосовно зазначених злочинів, вчинених стосовно неповнолітніх потерпілих. Це означає, що у випадку звільнення особи від кримінальної відповідальності за вказані вище злочини на підставі ст. 49 КК України та звернення у зв'язку з цим потерпілого від злочину до ЄСПЛ, наявна імовірність того, що Європейський суд визнає факт невиконання Україною взятого на себе зобов'язання.

Розділ X. ПОКАРАННЯ ТА ЙОГО ВИДИ

Стаття 50. Поняття покарання та його мета

1. Покарання є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого.

2. Покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами.

3. Покарання не має на меті завдати фізичних страждань або принизити людську гідність.

Стаття 51. Види покарань

До осіб, визнаних винними у вчиненні злочину, судом можуть бути застосовані такі види покарань:

1) штраф;

2) позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу;

3) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю;

4) громадські роботи;

5) виправні роботи;

6) службові обмеження для військовослужбовців;

7) конфіскація майна;

8) арешт;

9) обмеження волі;

10) тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців;

11) позбавлення волі на певний строк;

12) довічне позбавлення волі.

Стаття 52. Основні та додаткові покарання

1. Основними покараннями є громадські роботи, виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців, арешт, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, позбавлення волі на певний строк, довічне позбавлення волі.

2. Додатковими покараннями є позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу та конфіскація майна.

3. Штраф та позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю можуть застосовуватися як основні, так і як додаткові покарання.

4. За один злочин може бути призначено лише одне основне покарання, передбачене в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу. До основного покарання може бути приєднане одне чи кілька додаткових покарань у випадках та порядку, передбачених цим Кодексом.

5. Ухилення від покарання, призначеного вироком суду, має наслідком відповідальність, передбачену статтями 389 та 390 цього Кодексу.

(Стаття 52 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 53. Штраф

1. Штраф – це грошове стягнення, що накладається судом у випадках і розмірі, встановлених в Особливій частині цього Кодексу, з урахуванням положень частини другої цієї статті.

2. Розмір штрафу визначається судом залежно від тяжкості вчиненого злочину та з урахуванням майнового стану винного в межах від тридцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян до п'ятдесяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, якщо

статтями Особливої частини цього Кодексу не передбачено вищого розміру штрафу. За вчинення злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, розмір штрафу, що призначається судом, не може бути меншим за розмір майнової шкоди, завданої злочином, або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, незалежно від граничного розміру штрафу, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу. Суд, встановивши, що такий злочин вчинено у співучасті і роль виконавця (співвиконавця), підбурювача або пособника у його вчиненні є незначною, може призначити таким особам покарання у виді штрафу в розмірі, передбаченому санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу, без урахування розміру майнової шкоди, завданої злочином, або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу.

3. Штраф як додаткове покарання може бути призначений лише тоді, коли його спеціально передбачено в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу.

4. З урахуванням майнового стану особи суд може призначити штраф із розстрочкою виплати певними частинами строком до одного року.

5. У разі несплати штрафу в розмірі не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян та відсутності підстав для розстрочки його виплати суд замінює несплачену суму штрафу покаранням у виді громадських робіт із розрахунку одна година громадських робіт за один установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян або виправними роботами із розрахунку один місяць виправних робіт за двадцять установлених законодавством неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, але на строк не більше двох років.

У разі несплати штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, призначеного як основне покарання, та відсутності підстав для розстрочки його виплати суд замінює несплачену суму штрафу покаранням у виді позбавлення волі із розрахунку один день позбавлення волі за вісім неоподатковуваних мінімумів доходів громадян у таких межах:

1) від одного до п'яти років позбавлення волі – у випадку призначення штрафу за вчинення злочину середньої тяжкості;

2) від п'яти до десяти років позбавлення волі – у випадку призначення штрафу за вчинення тяжкого злочину;

3) від десяти до дванадцяти років позбавлення волі – у випадку призначення штрафу за вчинення особливо тяжкого злочину.

Якщо під час розрахунку строку позбавлення волі цей строк становить більше встановлених цією частиною статті меж, суд замінює покарання у виді штрафу покаранням у виді позбавлення волі на максимальний строк, передбачений для злочину відповідної тяжкості цією частиною статті.

(Стаття 53 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008; в редакції Закону № 4025-VI від 15.11.2011; із змінами, внесеними згідно із Законом № 4652-VI від 13.04.2012)

Стаття 54. Позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу

Засуджена за тяжкий чи особливо тяжкий злочин особа, яка має військове, спеціальне звання, ранг, чин або кваліфікаційний клас, може бути позбавлена за вироком суду цього звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу.

Стаття 55. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю

1. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може бути призначене як основне покарання на строк від двох до п'яти років або як додаткове покарання на строк від одного до трьох років.

Позбавлення права обіймати певні посади як додаткове покарання у справах, передбачених Законом України «Про очищення влади», призначається на строк п'ять років.

2. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання може бути призначене й у випадках, коли воно не передбачене в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу за умови, що з урахуванням характеру злочину, вчиненого за посадою або у зв'язку із заняттям певною діяльністю, особи засудженого та інших обставин справи суд визнає за неможливе збереження за ним права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

3. При призначенні позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткового покарання до арешту, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або позбавлення волі на певний строк – воно поширюється на увесь час відбування основного покарання і, крім цього, на строк, встановлений вироком суду, що набрав законної сили. При цьому строк додаткового покарання обчислюється з моменту відбуття основного покарання, а при призначенні покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове до інших основних покарань, а також у разі застосування статті 77 цього Кодексу – з моменту набрання законної сили вироком.

(Стаття 55 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1682-VII від 16.09.2014)

§1. Норми міжнародного права
щодо позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю

55.1.1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції
(ООН, від 31.10.2003)
(ратифіковано із заявами Законом від 18.10.2006)
«***Стаття 30. Переслідування, винесення судового рішення та санкції***
(…)
7. Коли це є обґрунтованим, з урахуванням ступеня небезпеки злочину, кожна Держава-учасниця тією мірою, якою це відповідає основоположним принципам її правової системи, розглядає можливість встановлення процедур для позбавлення на визначений строк, встановлений в її внутрішньому праві, за рішенням суду або за допомогою будь-яких інших належних засобів, осіб, засуджених за злочини, що визначені цією Конвенцією, права:
a) займати державну посаду; та
b) займати посаду на будь-якому підприємстві, яке цілком або частково перебуває у власності держави». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції. (ООН, від 31.10.2003) http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16]

Стаття 56. Громадські роботи

1. Громадські роботи полягають у виконанні засудженим у вільний від роботи чи навчання час безоплатних суспільно корисних робіт, вид яких визначають органи місцевого самоврядування.

2. Громадські роботи встановлюються на строк від шістдесяти до двохсот сорока годин і відбуваються не більш як чотири години на день.

3. Громадські роботи не призначаються особам, визнаним особами з інвалідністю першої або другої групи, вагітним жінкам, особам, які досягли пенсійного віку, а також військовослужбовцям строкової служби.

(Стаття 56 із змінами, внесеними згідно із Законом № 2581-VIII від 02.10.2018)

Стаття 57. Виправні роботи

1. Покарання у виді виправних робіт встановлюється на строк від шести місяців до двох років і відбувається за місцем роботи засудженого. Із суми заробітку засудженого до

виправних робіт провадиться відрахування в доход держави у розмірі, встановленому вироком суду, в межах від десяти до двадцяти відсотків.

2. Виправні роботи не застосовуються до вагітних жінок та жінок, які перебувають у відпустці по догляду за дитиною, до непрацездатних, до осіб, що не досягли шістнадцяти років, та тих, що досягли пенсійного віку, а також до військовослужбовців, осіб рядового і начальницького складу Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, працівників правоохоронних органів, нотаріусів, приватних виконавців, суддів, прокурорів, адвокатів, державних службовців, посадових осіб органів місцевого самоврядування.

3. Особам, які стали непрацездатними після постановлення вироку суду, виправні роботи суд може замінити штрафом із розрахунку трьох встановлених законодавством неоподатковуваних мінімумів доходів громадян за один місяць виправних робіт.

(Стаття 57 із змінами, внесеними згідно із Законами №1180-VI від 19.03.2009, №1403-VIII від 02.06.2016)

Стаття 58. Службові обмеження для військовослужбовців

1. Покарання у виді службового обмеження застосовується до засуджених військовослужбовців, крім військовослужбовців строкової служби, на строк від шести місяців до двох років у випадках, передбачених цим Кодексом, а також у випадках, коли суд, враховуючи обставини справи та особу засудженого, вважатиме за можливе замість обмеження волі чи позбавлення волі на строк не більше двох років призначити службове обмеження на той самий строк.

2. Із суми грошового забезпечення засудженого до службового обмеження провадиться відрахування в доход держави у розмірі, встановленому вироком суду, в межах від десяти до двадцяти відсотків. Під час відбування цього покарання засуджений не може бути підвищений за посадою, у військовому званні, а строк покарання не зараховується йому в строк вислуги років для присвоєння чергового військового звання.

§1. Норми міжнародного права
щодо заборони дискримінації

58.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 14. Заборона дискримінації***
Користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо застосування різних видів покарання в залежності від статусу особи

58.3.1. Справа «Engel and Others v. The Netherlands»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
(неофіційний авторський переклад)
«72. Заявники насамперед скаржаться на відмінності в положенні військовослужбовців. Відповідно до статей 10 і 44 Закону Нідерландів 1903 р. попередній арешт, що накладається у вигляді арешту суворого режиму, офіцери відбувають за місцем їх проживання – в наметовому таборі або казармах, тоді як сержантський склад і рядові повинні бути замкнені в камері. Що стосується направлення в дисциплінарний підрозділ, цьому покаранню піддавалися тільки рядові.

(…)

Суд ураховує, що відповідне законодавство ряду Договірних Держав, судячи з усього, схиляється, хоча і різною мірою, до більшої рівності у сфері дисципліни між офіцерами, сержантським складом і рядовими. Нідерландський Закон від 12 вересня 1974 р. дає яскравий приклад такої тенденції. Скасувавши, зокрема, арешт із суворим режимом утримання і направлення в дисциплінарний підрозділ, цей Закон поклав край розбіжностям, які критикували заявники.

(…)

Ієрархічна структура армії тягне за собою встановлення відмінностей залежно від звання. Різним званням відповідає різний ступінь відповідальності, що, у свою чергу, виправдовує певну нерівність щодо застосування санкцій за правопорушення. Така нерівність традиційно зустрічається в Договірних Державах і допускається міжнародним гуманітарним правом (ст. 88 Женевської Конвенції від 12 серпня 1949 р. про поводження з військовополоненими). У цій сфері Європейська Конвенція надає компетентним національним органам значну свободу розсуду.

У розглянутий період часу відмінності, проти яких виступили три заявники, існували у внутрішньому правопорядку практично всіх Договірних Держав. Засновані на об'єктивному факторі, тобто «званні», ці відмінності були продиктовані легітимною метою, а саме підтримкою дисципліни методами, відповідними до кожної категорії військовослужбовців.

(…)

74. Таким чином, Суд не знаходить порушення ст. 5 п. 1 та ст. 14, узятих в поєднанні». [Engel and Others v. The Netherlands. (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57479]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 58 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

58.4.1. Правова позиція ЄСПЛ: ієрархічна структура армії тягне за собою встановлення відмінностей залежно від звання. Різним званням відповідає різний ступінь відповідальності, що, у свою чергу, виправдовує певну нерівність щодо застосування санкцій за правопорушення.

(Див.: 58.3.1)

Статтями 51–52 КК України передбачено такий основний вид покарання, як службові обмеження для військовослужбовців. У свою чергу, санкції багатьох статей розд. XIX Кримінального кодексу «Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини)» передбачають призначення за вчинені діяння альтернативних покарань – від службового обмеження до позбавлення волі. При цьому згідно зі ст. 58 КК України найменш тяжке покарання у вигляді службового обмеження не може бути призначено до засуджених військовослужбовців строкової служби. Наприклад, за опір начальникові (ч.1 ст. 404 КК України) найменш тяжким покаранням для військовослужбовців строкової служби визначено тримання у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років. Натомість іншим військовослужбовцям за такий саме злочин може бути призначено менш тяжке покарання – службове обмеження на строк до двох років.

Така ситуація має певний потенціал щодо скарг до ЄСПЛ з приводу дискримінації українського кримінального закону та практики покарання за вчинення військових злочинів.

Однак наведене вище рішення ЄСПЛ у справі «Engel and Others v. The Netherlands» дозволяє принаймні на сьогодні очікувати, що ЄСПЛ не знайде дискримінації в існуванні можливості призначення різних покарань за однаковий злочин за ознакою «військове звання» (чи статус) військовослужбовця. При цьому слід, однак, тримати на увазі зауваження ЄСПЛ про те, що «законодавство ряду Договірних Держав, судячи з усього, схиляється, хоча і в різному ступені, до більшої рівності в області дисципліни між офіцерами, сержантським складом і рядовими».

Стаття 59. Конфіскація майна

1. Покарання у виді конфіскації майна полягає в примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого. Якщо конфіс-

кується частина майна, суд повинен зазначити, яка саме частина майна конфіскується, або перелічити предмети, що конфіскуються.

2. Конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини, а також за злочини проти основ національної безпеки України та громадської безпеки незалежно від ступеня їх тяжкості і може бути призначена лише у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині цього Кодексу.

3. Перелік майна, що не підлягає конфіскації, визначається законом України.

(Стаття 59 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1689-VII від 07.10.2014)

Стаття 60. Арешт

1. Покарання у виді арешту полягає в триманні засудженого в умовах ізоляції і встановлюється на строк від одного до шести місяців.

2. Військовослужбовці відбувають арешт на гауптвахті.

3. Арешт не застосовується до осіб віком до шістнадцяти років, вагітних жінок та до жінок, які мають дітей віком до семи років.

Стаття 61. Обмеження волі

1. Покарання у виді обмеження волі полягає у триманні особи в кримінально-виконавчих установах відкритого типу без ізоляції від суспільства в умовах здійснення за нею нагляду з обов'язковим залученням засудженого до праці.

2. Обмеження волі встановлюється на строк від одного до п'яти років.

3. Обмеження волі не застосовується до неповнолітніх, вагітних жінок і жінок, що мають дітей віком до чотирнадцяти років, до осіб, що досягли пенсійного віку, військовослужбовців строкової служби та до осіб з інвалідністю першої і другої групи.

(Стаття 61 із змінами, внесеними згідно із Законом № 2581-VIII від 02.10.2018)

Стаття 62. Тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців

1. Покарання у виді тримання в дисциплінарному батальйоні призначається військовослужбовцям строкової служби, військовослужбовцям, які проходять військову службу за контрактом, особам офіцерського складу, які проходять кадрову військову службу, особам офіцерського складу, які проходять військову службу за призовом, військовослужбовцям, призваним на військову службу під час мобілізації, на особливий період (крім військовослужбовців-жінок), на строк від шести місяців до двох років у випадках, передбачених цим Кодексом, а також якщо суд, враховуючи обставини справи та особу засудженого, вважатиме за можливе замінити позбавлення волі на строк не більше двох років триманням у дисциплінарному батальйоні на той самий строк.

2. Тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців замість позбавлення волі не може застосовуватися до осіб, які раніше відбували покарання у виді позбавлення волі.

(Стаття 62 із змінами, внесеними згідно із Законом № 158-VIII від 05.02.2015)

Стаття 63. Позбавлення волі на певний строк

1. Покарання у виді позбавлення волі полягає в ізоляції засудженого та поміщенні його на певний строк до кримінально-виконавчої установи закритого типу.

2. Позбавлення волі встановлюється на строк від одного до п'ятнадцяти років, за винятком випадків, передбачених Загальною частиною цього Кодексу.

(Стаття 63 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1254-VI від 14.04.2009)

Стаття 64. Довічне позбавлення волі

1. Довічне позбавлення волі встановлюється за вчинення особливо тяжких злочинів і застосовується лише у випадках, спеціально передбачених цим Кодексом, якщо суд не вважає за можливе застосовувати позбавлення волі на певний строк.

2. Довічне позбавлення волі не застосовується до осіб, що вчинили злочини у віці до 18 років і до осіб у віці понад 65 років, а також до жінок, що були в стані вагітності під час вчинення злочину або на момент постановлення вироку, а також у випадку, передбаченому частиною четвертою статті 68 цього Кодексу.

(Стаття 64 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1492-VIII від 07.09.2016)

§1. Норми міжнародного права
щодо покарання у виді довічного позбавлення волі

64.1.1. Римський статут міжнародного кримінального суду
(ООН, від 17.07.1998)
(щодо ратифікації див.: частина 6 ст. 124 Конституції України; постанова ВР № 145-VIII від 04.02.2015)

«***Статья 77. Применимые меры наказания***

1. С учетом статьи 110 Суд может назначить одну из следующих мер наказания лицу, признанному виновным в совершении преступления, предусмотренного в статье 5 настоящего Статута:

a) лишение свободы на определенный срок, исчисляемый в количестве лет, которое не превышает максимального количества в 30 лет, или

b) пожизненное лишение свободы в тех случаях, когда это оправдано исключительно тяжким характером преступления и индивидуальными обстоятельствами лица, признанного виновным в его совершении.

2. Помимо лишения свободы, Суд может назначить:

a) штраф в соответствии с критериями, предусмотренными в Правилах процедуры и доказывания;

b) конфискацию доходов, имущества и активов, полученных прямо или косвенно в результате преступления, без ущерба для прав bona fide третьих сторон». [Римський статут міжнародного кримінального суду (ООН, від 17.07.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588]

64.1.2. Конвенція про права дитини
(ООН, від 20.11.1989)
(ратифіковано постановою ВР № 789-XII від 27.02.1991)
«Стаття 37

Держави-учасниці забезпечують, щоб:

a) жодна дитина не піддавалась катуванням та іншим жорстоким, нелюдським або принижуючим гідність видам поводження чи покарання. Ні смертна кара, ні довічне тюремне ув'язнення, які не передбачають можливості звільнення, не призначаються за злочини, вчинені особами, молодшими 18 років». [Конвенція про права дитини. (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_021]

64.1.3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 5. Право на свободу та особисту недоторканність***

1. Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом:

a) законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом;

(…)

4. Кожен, кого позбавлено свободи внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, в ході якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним.

5. Кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання, здійсненого всупереч положенням цієї статті, має забезпечене правовою санкцією право на відшкодування». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

64.1.4. Рекомендація № Rec (2003) 22 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про умовно-дострокове звільнення»

(Рада Європи, від 24.09.2003)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«4. a) Чтобы уменьшить неблагоприятные последствия лишения свободы и способствовать возвращению заключенного в общество на условиях, гарантировавших бы безопасность общества, условно-досрочное освобождение должно быть по закону доступным каждому заключенному, в том числе лицам, осужденным к пожизненному лишению свободы». [Рекомендація № Rec (2003) 22 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про умовно-дострокове звільнення». (Рада Європи, від 24.09.2003). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_665]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо покарання у виді довічного позбавлення волі

64.2.1. Справа «Khamtokhu and Aksenchik v. Russia»

«58. Стаття 5 Конвенції не перешкоджає застосуванню довічного позбавлення волі, де таке покарання передбачено національним законодавством». [Khamtokhu and Aksenchik v. Russia (60367/08 and 961/11). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–170663] (Неофіційний авторський переклад).

64.2.2. Справа «Kafkaris v. Cyprus»

«97. Призначення покарання у виді довічного позбавлення волі дорослому злочинцеві саме по собі не заборонено і не суперечить статті 3 або будь-який інший статті Конвенції. Однак Суд також постановив, що призначення нескоротного довічного ув'язнення дорослому злочинцеві може викликати питання за статтею 3». [Kafkaris v. Cyprus (21906/04). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–85019] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо покарання у виді довічного позбавлення волі

64.3.1. Справа «Khamtokhu and Aksenchik v. Russia»

Фактичні обставини:

Стаття 57 Кримінального кодексу РФ передбачає, що покарання у вигляді довічного позбавлення волі може бути накладено за особливо тяжкі злочини. Тим не менше таке покарання не може бути призначено жінкам, а також особам, які на момент вчинення злочину не досягли 18 років, або особам, чий вік на момент винесення вироку був 65 або більше років.

Скаржники – дорослі чоловіки, які відбувають покарання у виді довічного позбавлення волі, посилаються на ст. 14 Конвенції і вважають норми закону, якими звільнені від покарання у виді довічного позбавлення лише жінки, дискримінаційними щодо інших категорій засуджених.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«69. Ця справа стосується політики винесення вироку, яка звільняє жінок-правопорушників, неповнолітніх правопорушників та правопорушників віком від 65 років від покарання у виді довічного позбавлення волі. Не можна заперечувати, що це звільнення відображає різне ставлення за ознакою статі та віку. (…)

70. Уряд стверджував, що різниця в покаранні повинна була сприяти принципам справедливості та гуманності, що вимагало, щоб політика вироку враховувала вікові та «фізіологічні характеристики» різних категорій правопорушників. Суд вважає, що цю мету можна вважати легітимною в контексті політики винесення вироку та для застосування статті 14 у поєднанні з пунктом 1 статті 5 Конвенції.

71. Що стосується пропорційності використовуваних засобів, то насамперед слід нагадати, що ця справа стосується одного конкретного виду покарання: довічне ув'язнення. На противагу різним строками позбавлення волі, довічне ув'язнення зарезервовано в Кримінальному кодексі

Російської Федерації за деякі особливо тяжкі злочини, щодо яких після врахування всіх обтяжливих та пом'якшувальних обставин суд за результатами розгляду переконаний: довічне позбавлення волі це єдине покарання, яке відповідає тяжкості злочину. Таке покарання не є обов'язковим чи автоматичним вироком для будь-якого правопорушення, незалежно від того, наскільки тяжким воно може бути.

(…)

79. Додатковим фактором, важливим для визначення ступеня, до якого державі-відповідачу має надаватися свобода розсуду, є існування чи відсутність європейського консенсусу. Оскільки Конвенція є насамперед системою захисту прав людини, Суд зобов'язаний брати до уваги зміни умов у державі-відповідачі та в межах Договірних держав загалом і враховувати консенсус щодо стандартів, які мають бути досягнуті.

80. По-перше, Суд не бачить жодних підстав стверджувати про різницю у ставленні до групи дорослих правопорушників, до яких належать заявники, які не звільняються від довічного позбавлення волі, порівняно з неповнолітніми правопорушниками, які звільнені від цього. Дійсно, звільнення неповнолітніх правопорушників від довічного позбавлення волі є підходом, який є єдиним для правових систем усіх Договірних Держав, а саме скасування довічного позбавлення волі для правопорушників, які вважаються неповнолітніми відповідно до їх відповідного національного законодавства. Таке звільнення також узгоджується з рекомендацією Комітету з прав дитини скасувати всі форми довічного позбавлення волі за правопорушення, вчинені особами молодше 18 років, і згідно з Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН, що пропонує державам розглянути питання про скасування всіх форм довічного позбавлення волі для таких осіб. Його мета, очевидно, сприятиме реабілітації неповнолітніх правопорушників.

81. По-друге, оскільки заявники скаржаться на те, що вони розглядаються по-різному, ніж правопорушники віком від 65 років, – інша вікова група, яка звільняється від довічного позбавлення волі, – слід зазначити, що загального принципу засудження до покарання у виді довічного позбавлення волі буде сумісним зі статтею 3 лише в тому випадку, якщо є перспектива звільнення та можливість перегляду (обидва з яких повинні існувати з моменту накладення вироку). На тлі вимог цієї Конвенції Суд не бачить підстав для того, щоб вважати, що відповідне національне положення, що виключає правопорушників віком від 65 років і більше від довічного ув'язнення, не має об'єктивного та змістовного обґрунтування. Як видно з матеріалу в Суді, мета цього положення в принципі збігається з інтересами, що лежать в основі права на дострокове звільнення після перших двадцяти п'яти років для дорослих чоловіків-правопорушників у віці до 65 років, таких як заявники. Це має ще більшу вагу для людей похилого віку, щоб не стати простою ілюзорною можливістю. Обмежуючи строки позбавлення волі шляхом встановлення максимальної вікової межі, російський законодавчий орган використовував один із декількох методів, що є у його розпорядженні, для забезпечення розумної перспективи звільнення для ув'язнених і, таким чином, діяв в межах своєї свободи розсуду відповідно до Конвенції.

82. По-третє, оскільки заявники постраждали внаслідок розгляду їх інакше, ніж дорослих жінок-правопорушників тієї ж вікової групи, як і їхні (від 18 до 65 років), які були звільнені від довічного позбавлення волі з огляду на стать, Суд прийняв до уваги різні європейські та міжнародні документи, що стосуються потреб жінок для захисту від гендерного насильства, зловживання та сексуальних домагань в умовах позбавлення волі, а також потреби в захисті вагітності та материнства. Уряд надавав статистичні дані, що демонструють значну різницю між загальною кількістю в'язнів чоловіків та жінок. Він також вказав на порівняно невелику кількість осіб, засуджених до довічного ув'язнення. Суд не повинен переоцінювати оцінку, зроблену національними органами влади наявним у них даним або пенологічним обґрунтуванням, яке ці дані мають на меті продемонструвати. Однак у конкретних обставинах справи наявні дані, а також вищезазначені елементи є достатньою основою для того, щоб Суд дійшов висновку, що існує суспільний інтерес, що є основою для звільнення жінок-правопорушників від довічного позбавлення волі за загальним правилом.

(…)

88. Зважаючи на вищесказане, Суд вважає, що положення статті 14 Конвенції, взятої у поєднанні зі статтею 5, не були порушені, як щодо різниці в ставленні за віком, так і щодо різниці в покарні з урахуванням статі». [Khamtokhu and Aksenchik v. Russia (60367/08 and 961/11). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–170663]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 64 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

64.4.1. Призначення покарання у виді довічного позбавлення волі дорослому злочинцеві саме по собі не заборонено і не суперечить ст. 3, ст. 5 або будь-який інший статті Конвенції.

(Див.: 64.2.1 та 64.2.2)

64.4.2. Незастосування покарання у виді довічного позбавлення волі до осіб, що вчинили злочини у віці до 18 років і до осіб у віці понад 65 років, а також до жінок, що були в стані вагітності під час вчинення злочину або на момент постановлення вироку, не визнається дискримінацією за віком чи статтю.

(Див.: 64.3.1)

64.4.3. Відсутність у законодавстві можливості (окрім амністії чи помилування) перегляду довічного позбавлення волі з метою пом'якшення покарання або умовно-дострокового звільнення ув'язненого суперечить положенням ст. 3 Конвенції.

(Див.: 74.4.1)

Розділ XI. ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ

Стаття 65. Загальні засади призначення покарання

1. Суд призначає покарання:

1) у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, за винятком випадків, передбачених частиною другою статті 53 цього Кодексу;

2) відповідно до положень Загальної частини цього Кодексу;

3) враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання.

2. Особі, яка вчинила злочин, має бути призначене покарання, необхідне й достатнє для її виправлення та попередження нових злочинів. Більш суворий вид покарання з числа передбачених за вчинений злочин призначається лише у разі, якщо менш суворий вид покарання буде недостатній для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів.

3. Підстави для призначення більш м'якого покарання, ніж це передбачено відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу за вчинений злочин, визначаються статтею 69 цього Кодексу.

4. Більш суворе покарання, ніж передбачене відповідними статтями Особливої частини цього Кодексу за вчинений злочин, може бути призначене за сукупністю злочинів і за сукупністю вироків згідно зі статтями 70 та 71 цього Кодексу.

5. У випадку затвердження вироком угоди про примирення або про визнання вини суд призначає покарання, узгоджене сторонами угоди.

(Стаття 65 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 4025-VI від 15.11.2011, № 4652-VI від 13.04.2012)

Стаття 66. Обставини, які пом'якшують покарання

1. При призначенні покарання обставинами, які його пом'якшують, визнаються:

1) з'явлення із зізнанням, щире каяття або активне сприяння розкриттю злочину;

2) добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди;

2^1) надання медичної або іншої допомоги потерпілому безпосередньо після вчинення злочину;

3) вчинення злочину неповнолітнім;

4) вчинення злочину жінкою в стані вагітності;

5) вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин;

6) вчинення злочину під впливом погрози, примусу або через матеріальну, службову чи іншу залежність;

7) вчинення злочину під впливом сильного душевного хвилювання, викликаного жорстоким поводженням, або таким, що принижує честь і гідність особи, а також за наявності системного характеру такого поводження з боку потерпілого;

8) вчинення злочину з перевищенням меж крайньої необхідності;

9) виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, поєднане з вчиненням злочину у випадках, передбачених цим Кодексом.

2. При призначенні покарання суд може визнати такими, що його пом'якшують, і інші обставини, не зазначені в частині першій цієї статті.

3. Якщо будь-яка з обставин, що пом'якшує покарання, передбачена в статті Особливої частини цього Кодексу як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що його пом'якшує.

(Стаття 66 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008; № 2227-VIII від 06.12.2017)

Стаття 67. Обставини, які обтяжують покарання

1. При призначенні покарання обставинами, які його обтяжують, визнаються:

1) вчинення злочину особою повторно та рецидив злочинів;

2) вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою (частина друга або третя статті 28);

3) вчинення злочину на ґрунті расової, національної, релігійної ворожнечі чи розбрату або на ґрунті статевої приналежності;

4) вчинення злочину у зв'язку з виконанням потерпілим службового або громадського обов'язку;

5) тяжкі наслідки, завдані злочином;

6) вчинення злочину щодо особи похилого віку, особи з інвалідністю або особи, яка перебуває в безпорадному стані, або особи, яка страждає на психічний розлад, зокрема на недоумство, має вади розумового розвитку, а також вчинення злочину щодо малолітньої дитини або у присутності дитини;

6^1) вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах;

7) вчинення злочину щодо жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності;

8) вчинення злочину щодо особи, яка перебуває в матеріальній, службовій чи іншій залежності від винного;

9) вчинення злочину з використанням малолітнього або особи, що страждає психічним захворюванням чи недоумством;

10) вчинення злочину з особливою жорстокістю;

11) вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій;

12) вчинення злочину загальнонебезпечним способом;

13) вчинення злочину особою, що перебуває у стані алкогольного сп'яніння або у стані, викликаному вживанням наркотичних або інших одурманюючих засобів.

2. Суд має право, залежно від характеру вчиненого злочину, не визнати будь-яку із зазначених у частині першій цієї статті обставин, за винятком обставин, зазначених у пунктах 2, 6, 6^1, 7, 9, 10, 12 такою, що обтяжує покарання, навівши мотиви свого рішення у вироку.

3. При призначенні покарання суд не може визнати такими, що його обтяжують, обставини, не зазначені в частині першій цієї статті.

4. Якщо будь-яка з обставин, що обтяжує покарання, передбачена в статті Особливої частини цього Кодексу як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що його обтяжує.

(Стаття 67 із змінами, внесеними згідно із Законом № 2227-VIII від 06.12.2017)

§1. Норми міжнародного права

щодо обставини, які обтяжують покарання

67.1.1. Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства

(Рада Європи, від 25.10.2007)

(ратифіковано Законом від 20.06.2012)

«**Глава VI. Матеріальне кримінальне право**

(…)

Стаття 28. Обтяжуючі обставини

Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення можливості врахування таких обставин, якщо вони вже не є частиною складових елементів злочину,

згідно з відповідними положеннями національного законодавства як обтяжуючі обставини під час визначення покарання за правопорушення, установлені відповідно до цієї Конвенції:

a) злочин завдав серйозної шкоди фізичному або психічному здоров'ю жертви;

b) злочину передувало або його супроводжувало катування чи тяжке насилля;

c) злочин було скоєно проти особливо вразливої жертви;

d) злочин було скоєно членом сім'ї, особою, яка проживала з дитиною, або особою, яка зловживала своїми повноваженнями;

e) злочин було скоєно кількома особами, які діяли разом;

f) злочин було скоєно в рамках злочинної організації;

g) правопорушника вже було засуджено за злочин подібного характеру». [Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства. (Рада Європи, від 25.10.2007). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_927]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 67 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

67.4.1. На відміну від обставин, які пом'якшують покарання (ст. 66), ст. 67 КК України встановлює вичерпний перелік обставин, які обтяжують покарання. Тому суд має керуватися виняткового переліком обставин, вказаним у ч. 1 ст. 67. Обтяжуючі обставини, передбачені нормами конвенційного законодавства, не можуть застосовуватися національним судом безпосередньо – без їх імплементації в КК України.

(Див.: 3.4.1–3.4.2)

Принагідно зауважимо, що Конвенція (67.1.1) не вимагає включення всіх передбачених нею обтяжуючих обставин обов'язково (лише) до Загальної частини КК України. Деякі з вказаних обтяжуючих обставин є ознаками основних та кваліфікованих складів злочинів, передбачених статтями Особливої частини Кодексу (ст. 117, 150[1], ч. 2 ст. 156 КК України та ін.).

67.4.2. Зміни, внесені до КК України відповідно до Закону № 2227-VIII від 06.12.2017 р. створюють ситуації, за яких можлива певна колізія між п. 7 ч. 1 ст. 66 і п. 6[1] ч. 1 ст. 67 КК України.

Законом № 2227-VIII від 06.12.2017 р. ч.1 ст. 67 КК України доповнена п. 6[1], за змістом якого його дія поширюється лише на осіб чоловічої статі. Про це свідчить також і назва міжнародного договору, на виконання якого внесена зазначена зміна до КК України: Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами. Згідно з п. 6[1] ч. 1 ст. 67 КК України вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах визнається обставиною, які обтяжує покарання.

Наразі судова практика свідчить про те, що злочини щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких стосунках, інколи вчинюються під впливом сильного душевного хвилювання, викликаного поводженням, що принижує честь і гідність особи (наприклад, систематична та демонстративна подружня зрада). Зазначена обставина передбачена п. 7 ч. 1 ст. 66 КК України як обставина, яка пом'якшує покарання. При цьому стосовно цієї обставини відсутні обмеження щодо статті винної особи.

Відтак заподіяння винною особою, наприклад, тяжких тілесних ушкоджень своїй дружині на ґрунті подружньої зради, характеризується фактично обставиною, яка одночасно розглядається такою, яка пом'якшує і обтяжує покарання. При цьому застосування обох з них є обов'язком суду. Так суд не має права не визнати обставину, вказану у п. 6[1] ст. 67 КК України, такою, що обтяжує покарання (ч. 2 ст. 67 КК України).

Для подолання зазначеної колізії слід взяти до уваги, що застосування п. 7 ч. 1 ст. 66 КК України суперечить ст. 42 Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами, якою забронюється виправдовувати акти

насильства стосовно жінок тим, що «жертва порушила культурні, релігійні, соціальні чи традиційні норми або звичаї належної поведінки».

67.4.3. Вчинення умисних насильницьких злочинів на ґрунті расової, національної, релігійної ворожнечі чи розбрату або на ґрунті статевої приналежності має кваліфікуватися за статтями КК України, що передбачають таку ознаку відповідного злочину (за п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127), або за статтями КК України, що не передбачають таку ознаку (за статтями 125, 146, 152, 406 тощо), з додатковою кваліфікацією вчиненого за ч. 2 або ч. 3 ст. 161 КК України. У таких випадках суд не може посилатися на п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України. Натомість за злочинну бездіяльність на ґрунті расової, національної, релігійної ворожнечі чи розбрату або на ґрунті статевої приналежності покарання має призначатися з урахуванням п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України.

(Див.: 161.4.12 та 367.4.2)

Стаття 68. Призначення покарання за незакінчений злочин та за злочин, вчинений у співучасті

1. При призначенні покарання за незакінчений злочин суд, керуючись положеннями статей 65–67 цього Кодексу, враховує ступінь тяжкості вчиненого особою діяння, ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця.

2. За вчинення готування до злочину строк або розмір покарання не може перевищувати половини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу.

3. За вчинення замаху на злочин строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу.

4. Довічне позбавлення волі за вчинення готування до злочину та вчинення замаху на злочин не застосовується, крім випадків вчинення злочинів проти основ національної безпеки України, передбачених у статтях 109–114[1], проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, передбачених у статтях 437–439, частині першій статті 442 та статті 443 цього Кодексу.

5. При призначенні покарання співучасникам злочину суд, керуючись положеннями статей 65–67 цього Кодексу, враховує характер та ступінь участі кожного з них у вчиненні злочину.

(Стаття 68 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1492-VIII від 07.09.2016)

Стаття 69. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом

1. За наявності кількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, з урахуванням особи винного суд, умотивувавши своє рішення, може, крім випадків засудження за корупційний злочин, призначити основне покарання, нижче від найнижчої межі, встановленої в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу, або перейти до іншого, більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу за цей злочин. У цьому випадку суд не має права призначити покарання, нижче від найнижчої межі, встановленої для такого виду покарання в Загальній частині цього Кодексу. За вчинення злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, суд з підстав, передбачених цією частиною, може призначити основне покарання у виді штрафу, розмір якого не більше ніж на чверть нижчий від найнижчої межі, встановленої в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу.

2. На підставах, передбачених у частині першій цієї статті, суд може не призначати додаткового покарання, що передбачене в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу як обов'язкове, за винятком випадків призначення покарання за

вчинення злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(Стаття 69 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 4025-VI від 15.11.2011, № 1698-VII від 14.10.2014)

Стаття 69[1]. Призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання

1. За наявності обставин, що пом'якшують покарання, передбачених пунктами 1 та 2 частини першої статті 66 цього Кодексу, відсутності обставин, що обтяжують покарання, а також при визнанні обвинуваченим своєї вини, строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу.

(Кодекс доповнено статтею 69[1] згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008; із змінами, внесеними згідно із Законом № 245-VII від 16.05.2013)

Стаття 70. Призначення покарання за сукупністю злочинів

1. При сукупності злочинів суд, призначивши покарання (основне і додаткове) за кожний злочин окремо, визначає остаточне покарання шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим або шляхом повного чи часткового складання призначених покарань.

2. При складанні покарань остаточне покарання за сукупністю злочинів визначається в межах, встановлених санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає більш суворе покарання. Якщо хоча б один із злочинів є умисним тяжким або особливо тяжким, суд може призначити остаточне покарання за сукупністю злочинів у межах максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині цього Кодексу. Якщо хоча б за один із вчинених злочинів призначено довічне позбавлення волі, то остаточне покарання за сукупністю злочинів визначається шляхом поглинення будь-яких менш суворих покарань довічним позбавленням волі.

3. До основного покарання, призначеного за сукупністю злочинів, можуть бути приєднані додаткові покарання, призначені судом за злочини, у вчиненні яких особу було визнано винною.

4. За правилами, передбаченими в частинах першій – третій цієї статті, призначається покарання, якщо після постановлення вироку в справі буде встановлено, що засуджений винен ще і в іншому злочині, вчиненому ним до постановлення попереднього вироку. У цьому випадку в строк покарання, остаточно призначеного за сукупністю злочинів, зараховується покарання, відбуте повністю або частково за попереднім вироком, за правилами, передбаченими в статті 72 цього Кодексу.

(Стаття 70 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 71. Призначення покарання за сукупністю вироків

1. Якщо засуджений після постановлення вироку, але до повного відбуття покарання вчинив новий злочин, суд до покарання, призначеного за новим вироком, повністю або частково приєднує невідбуту частину покарання за попереднім вироком.

2. При складанні покарань за сукупністю вироків загальний строк покарання не може перевищувати максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині цього Кодексу. При складанні покарань у виді позбавлення волі загальний строк покарання, остаточно призначеного за сукупністю вироків, не повинен перевищувати п'ятнадцяти років, а у випадку, якщо хоча б один із злочинів є особливо тяжким, загальний строк позбавлення волі може бути більшим п'ятнадцяти років, але не повинен перевищувати двадцяти п'яти років. При складанні покарань у виді довічного позбавлення волі та будь-яких менш суворих покарань загальний строк покарання, остаточно призначеного за сукупністю вироків, визначається шляхом поглинення менш суворих покарань довічним позбавленням волі.

3. Призначене хоча б за одним із вироків додаткове покарання або невідбута його частина за попереднім вироком підлягає приєднанню до основного покарання, остаточно призначеного за сукупністю вироків.

4. Остаточне покарання за сукупністю вироків, крім випадків, коли воно визначається шляхом поглинення одного покарання іншим, призначеним у максимальному розмірі, має бути більшим від покарання, призначеного за новий злочин, а також від невідбутої частини покарання за попереднім вироком.

5. Якщо засуджений після постановлення вироку, але до повного відбуття покарання вчинив два або більше злочинів, суд призначає покарання за ці нові злочини за правилами, передбаченими у статті 70 цього Кодексу, а потім до остаточного покарання, призначеного за сукупністю злочинів, повністю чи частково приєднує невідбуту частину покарання за попереднім вироком у межах, встановлених у частині другій цієї статті.

(Стаття 71 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 72. Правила складання покарань та зарахування строку попереднього ув'язнення

1. При складанні покарань за сукупністю злочинів та сукупністю вироків менш суворий вид покарання переводиться в більш суворий вид виходячи з такого їх співвідношення:

1) одному дню позбавлення волі відповідають:

а) один день тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або арешту;

б) два дні обмеження волі;

в) три дні службового обмеження для військовослужбовців або три дні виправних робіт;

г) вісім годин громадських робіт;

2) одному дню тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або арешту відповідають:

а) два дні обмеження волі;

б) три дні службового обмеження для військовослужбовців або три дні виправних робіт;

3) одному дню обмеження волі відповідають три дні службового обмеження для військовослужбовців або три дні виправних робіт;

4) одному дню обмеження волі або арешту відповідають вісім годин громадських робіт.

2. При призначенні покарання за сукупністю злочинів або вироків у виді виправних робіт або службових обмежень для військовослужбовців складанню підлягають лише строки цих покарань. Розміри відрахувань із заробітку засудженого складанню не підлягають і обчислюються за кожним вироком самостійно.

3. Основні покарання у виді штрафу та позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю при призначенні їх за сукупністю злочинів і за сукупністю вироків складанню з іншими видами покарань не підлягають і виконуються самостійно.

4. Додаткові покарання різних видів у всіх випадках виконуються самостійно.

5. Попереднє ув'язнення зараховується судом у строк покарання у разі засудження до позбавлення волі день за день або за правилами, передбаченими у частині першій цієї статті. При призначенні покарань, не зазначених у частині першій цієї статті, суд, враховуючи попереднє ув'язнення, може пом'якшити покарання або повністю звільнити засудженого від його відбування.

6. Встановлені в частині першій цієї статті правила співвідношення видів покарань можуть застосовуватись і в інших випадках, передбачених Загальною частиною цього Кодексу.

(Стаття 72 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 838-VIII від 26.11.2015, № 2046-VIII від 18.05.2017)

Стаття 73. Обчислення строків покарання

Строки покарання обчислюються відповідно в роках, місяцях та годинах. При заміні або складанні покарань, а також у разі зарахування попереднього ув'язнення допускається обчислення строків покарання у днях.

Розділ XII. ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ПОКАРАННЯ ТА ЙОГО ВІДБУВАННЯ

Стаття 74. Звільнення від покарання та його відбування

1. Звільнення засудженого від покарання або подальшого його відбування, заміна більш м'яким, а також пом'якшення призначеного покарання, крім звільнення від покарання або пом'якшення покарання на підставі закону України про амністію чи акта про помилування, може застосовуватися тільки судом у випадках, передбачених цим Кодексом.

2. Особа, засуджена за діяння, караність якого законом усунена, підлягає негайному звільненню від призначеного судом покарання.

3. Призначена засудженому міра покарання, що перевищує санкцію нового закону, знижується до максимальної межі покарання, встановленої санкцією нового закону. У разі якщо така межа передбачає більш м'який вид покарання, відбуте засудженим покарання зараховується з перерахуванням за правилами, встановленими частиною першою статті 72 цього Кодексу.

4. Особа, яка вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, крім корупційних злочинів, може бути за вироком суду звільнена від покарання, якщо буде визнано, що з урахуванням бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці цю особу на час розгляду справи в суді не можна вважати суспільно небезпечною.

5. Особа також може бути за вироком суду звільнена від покарання на підставах, передбачених статтею 49 цього Кодексу.

(Стаття 74 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1698-VII від 14.10.2014)

Стаття 75. Звільнення від відбування покарання з випробуванням

1. Якщо суд, крім випадків засудження за корупційний злочин, при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років, враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням.

2. Суд приймає рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини, якщо сторонами угоди узгоджено покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років, а також узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням.

3. У випадках, передбачених частинами першою, другою цієї статті, суд ухвалює звільнити засудженого від відбування призначеного покарання, якщо він протягом визначеного іспитового строку не вчинить нового злочину і виконає покладені на нього обов'язки. Тривалість іспитового строку та обов'язки, які покладаються на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням, визначаються судом.

4. Іспитовий строк встановлюється судом тривалістю від одного року до трьох років.

(Стаття 75 із змінами, внесеними згідно із Законами № 4652-VI від 13.04.2012, № 1698-VII від 14.10.2014)

Стаття 76. Обов'язки, які покладає суд на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням

1. У разі звільнення від відбування покарання з випробуванням суд покладає на засудженого такі обов'язки:

1) періодично з'являтися для реєстрації до уповноваженого органу з питань пробації;

2) повідомляти уповноважений орган з питань пробації про зміну місця проживання, роботи або навчання.

2. На осіб, засуджених за злочини, пов'язані з домашнім насильством, суд може покласти інші обов'язки та заборони, передбачені статтею 91[1] цього Кодексу.

3. На осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням, суд може додатково покласти такі обов'язки:

1) попросити публічно або в іншій формі пробачення у потерпілого;

2) не виїжджати за межі України без погодження з уповноваженим органом з питань пробації;

3) працевлаштуватися або за направленням уповноваженого органу з питань пробації звернутися до органів державної служби зайнятості для реєстрації як безробітного та працевлаштуватися, якщо йому буде запропоновано відповідну посаду (роботу);

4) виконувати заходи, передбачені пробаційною програмою;

5) пройти курс лікування від розладів психіки та поведінки внаслідок вживання психоактивних речовин або захворювання, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб;

6) дотримуватися встановлених судом вимог щодо вчинення певних дій, обмеження спілкування, пересування та проведення дозвілля.

На особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням, суд покладає обов'язки, передбачені частиною другою цієї статті, необхідні і достатні для її виправлення з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину, особи винного та обставин, що пом'якшують або обтяжують покарання.

4. Нагляд за особами, звільненими від відбування покарання з випробуванням, здійснюється уповноваженим органом з питань пробації за місцем проживання, роботи або навчання засудженого, а щодо засуджених військовослужбовців – командирами військових частин.

(Стаття 76 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1254-VI від 14.04.2009; № 1492-VIII від 07.09.2016)

Стаття 77. Застосування додаткових покарань у разі звільнення від відбування основного покарання з випробуванням

У разі звільнення від відбування покарання з випробуванням можуть бути призначені додаткові покарання у виді штрафу, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю та позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу.

Стаття 78. Правові наслідки звільнення від відбування покарання з випробуванням

1. Після закінчення іспитового строку засуджений, який виконав покладені на нього обов'язки та не вчинив нового злочину, звільняється судом від призначеного йому покарання.

2. Якщо засуджений не виконує покладені на нього обов'язки або систематично вчинює правопорушення, що потягли за собою адміністративні стягнення і свідчать про його небажання стати на шлях виправлення, суд направляє засудженого для відбування призначеного покарання.

3. У разі вчинення засудженим протягом іспитового строку нового злочину суд призначає йому покарання за правилами, передбаченими в статтях 71, 72 цього Кодексу.

Стаття 79. Звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років

1. У разі призначення покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі вагітним жінкам або жінкам, які мають дітей віком до семи років, крім засуджених до позбавлення волі на строк більше п'яти років за тяжкі і особливо тяжкі злочини, а також за корупційні

злочини, суд може звільнити таких засуджених від відбування як основного, так і додаткового покарання з встановленням іспитового строку у межах строку, на який згідно з законом жінку може бути звільнено від роботи у зв'язку з вагітністю, пологами і до досягнення дитиною семирічного віку.

2. У разі звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років, суд покладає на засуджену обов'язки відповідно до статті 76 цього Кодексу.

3. Нагляд за засудженими здійснюється уповноваженим органом з питань пробації.

4. Після закінчення іспитового строку суд, залежно від поведінки засудженої, звільняє її від покарання або направляє для відбування покарання, призначеного вироком.

5. У разі, коли звільнена від відбування покарання з випробуванням жінка відмовилася від дитини, передала її в дитячий будинок, зникла з місця проживання, ухиляється від виховання дитини, догляду за нею, не виконує покладених на неї судом обов'язків або систематично вчинює правопорушення, що потягли за собою адміністративні стягнення і свідчать про її небажання стати на шлях виправлення, суд за поданням контролюючого органу направляє засуджену для відбування покарання згідно з вироком суду.

6. Якщо засуджена вчинила в період іспитового строку новий злочин, суд призначає їй покарання за правилами, передбаченими у статтях 71 і 72 цього Кодексу.

(Стаття 79 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1254-VI від 14.04.2009, № 1698-VII від 14.10.2014, № 1492-VIII від 07.09.2016)

Стаття 80. Звільнення від відбування покарання у зв'язку із закінченням строків давності виконання обвинувального вироку

1. Особа звільняється від відбування покарання, якщо з дня набрання чинності обвинувальним вироком його не було виконано в такі строки:

1) два роки – у разі засудження до покарання менш суворого, ніж обмеження волі;

2) три роки – у разі засудження до покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі за злочин невеликої тяжкості;

3) п'ять років – у разі засудження до покарання у виді позбавлення волі за злочин середньої тяжкості, а також при засудженні до позбавлення волі на строк не більше п'яти років за тяжкий злочин;

4) десять років – у разі засудження до покарання у виді позбавлення волі на строк понад п'ять років за тяжкий злочин, а також при засудженні до позбавлення волі на строк не більше десяти років за особливо тяжкий злочин;

5) п'ятнадцять років – у разі засудження до покарання у виді позбавлення волі на строк більше десяти років за особливо тяжкий злочин.

2. Строки давності щодо додаткових покарань визначаються основним покаранням, призначеним за вироком суду.

3. Перебіг давності зупиняється, якщо засуджений ухиляється від відбування покарання. У цих випадках перебіг давності відновлюється з дня з'явлення засудженого для відбування покарання або з дня його затримання. У цьому разі строки давності, передбачені пунктами 1–3 частини першої цієї статті, подвоюються.

4. Перебіг давності переривається, якщо до закінчення строків, зазначених у частинах першій та третій цієї статті, засуджений вчинить новий середньої тяжкості, тяжкий або особливо тяжкий злочин. Обчислення давності в цьому випадку починається з дня вчинення нового злочину.

5. Питання про застосування давності до особи, засудженої до довічного позбавлення волі, вирішується судом. Якщо суд не визнає за можливе застосувати давність, довічне позбавлення волі заміняється позбавленням волі.

6. Давність не застосовується у разі засудження за злочини проти миру та безпеки людства, передбачені статтями 437–439 та частиною першою статті 442 цього Кодексу.

Стаття 81. Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання

1. До осіб, що відбувають покарання у виді виправних робіт, службових обмежень для військовослужбовців, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або позбавлення волі, може бути застосоване умовно-дострокове звільнення від відбування покарання. Особу може бути умовно-достроково звільнено повністю або частково і від відбування додаткового покарання.

2. Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання може бути застосоване, якщо засуджений сумлінною поведінкою і ставленням до праці довів своє виправлення.

3. Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання може бути застосоване після фактичного відбуття засудженим:

1) не менше половини строку покарання, призначеного судом за злочин невеликої або середньої тяжкості, крім корупційних злочинів, а також за необережний тяжкий злочин;

2) не менше двох третин строку покарання, призначеного судом за корупційний злочин середньої тяжкості, умисний тяжкий злочин чи необережний особливо тяжкий злочин, а також у разі, якщо особа раніше відбувала покарання у виді позбавлення волі за умисний злочин і до погашення або зняття судимості знову вчинила умисний злочин, за який вона засуджена до позбавлення волі;

3) не менше трьох чвертей строку покарання, призначеного судом за умисний особливо тяжкий злочин, а також покарання, призначеного особі, яка раніше звільнялася умовно-достроково і знову вчинила умисний злочин протягом невідбутої частини покарання.

4. У разі вчинення особою, до якої було застосовано умовно-дострокове звільнення від відбування покарання, протягом невідбутої частини покарання нового злочину суд призначає їй покарання за правилами, передбаченими статтями 71 і 72 цього Кодексу.

(Стаття 81 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1698-VII від 14.10.2014)

Стаття 82. Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким

1. Особам, що відбувають покарання у виді обмеження або позбавлення волі, невідбута частина покарання може бути замінена судом більш м'яким покаранням. У цих випадках більш м'яке покарання призначається в межах строків, установлених у Загальній частині цього Кодексу для даного виду покарання, і не повинне перевищувати невідбутого строку покарання, призначеного вироком.

2. У разі заміни невідбутої частини основного покарання більш м'яким засудженого може бути звільнено також і від додаткового покарання у виді позбавлення права займати певні посади чи займатися певною діяльністю.

3. Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким може бути застосована, якщо засуджений став на шлях виправлення.

4. Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким можлива після фактичного відбуття засудженим:

1) не менше третини строку покарання, призначеного судом за злочин невеликої або середньої тяжкості, крім корупційних злочинів, а також за необережний тяжкий злочин;

2) не менше половини строку покарання, призначеного судом за корупційний злочин середньої тяжкості, умисний тяжкий злочин чи необережний особливо тяжкий злочин, а також у разі, коли особа раніше відбувала покарання у виді позбавлення волі за умисний злочин і до погашення або зняття судимості знову вчинила умисний злочин, за який вона була засуджена до позбавлення волі;

3) не менше двох третин строку покарання, призначеного судом за умисний особливо тяжкий злочин, а також покарання, призначеного особі, яка раніше звільнялася умовно-достроково і вчинила новий умисний злочин протягом невідбутої частини покарання.

5. До осіб, яким покарання замінене більш м'яким, може бути застосоване умовно-дострокове звільнення за правилами, передбаченими статтею 81 цього Кодексу.

6. Якщо особа, відбуваючи більш м'яке покарання, вчинить новий злочин, суд до покарання за знову вчинений злочин приєднує невідбуту частину більш м'якого покарання за правилами, передбаченими у статтях 71 і 72 цього Кодексу.

(Стаття 82 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1698-VII від 14.10.2014)

Стаття 83. Звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років

1. Засуджених до обмеження волі або до позбавлення волі жінок, які стали вагітними або народили дітей під час відбування покарання, крім засуджених до позбавлення волі на строк більше п'яти років за умисні тяжкі та особливо тяжкі злочини, суд може звільнити від відбування покарання в межах строку, на який згідно з законом жінку може бути звільнено від роботи у зв'язку з вагітністю, пологами і до досягнення дитиною трирічного віку.

2. Звільнення від відбування покарання застосовується до засудженої, яка має сім'ю або родичів, що дали згоду на спільне з нею проживання, або яка має можливість самостійно забезпечити належні умови для виховання дитини.

3. Нагляд за звільненими від відбування покарання вагітними жінками і жінками, які мають дітей віком до трьох років, здійснюється уповноваженим органом з питань пробації за місцем проживання.

4. Після досягнення дитиною трирічного віку або в разі її смерті суд залежно від поведінки засудженої може звільнити її від покарання або замінити його більш м'яким покаранням чи направити засуджену для відбування покарання, призначеного за вироком. У цьому разі суд може повністю або частково зарахувати у строк відбування покарання час, протягом якого засуджена не відбувала покарання.

5. Якщо засуджена, яка була звільнена від відбування покарання, відмовляється від дитини, передала її у дитячий будинок, зникла з місця проживання або ухиляється від виховання дитини, догляду за нею, або систематично вчинює правопорушення, що потягли за собою адміністративні стягнення і свідчать про небажання стати на шлях виправлення, суд може за поданням контролюючого органу направити засуджену для відбування покарання, призначеного за вироком.

6. Якщо в період звільнення від відбування покарання засуджена вчинила новий злочин, суд призначає їй покарання за правилами, передбаченими у статтях 71 і 72 цього Кодексу.

(Стаття 83 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1254-VI від 14.04.2009, № 1492-VIII від 07.09.2016)

§1. Норми міжнародного права
щодо звільнення від покарання та його відбування

74.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 3. Заборона катування***
Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

74.1.2. Європейська конвенція про нагляд за умовно засудженими або умовно звільненими правопорушниками (ETS 051)
(Рада Європи, від 30.11.1964)
(приєднання Законом від 22.09.95)
*«**Стаття 1***
1. Договірні Сторони зобов'язуються надавати одна одній, за обставин, визначених нижче, взаємну допомогу, необхідну для соціальної реабілітації правопорушників, які зазначені у статті 2. Ця допомога полягає у нагляді за правопорушниками з метою сприяння їхньому виправленню

і їхній соціальній реадаптації та нагляду за їхньою поведінкою для того, щоб у разі необхідності, або постановити їм вирок, або звернути вже постановлений вирок до виконання.

2. Договірні Сторони, за обставин, визначених нижче, і відповідно до наступних положень, виконують таку постанову про затримання або інше покарання, що передбачає позбавлення волі, яке могло бути винесене правопорушнику і виконання якого було відстрочено.

Стаття 2

1. Для цілей цієї Конвенції термін «правопорушник» означає будь-яку особу, яка на території однієї з Договірних Сторін:

a) була визнана судом винною із встановленням випробного строку без постанови вироку;

b) отримала відстрочений виконанням вирок, який передбачає позбавлення волі, або вирок, виконання якого було призупинене, повністю або частково, під час постанови вироку або після цього.

2. В подальших статтях термін «вирок» вважається таким, що включає всі судові рішення, прийняті відповідно до пунктів (a) та (b) пункту 1 вище.

(…)

Стаття 4

Правопорушення, на підставі якого заявляється клопотання згідно зі статтею 5, повинно каратися як законодавством запитуючої держави, так і запитуваної держави.

Стаття 5

1. Держава, яка постановила вирок, може звертатися до держави, на території якої правопорушник має постійне мешкання, з клопотанням:

a) здійснювати лише нагляд відповідно до частини II;

b) здійснювати нагляд і, у разі необхідності, звернути вирок до виконання відповідно до частин II і III;

c) взяти на себе всю відповідальність за виконання вироку відповідно до положень частини IV.

(…)

Стаття 6

За клопотанням держави, яка постановила вирок, нагляд, звернення вироку до виконання або його виконання в повній мірі, як визначено в попередній статті, здійснюються державою, на території якої правопорушник має постійне мешкання.

(…)

Частина II.

Нагляд

Стаття 10

Запитуюча держава повідомляє запитувану державу про умови, приписані правопорушнику, і про заходи нагляду, яких він зобов'язаний дотримуватися протягом випробного періоду.

Стаття 11

1. Виконуючи клопотання про нагляд, запитувана держава у разі необхідності вживає приписаних заходів нагляду відповідно до свого власного законодавства.

(…)

Стаття 15

Вирішувати на основі інформації і зауважень, надісланих запитуваною державою, чи виконав, чи ні правопорушник умови, які були для нього визначені, а також згідно з такою оцінкою вживати будь-яких подальших заходів, передбачених її власним законодавством, може тільки запитуюча держава.

Вона інформує запитувану державу про своє рішення.

Частина III

Звернення вироку до виконання

Стаття 16

Запитувана держава має право звернути вирок про умовне засудження до виконання після його скасування запитуючою державою і на прохання цієї держави.

Стаття 17

Звертання вироку до виконання здійснюється в запитуваній державі відповідно до законодавства цієї держави після перевірки дійсності клопотання про виконання вироку і його відповідності умовам цієї Конвенції.

Стаття 18

Запитувана держава своєчасно надсилає запитуючій державі документ, що засвідчує виконання вироку.

Стаття 19

Запитувана держава у разі необхідності змінює покарання, призначене в запитуючій державі, покаранням або заходом, що передбачені її власним законодавством для аналогічного правопорушення. Характер такого покарання або заходу повинен якомога точніше відповідати характеру покарання чи заходу, призначеного у вироку, що підлягає виконанню. Воно не може перевищувати максимальне покарання, передбачене законодавством запитуваної держави, і не може також бути більш тривалим або більш суворим, ніж покарання, призначене в запитуючій державі.

Стаття 20

Запитуюча держава може сама вживати будь-яких заходів для виконання вироку, якщо запитувана держава повідомляє, що вона не бажає його виконувати або не має для цього можливостей.

Стаття 21

Запитувана держава може умовно звільнити правопорушника. Право помилування може здійснюватися як запитуючою державою, так і запитуваною державою.

Частина IV

Передача виконання вироку запитуваній державі

Стаття 22

Запитуюча держава повідомляє запитувану державу про вирок, який вона просить виконати в повній мірі.

Стаття 23

1. Запитувана держава пристосовує призначені покарання або захід до свого власного кримінального законодавства таким чином, якби цей вирок був постановлений за таке ж саме правопорушення, вчинене на її території.

2. Покарання, призначене в запитуваній державі, не може бути більш суворим, ніж покарання, призначене в запитуючій державі». [Європейська конвенція про нагляд за умовно засудженими або умовно звільненими правопорушниками (ETS 051). (Рада Європи, від 30.11.1964) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_007]

74.1.3. Рекомендація № Rec (2003) 22 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про умовно-дострокове звільнення»

(Рада Європи, від 24.09.2003)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«1. Для целей настоящей Рекомендации условно-досрочным освобождением признается освобождение лица, отбывающего лишение свободы, раньше назначенного срока с наложением на данное лицо с учетом особенностей его личности обязанностей, которые оно должно соблюдать после освобождения. Понятия амнистии и помилования в данное определение не включаются.

(…)

3. Условно-досрочное освобождение должно содействовать переходу заключенного от жизни в тюрьме к законопослушной жизни в обществе посредством наложения на него обязанностей, которые он должен соблюдать после освобождения, и осуществления контроля за ним, что способствовало бы достижению этой цели, защите общественной безопасности и сокращению уровня преступности в обществе.

4. a) Чтобы уменьшить неблагоприятные последствия лишения свободы и способствовать возвращению заключенного в общество на условиях, гарантировавших бы безопасность общества, условно-досрочное освобождение должно быть по закону доступным каждому заключенному, в том числе лицам, осужденным к пожизненному лишению свободы.

(…)

16. Минимальный период, который должен отбыть заключенный, чтобы у него появилось право ходатайствовать об условно-досрочном освобождении, должен быть установлен в соответствии с законом.

17. Соответствующие государственные органы должны возбудить процедуры, необходимые для того, чтобы решение об условно-досрочном освобождении было принято как только заключенный отбыл минимальный период.

18. Критерии, которым должен соответствовать заключенный, чтобы его освободили условно-досрочно, должны быть очевидными и ясными. Также они должны быть реалистичны, то есть учитывать личность заключенного, социальную и экономическую ситуацию и доступность программ ресоциализации.

19. Отсутствие возможностей для работы после освобождения не должно являться основанием для отказа или отсрочки условно-досрочного освобождения. Государственные органы должны попытаться найти другие виды деятельности для заключенного. Отсутствие постоянного жилища не должно являться основанием для отказа или отсрочки условно-досрочного освобождения, в таких случаях заключенному должно быть предоставлено временное жилище.

20. Критерии для условно-досрочного освобождения должны применяться таким образом, чтобы могли быть освобождены условно-досрочно все заключенные, которые соответствуют минимальному уровню безопасности и могут стать законопослушными гражданами. Обязанность доказывания того, что заключенный не соответствует таким критериям, должна возлагаться на государственные органы.

21. Если распорядительный орган решает не применять условно-досрочное освобождение, он должен назначить дату следующего рассмотрения данного вопроса. В любом случае, у заключенного должно быть право повторного обращения в распорядительный орган, если его положение существенно и выгодно изменилось.

22. Период, который должен отбыть заключенный, чтобы у него появилось право на условно-досрочное освобождение, должен быть установлен в законе.

23. Только при исключительных обстоятельствах, установленных в законе, условно-досрочное освобождение может быть отложено.

24. В решении об отсрочке условно-досрочного освобождения должна содержаться дата, когда заключенный снова может быть освобожден условно-досрочно». [Рекомендація № Rec (2003) 22 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про умовно-дострокове звільнення». (Рада Європи, від 24.09.2003). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_665]

74.1.4. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції

(ООН від 31.10.2003)
(ратифіковано із заявами Законом від 18.10.2006)
Стаття 30
Переслідування, винесення судового рішення та санкції
(…)

5. Кожна Держава-учасниця бере до уваги ступінь небезпеки відповідних злочинів під час розгляду питання про можливість дострокового або умовного звільнення осіб, засуджених за такі злочини». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (ООН від 31.10.2003). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо звільнення від покарання та його відбування

74.2.1.Справа «Kafkaris v. Cyprus»

«99. Отже, хоча Конвенція безпосередньо не передбачає право на умовно-дострокове звільнення або право на перегляд вироку національним органом, судовим або адміністративним, з метою його пом'якшення або припинення, з відповідного прецедентного права видно, що існування системи перегляду можливості звільнення є фактором, який слід враховувати при оцінці сумісності конкретного довічного ув'язнення зі статтею 3 Конвенції. У цьому контексті, однак, слід зазначити, що вибір державою певної системи кримінального правосуддя, включаючи пере-

гляд вироків та заходи по звільненню, в принципі виходить за рамки наглядових повноважень Суду на європейському рівні, за умови, що обрана система не суперечить принципам, викладеним у Конвенції». [Kafkaris v. Cyprus (21906/04). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–85019] (Неофіційний авторський переклад).

74.2.2. Справа «Vinter v. The United Kingdom»

«199. …Суд вважає, що в контексті довічного позбавлення волі стаття 3 Конвенції повинна тлумачитися як така, що вимагає можливості перегляду строку, що дозволить національним органам влади визнати певні зміни в особистості ув'язнених настільки значними, а прогрес у реабілітації настільки великим, що це дозволить дійти висновку, що продовження покарання більше не може бути виправдане із законних пенологічних причин.

120. Проте Суд хотів би підкреслити, що, беручи до уваги розсуд, який повинен бути наданий Договірним державам у питаннях кримінального правосуддя і винесення вироку, вказівки владі (виконавчий або судової), яка повинна робити такий перегляд, не є необхідними. Із тієї ж причини, Суд не повинен визначати, коли цей перегляд має проводитися. Суд також зазначає, що порівняння міжнародно-правових матеріалів, наявних у нього, демонструє явну підтримку механізму, що гарантує перегляд не пізніше ніж через двадцять п'ять років відбування довічного ув'язнення з наступними періодичними переглядами після цього.

121. Із цього випливає висновок, що, коли внутрішнє законодавство не передбачає можливості перегляду, довічне ув'язнення не досягатиме стандартів статті 3 Конвенції.

122. Хоча обов'язковий перегляд є віддаленим у часі після призначення покарання заходом, довічно ув'язнений не повинен чекати невизначену кількість років терміну покарання, перш ніж він може подати скаргу, і тому правові умови, пов'язані з його покаранням, не відповідають вимогам статті 3 Конвенції в цьому відношенні. Це суперечило б як правовій визначеності, так і загальним принципам щодо статусу потерпілого в значенні цього поняття в статті 34 Конвенції. Крім того, в тих випадках, коли покарання при призначенні є незменшуваним відповідно до національного законодавства, було б малоймовірним очікувати від ув'язненого прагнення працювати в напрямку свого виправлення, не знаючи, чи буде розроблений механізм, який дозволить на підставі цього виправлення переглянути можливість його звільнення. Довічно ув'язнений має право знати, на самому початку свого строку, що він має робити, щоб була розглянута можливість його звільнення і, в тому числі, за яких умов перегляд вироку відбудеться або про це може бути подано клопотання. Отже, якщо внутрішнє законодавство не передбачає ніякого механізму або можливості перегляду довічного ув'язнення, несумісність зі статтею 3 на цій основі виникає вже в момент призначення довічного покарання у вигляді довічного позбавлення волі, а не на більш пізньому етапі позбавлення волі». [Vinter v. The United Kingdom (66069/09, 130/10 and 3896/10). http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001–111247]. (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо права на дострокове звільнення права чи заміну невідбутої частини покарання більш м'яким

74.3.1. Справа «László Magyar v. Hungary»

Фактичні обставини:

Заявник був засуджений за вбивство, грабіж і ряд інших злочинів до довічного позбавлення волі за відсутності передбаченого законом права на дострокове звільнення. Хоча стаття 9 Основного закону Угорщини передбачає можливість президентського помилування, після введення довічного позбавлення волі в 1999 році рішення про помилування осіб, які відбувають таке покарання, не приймаються.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«57. Внутрішнє законодавство не зобов'язує органи влади або президента Республіки [Угорщина] оцінювати, коли укладений клопоче про помилування, чи виправдане його триваюче позбавлення волі законними пенологічним підставам. Хоча влада має загальний обов'язок зібра-

ти інформацію про ув'язненого і прикласти її до клопотання про помилування (стаття 597 (5) Кримінально-процесуального кодексу [Угорщини]), закон не дає ніяких конкретних вказівок про те, які критерії або умови повинні бути прийняті до увагу при зборі таких особистих відомостей та розгляді клопотання. Ні міністр юстиції, ні Президент Республіки не зобов'язані мотивувати рішення, що стосуються таких клопотань.

58. Таким чином, Суд не переконаний, що інститут президентського помилування сам по собі (не підкріплений правом на умовно-дострокове звільнення) і те, як він в даний час регулюється законом, дозволяє будь-якому ув'язненому зрозуміти, що він повинен зробити, щоб подати клопотання про звільнення, і за яких умов. На думку Суду, таке регулювання не гарантує належного розгляду змін та прогресу, досягнутого ув'язненим у напрямку виправлення, які б значні вони не були. Таким чином, Суд не переконаний, що в даний час довічне позбавлення волі заявника можна вважати зменшуваним для цілей статті 3 Конвенції. Відповідно, мало місце порушення статті 3 Конвенції». [László Magyar v. Hungary (73593/10). http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001–144109]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 44–83 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

74.4.1. Відсутність у законодавстві можливості (окрім амністії чи помилування) перегляду довічного позбавлення волі з метою пом'якшення покарання або умовно-дострокового звільнення ув'язненого суперечить положенням ст. 3 Конвенції. Відповідно кожна скарга з цього приводу до ЄСПЛ буде, мабуть, задоволена.

(Див.: 74.2.1, 74.2.2, 74.3.1)

В Європі є п'ять країн, які не передбачають умовно-дострокового звільнення для довічно ув'язнених: Ісландія, Литва, Мальта, Нідерланди та Україна. Ці країни, проте, дозволяють довічно ув'язненим клопотати про зменшення покарання за допомогою міністерського, президентського або королівського помилування. Дійсно, статті 81 і 82 КК України не передбачають можливості їх застосування до осіб, засуджених до довічного позбавлення волі.

На це можна було б заперечити, що актом про помилування може бути здійснена заміна засудженому призначеного судом покарання у виді довічного позбавлення волі на позбавлення волі на строк не менше двадцяти п'яти років (ч. 2 ст. 87 КК України). Але, як свідчить наведене вище рішення ЄСПЛ у справі «László Magyar v. Hungary» (див.: 74.3.1) цього недостатньо, щоб відповідати вимогам щодо «реалістичності» перспективи звільнення так, щоб воно не порушувало ст. 3 Конвенції.

Крім того, згідно з Рекомендаціями Комітету Міністрів Ради Європи «Про умовно-дострокове звільнення» (див. 74.1.3) амністія та помилування не включаються до самого поняття «умовно-дострокове звільнення».

Так само існуючий механізм порушує п. 12 Резолюції щодо поводження із засудженими до тривалого строку ув'язнення, де вказується, що має бути забезпечено, щоб перегляд довічного позбавлення волі відбувався у регулярні періоди часу після відбуття 8–14 років позбавлення волі. Згідно з чинним порядком, помилування щодо таких осіб може бути розглянуто тільки після відбуття 20-річного строку, але не передбачається регулярний перегляд їхніх покарань, а лише за їхніми клопотаннями.

74.4.2. У разі виїзду за межі України особи, засудженої із звільненням від відбування покарання з випробуванням, нагляд за виконанням покладених на неї обов'язків (ст. 76 КК України), а також виконання вироку, якщо зазначені обов'язки засуджена особа не виконує (ст. 78 КК України), можуть бути за зверненням Міністерства юстиції України здійснені державою, на території якої засуджена особа має постійне мешкання.

(Див.: 74.1.2)

74.4.3. Правова позиція ЄСПЛ щодо оцінки випадків застосування нового кримінально-виконавчого закону, що погіршує для особи, яка відбуває покарання, можливості дострокового звільнення виглядає суперечливою.

(Див.: 4.4.3 та 4.4.6)

74.4.4. У випадках вчинення тяжких злочинів особою, яка була звільнена умовно-достроково від відбування покарання (ст. 81 КК України), представники адміністрації місць позбавлення волі, а також судді, які постановили рішення про умовно-дострокове звільнення, можуть бути притягнуті до відповідальності у випадках явного порушення ними відповідних вимог закону та підзаконних актів.

(Див.: 390.3.1 та 390.4.1)

За таких обставин існує імовірність задоволення скарг до ЕСПЛ потерпілих від злочинів, вчинених особами, які були достроково звільнені від відбування покарання.

Стаття 84. Звільнення від покарання за хворобою

1. Звільняється від покарання особа, яка під час його відбування захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними. До такої особи можуть застосовуватися примусові заходи медичного характеру відповідно до статей 92–95 цього Кодексу.

2. Особа, яка після вчинення злочину або постановлення вироку захворіла на іншу тяжку хворобу, що перешкоджає відбуванню покарання, може бути звільнена від покарання або від подальшого його відбування. При вирішенні цього питання суд враховує тяжкість вчиненого злочину, характер захворювання, особу засудженого та інші обставини справи.

3. Військовослужбовці, засуджені до службового обмеження, арешту або тримання в дисциплінарному батальйоні, в разі визнання їх непридатними до військової служби за станом здоров'я звільняються від покарання.

4. У разі одужання осіб, зазначених у частинах першій та другій цієї статті, вони повинні бути направлені для відбування покарання, якщо не закінчилися строки давності, передбачені статтями 49 або 80 цього Кодексу, або відсутні інші підстави для звільнення від покарання. При цьому час, протягом якого до осіб застосовувалися примусові заходи медичного характеру, зараховується в строк покарання за правилами, передбаченими в частині п'ятій статті 72 цього Кодексу, а один день позбавлення волі дорівнює одному дню застосування примусових заходів медичного характеру.

§1. Норми міжнародного права
щодо звільнення від покарання за хворобою

84.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 3. Заборона катування***
Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо звільнення від покарання за хворобою

84.2.1. Справа «Yermolenko v. Ukraine»
«48. Суд неодноразово підкреслював, що відповідно до статті 3 Конвенції держава повинна забезпечити, щоб особа утримувалася під вартою в умовах, сумісних з повагою до людської гідності, щоб спосіб і метод виконання такого заходу не задавали йому страждань і труднощів, інтенсивність яких перевищує неминучий рівень страждань, властивих позбавленню волі, і щоб, з урахуванням практичних вимог режиму позбавлення волі, його здоров'я і благополуччя були

належним чином гарантовані, серед іншого, шляхом надання йому необхідної медичної допомоги.

49. Однак стаття 3 Конвенції не може бути витлумачена як така, що встановлює загальне зобов'язання звільняти в'язнів за станом здоров'я. Розглянувши ряд справ, що стосуються утримання під вартою осіб похилого віку та / або тяжкохворих, Суд дійшов висновку, що стаття 3 може вимагати звільнення затриманого тільки у виняткових випадках, зокрема, у випадках, коли стан його здоров'я є абсолютно несумісним ss триманням під вартою.

50. У зв'язку з цим Суд повторює, що для того, щоб підпадати під дію статті 3, жорстоке поводження має досягти мінімального рівня жорстокості. Оцінка цього мінімуму відносна: вона залежить від усіх обставин справи, таких як тривалість поводження, його фізичні та / або психологічні наслідки і, в деяких випадках, стать, вік і стан здоров'я жертви.

51. При оцінці сумісності стану здоров'я заявника з триманням під вартою слід враховувати три елементи: (a) стан здоров'я ув'язненого, (b) адекватність медичної допомоги і лікування в місцях позбавлення волі, і (c) доцільність продовження утримання у зв'язку зі станом здоров'я заявника.

52. Крім того, Суд надає особливого значення існуванню на національному рівні процедури, яка передбачає можливість звільнення в разі несумісності здоров'я заявника з триманням під вартою. Така процедура повинна забезпечувати достатні гарантії захисту здоров'я і благополуччя в'язнів, які узгоджуються з законними вимогами тюремного ув'язнення.

(…)

58. Суд, однак, підкреслює, що той факт, що національні органи влади не змогли негайно забезпечити проходження заявником важливих медичних процедур, не означає, що заявник автоматично мав бути звільнений за станом здоров'я.

(…)

61. За таких обставин, Суд вважає, що, з огляду на абсолютну заборону тортур, нелюдського та такого, що принижує гідність, поводженню, неможна оцінювати сумісність стану здоров'я заявника з триманням під вартою спираючись виключно на вичерпний перелік захворювань [які можуть бути підставою для звільнення], без будь-якого розгляду з боку національних судових органів». [Yermolenko v. Ukraine (49218/10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–114468] (Неофіційний авторський переклад).

84.2.2. Справа «Жельфман проти Франції»

«Суд знову привернув увагу до того, що статтю 3 Конвенції не можна тлумачити як таку, що встановлює загальний обов'язок – навіть якщо особа має хворобу, яка надзвичайно важко піддається лікуванню, – звільняти її з-під варти за станом здоров'я або лікувати її у зв'язку з цим поза межами в'язниці». [Жельфман проти Франції (14.12.2004). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_242]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо звільнення від покарання за хворобою

84.3.1. Справа «Yermolenko v. Ukraine»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
(неофіційний авторський переклад)

«53. Звертаючись до цієї справи, Суд зазначає, що в заявника було діагностовано кілька серйозних захворювань, які потребують регулярної медичної допомоги. З 2002 року він страждав на хронічний лімфолейкоз, і його стан продовжував погіршуватися. Згідно з медичним висновком від 22 червня 2009 року, заявник потребував регулярної підтримуючої терапії в спеціалізованій гематологічній клініці і постійної медичної допомоги. Він також страждав іншими серйозними захворюваннями.

54. Суд зазначає, що в ув'язненні заявника регулярно обстежували тюремні лікарі і фахівці з цивільних лікарень. Він також отримував медичну допомогу.

55. Однак у квітні 2010 року заявнику було поставлено діагноз III стадія лейкемії і йому було рекомендовано хіміотерапію. Незважаючи на зроблений 23 вересня 2010 року висновок, що невиконання цієї програми може призвести до смерті заявника, тільки в кінці листопада 2010 року, через шість місяців після первинної рекомендації, хіміотерапія була нарешті проведена.

56. Крім того, Суд зазначає, що заявнику було поставлено діагноз кіста нирок, і в жовтні 2010 р. йому було рекомендовано хірургічне втручання. Однак заявник був переведений в хірургічне відділення тільки через рік, і на даний момент немає ніякої інформації про те, що операція була проведена.

57. З огляду на, що стан здоров'я заявника був складним, і відсутність своєчасної хіміотерапії могла призвести до стрімкого погіршення здоров'я заявника і смертельного результату, Суд не може погодитися, що заявнику надавалася адекватна медична допомога в ув'язненні.

58. (…) Суд зазначає, що заявник не надав конкретних деталей, що стосуються побутових умов його утримання та поводження з ним, і немає ніяких доказів того, що він утримувався під вартою в умовах, які можна прирівняти до нелюдських або таких, що принижують гідність.

59. Суд, проте, вважає, що утримання під вартою саме по собі неминуче позначається на ув'язнених, які страждають на серйозні захворювання. Зокрема, Суд враховує той факт, що національна влада оцінила стан заявника як досить складний, щоб підняти на національному рівні питання про сумісність стану здоров'я заявника з його утриманням під вартою. Хоча, відповідно до національного законодавства, заявник не мав можливості підняти це питання безпосередньо в національних судах, коли дружина заявника подала запит від його імені, прокурор віддав розпорядження про створення спеціальної медичної комісії для оцінки наявності медичних підстав для звільнення заявника.

60. У зв'язку з цим, Суд повторює, що він не може підміняти своєю думкою точку зору національних властей, особливо коли національна влада виконала свої зобов'язання щодо захисту фізичної недоторканності заявника, надавши йому належну медичну допомогу. Проте в даному випадку питання не розглядалося в національних судах, які, відповідно до національної практики, повинні були засновувати свої рішення не тільки на медичних висновках, але і на інших відповідних обставинах. Крім того, медичній комісії було доручено розглянути тільки конкретне питання, а саме чи збігаються проблеми зі здоров'ям заявника з будь-яким діагнозом зі списку. Оцінка того, наскільки стан здоров'я заявника, враховуючи його серйозні захворювання, сумісний із триманням під вартою, не входила в завдання комісії.

(…)

63. Суд вважає, що, з огляду на нездатність своєчасно провести життєво важливі медичні процедури і неадекватність оцінки сумісності стану здоров'я заявника з його утриманням під вартою, в цій справі мало місце порушення статті 3 Конвенції». [Yermolenko v. Ukraine (49218/10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–114468]

84.3.2. Справа «Фарбтух проти Латвії»

Фактичні обставини:

27 вересня 1999 року Ризький обласний суд визнав заявника – Михаїла Фарбтуха, громадянина Латвії, 1916 року народження, винним у злочинах проти людства і в геноциді, у зв'язку з його роллю в депортації та загибелі десятків латвійських громадян під час сталінських репресій у 1940–1941 роках, коли заявник був заступником начальника міліцейського відділу, який підпорядковувався Міністерству внутрішніх справ Радянської Латвії після анексії Республіки Латвії Радянським Союзом. Хоча обласний суд засудив його до семи років ув'язнення, було вирішено не видавати санкцію на його негайний арешт і заявника не було взято під варту. Скаргу на це рішення розглядала палата в кримінальних справах Верховного суду Латвії, яка 12 січня 2000 року залишила вироки без змін, але зменшила строк призначеного ув'язнення до п'яти років. Заявник подав апеляцію з питань права.

Тим часом палата в кримінальних справах Верховного суду Латвії зажадала надати їй медичний висновок, щоб визначити спроможність заявника до відбування покарання. У висновку від

20 грудня 1999 року, підготовленому групою експертів з Національного центру судової медицини, зазначалося, що він надзвичайно немічний, страждає, зокрема, на спондильоз із деформацією хребта, остеоартрит, високий кров'яний тиск та хронічну серцеву недостатність, а також потребує постійного догляду і регулярного лікування.

1 червня 2000 року заявник з'явився до Матиської в'язниці в Ризі і розпочав відбування свого покарання. З огляду на критичний стан його одразу помістили в медичний блок в'язниці, де він перебував до свого звільнення.

16 лютого 2001 року начальник Матиської в'язниці звернувся до Латґальського районного суду в Ризі з клопотанням про звільнення заявника з-під варти спеціальним розпорядженням за станом здоров'я. Це клопотання було відхилено, а апеляційний суд відхилив скаргу. Однак 12 березня 2002 року Ризький обласний суд звільнив заявника від необхідності відбування решти строку покарання, визнавши, зокрема, що у заявника під час перебування у в'язниці з'явилися ще два захворювання, а саме цукровий діабет і порушення мозкового кровопостачання, і що його загальний стан погіршився. Заявника звільнили з-під варти наступного дня.

Висновок ЄСПЛ

(комюніке Секретаря Суду)

«Перш за все Суд взяв до уваги той факт, що заявник уже провів у в'язниці один рік, дев'ять місяців і 13 днів. Матеріали свідчили про те, що його стан викликав серйозне занепокоєння. Його ув'язнили, коли йому було вже 84 роки і він, маючи параліч нижніх кінцівок, був настільки немічним, що не був здатний задовольняти без допомоги більшу частину повсякденних потреб. Зокрема, він не міг без допомоги вставати, сідати, рухатися, одягатися чи умиватися. До того ж, коли його ув'язнили, він мав кілька тяжких захворювань, більшість з яких мали хронічний характер і були невиліковними.

Суд зазначив, що, коли національні органи влади ухвалювали рішення про ув'язнення цієї особи, вони повинні були виявити особливу обачність і забезпечити відповідність умов тримання заявника під вартою до специфічних потреб, пов'язаних з його немічністю. У цій справі немає підстав вважати, що органи влади Латвії не оцінили обставини тримання заявника під вартою, – адже перед тим, як винести вирок про позбавлення свободи, вони звернулися по медичну консультацію до експертів, щоб з'ясувати його спроможність до відбування покарання у в'язниці.

Але Суд взяв до уваги той факт, що під час перебування у в'язниці у заявника з'явилися ще два захворювання. Хоча у своєму рішенні в 2002 році обласний суд посилався лише на дві хвороби, заявник стверджував, що страждає на п'ять хвороб, а саме: загальний артеріосклероз, судинний склероз, пов'язаний з хворобою Паркінсона, та порушення роботи системи кровообігу, тривалі порушення пам'яті з тимчасовою втратою свідомості, глаукому і діабет. Жодна з цих хвороб не згадувалася в першому медичному висновку 1999 року. Хоча в жодному з цих медичних висновків не вказувалося на прямий зв'язок між умовами, в яких заявника тримали під вартою, та погіршенням його здоров'я, Суд визнав, що ці нові захворювання були додатковим свідченням недоцільності тривалого тримання його у в'язниці.

Суд також зважив на те, що, хоча в лютому 2001 року начальник в'язниці подав клопотання про звільнення заявника з-під варти за особливим розпорядженням, з огляду на стан його здоров'я, розпорядження про звільнення з-під варти було видано лише в березні 2002 року. Заявник залишався у в'язниці весь цей період, тобто понад один рік. Суд не може не висловити глибоке занепокоєння з приводу такої затримки, що мала місце, незважаючи на медичні висновки, в яких експерти переконливо рекомендували звільнити заявника з-під варти.

Щодо нагляду та медичного догляду, Суд зважив на те, що в робочий час за заявником доглядав і йому допомагав персонал медичного блоку в'язниці, а в інші години – товариші по камері, які іноді робили це добровільно. На думку Суду, таке розв'язання проблеми навряд чи було адекватним, оскільки протягом принаймні частини доби відповідальність за цю надзвичайно немічну людину покладалася здебільшого на в'язнів – осіб, які не мають відповідної підготовки. Стан тривоги, страху і занепокоєння, в якому, найімовірніше, перебувала така немічна людина через усвідомлення того, що вона не дістане кваліфікованої допомоги в разі виникнення критичної ситуації, сам по собі порушував серйозну проблему з огляду на вимоги статті 3.

Беручи до уваги обставини справи, Суд визнав, що, при врахуванні віку, немочі та становища заявника, тривале тримання його під вартою було недоцільним. Ситуація, в який він опинився, безперечно, породжувала постійні відчуття тривоги і страху, неповноцінності і приниження, гострота яких дає підстави вважати поводження таким, що принижує гідність людини, у значенні статті 3. Затримавши звільнення його з в'язниці більше ніж на один рік, незважаючи на той факт, що начальник в'язниці подав офіційне клопотання про його звільнення, підкріплене медичними доказами, органи влади Латвії не забезпечили поводження із заявником відповідно до вимог статті 3». [Фарбтух проти Латвії (4672/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_405]

84.3.3. Справа «Савінов проти України»

Фактичні обставини:

«4 і 25 лютого 2013 року начальник Голопристанської колонії подавав до Голопристанського районного суду Херсонської області (далі – Голопристанський районний суд) подання про звільнення заявника згідно зі статтею 84 Кримінального кодексу України, в яких зазначалося, що заявник хворіє на СНІД та має інші серйозні проблеми зі здоров'ям. Подання ґрунтувалися на висновках медичної комісії, згідно з якими частина захворювань заявника входила у перелік захворювань, які дають пенітенціарній установі підстави для клопотання про звільнення.

11 лютого і 11 березня 2013 року відповідно зазначений суд відмовляв у задоволенні подань головним чином на тій підставі, що заявник неодноразово засуджувався за вчинення тяжких злочинів (останнього разу – за скоєння злочину проти життя і здоров'я його матері, внаслідок чого вона померла), а під час відбування покарання до нього дванадцять разів застосовувалися заходи стягнення, що свідчило про його постійну асоціальну поведінку та небажання стати на шлях виправлення. Згідно з висновками суду заявник продовжував становити небезпеку для суспільства. У своїй ухвалі від 11 лютого 2013 року суд також зазначив, що з матеріалів подання начальника виправної колонії не випливало, що СНІД у заявника було діагностовано лікарем відповідної спеціалізації. Більше того, не було жодної інформації щодо наявності у заявника родичів або близьких, які б могли доглядати за ним після його звільнення.

22 квітня 2013 року Голопристанський районний суд відмовив у задоволенні ще одного подання начальника виправної колонії про звільнення заявника у зв'язку зі станом його здоров'я. Суд зазначив, що заявник хворий на СНІД та низку інших серйозних захворювань. Проте суд дійшов висновку, що заявник мав численні судимості за вчинення, зокрема тяжких, злочинів. Під час відбування покарання до нього неодноразово застосовувалися заходи стягнення. Суд вже двічі відмовляв у задоволенні подібних подань про звільнення, і не було жодних доказів того, що стан здоров'я заявника погіршився порівняно з часом, коли було відмовлено у задоволенні останнього подання.

20 червня 2013 року апеляційний суд Херсонської області скасував зазначену ухвалу та постановив звільнити заявника у зв'язку з тяжким захворюванням.

26 червня 2013 року заявника було звільнено.

Рішення ЄСПЛ:

«53. Зважаючи на зазначене та, зокрема, з огляду на ненадання адміністрацією СІЗО оперативного та належного лікування заявнику у зв'язку з його ВІЛ-інфекцією, Суд доходить висновку, що у період з листопада 2011 року по березень 2013 року заявнику під час ув'язнення належної медичної допомоги не надавалося, що становило нелюдське та таке, що принижує гідність, поводження в порушення статті 3 Конвенції». [Савінов проти України (5212/13). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b22]

84.3.4. Справа «Ошурко проти України»

Фактичні обставини:

13 лютого 2004 року Димитровський міський суд Донецької області визнав Ошурко, інваліда 1 групи, винним у заподіянні легких та тяжких тілесних ушкоджень та призначив йому покарання у вигляді позбавлення волі строком на сім років.

У червні 2004 року заявника було поміщено до Софіївської виправної колонії № 45 Дніпропетровської області, яка є спеціалізованою установою для відбування покарання засудженими, які є інвалідами. У жовтні 2004 року з метою вирішення питання щодо можливості звільнення заявника від подальшого відбування покарання у зв'язку з хворобою його було направлено до офтальмологічного відділення при Стрижавській виправній колонії № 81 Вінницької області. Медичний висновок від 9 листопада 2004 року підтвердив, що до заявника, який повністю втратив зір, може застосовуватися цей захід. Надалі заявника було доставлено назад до Софіївської виправної колонії.

8 лютого 2005 року начальник виправної колонії звернувся до суду першої інстанції з поданням про звільнення заявника від подальшого відбування покарання.

17 лютого 2005 року Софіївський районний суд Дніпропетровської області відмовив в задоволенні його подання, «оскільки заявнику було встановлено інвалідність ще до того, як його було ув'язнено». Суд посилався на частину другу статті 84 Кримінального кодексу, яка передбачає можливість звільнення від подальшого відбування покарання лише осіб, які захворіли на тяжку хворобу після того, як ними було вчинено злочин.

15 квітня 2005 року апеляційний суд Дніпропетровської області скасував цю постанову та постановив звільнити заявника від подальшого відбування покарання. Хоча й не було визнано того, що заявник втратив зір під час досудового тримання його під вартою, апеляційний суд зазначив, що суд першої інстанції не взяв до уваги, що за станом здоров'я заявник не був небезпечним для суспільства і що його хвороба містилася в переліку хвороб, які дають можливість звільнення від подальшого відбування покарання.

Рішення ЄСПЛ:

«76. Хоча загальний обов'язок не можна тлумачити як обов'язок звільнити або перевести затриманого в цивільну лікарню, Суд не виключає, що за особливо тяжких обставин може виникнути ситуація, коли належне здійснення кримінального судочинства вимагає вжиття заходів гуманного характеру з метою усунення таких обставин.

77. Що стосується справи, яка розглядається, Суд зазначає, що заявник скаржиться на бездіяльність, затримки та несумлінність з боку органів державної влади щодо забезпечення належного медичного лікування.

(…)

80. Суд зазначає, що в цьому випадку адміністрація ізолятора тимчасового тримання вийшла за межі покладеного обов'язку, вирішивши звільнити заявника через 48 годин після відповідних подій, щоб він міг самостійно дістатись до цивільної лікарні.

(…)

82. Суд вважає, що національні органи влади не відреагували належним чином на серйозні проблеми зі здоров'ям заявника і, таким чином, заявника було піддано нелюдському та такому, що принижує гідність, поводженню, забороненому статтею 3 Конвенції.

83. Отже, у цій справі було порушення цього положення». [Ошурко проти України (33108/05). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_725]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 84 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

84.4.1. За буквального тлумачення ч. 2 ст. 84 КК України ця норма не може бути підставою для звільнення від покарання особи, яка вчинила злочин, вже будучи тяжкохворою. Наразі, засудження особи, яка вчинила злочин, уже будучи тяжкохворою, до покарання, відбування якого з урахуванням стану її здоров'я набуває ознак поводження, що принижує людську гідність, суперечить як практиці ЄСПЛ, так і з ч. 3 ст. 50 КК України

Передбачена частиною 2 ст. 84 КК України можливість звільнення від покарання або від подальшого його відбування особи, яка після вчинення злочину або постановлення вироку захворіла на тяжку хворобу, що перешкоджає відбуванню покарання, має бути реалізована судом у тих

випадках, коли характер захворювання та інші обставини справи свідчать про те, що застосування чи продовження відбування покарання набуває ознак поводження, що принижує гідність людини.

Зазначене дає підстави дійти висновку про існування в цьому питанні нормативної прогалини. Цей висновок знаходить своє підтвердження в практиці українських судів.

(Див.: 84.3.4)

Стаття 85. Звільнення від покарання на підставі закону України про амністію або акта про помилування

На підставі закону про амністію або акта про помилування засуджений може бути повністю або частково звільнений від основного і додаткового покарань.

(Текст статті 85 в редакції Закону № 3465-VI від 02.06.2011)

Стаття 86. Амністія

1. Амністія оголошується законом України стосовно певної категорії осіб.

2. Законом про амністію особи, визнані винними у вчиненні злочину обвинувальним вироком суду, або кримінальні справи стосовно яких розглянуті судами, але вироки стосовно цих осіб не набрали законної сили, можуть бути повністю або частково звільнені від відбування покарання.

(Частину третю статті 86 виключено на підставі Закону № 3465-VI від 02.06.2011)

4. Особи, визнані винними у вчиненні корупційних злочинів, вироки стосовно яких не набрали законної сили, не можуть бути звільнені від відбування покарання, а особи, вироки стосовно яких набрали законної сили, – не можуть бути повністю звільнені законом про амністію від відбування покарання. Зазначені особи можуть бути звільнені від відбування покарання після фактичного відбуття ними строків, встановлених частиною третьою статті 81 цього Кодексу.

(Стаття 86 із змінами, внесеними згідно із Законами № 3465-VI від 02.06.2011, № 1698-VII від 14.10.2014)

Стаття 87. Помилування

1. Помилування здійснюється Президентом України стосовно індивідуально визначеної особи.

2. Актом про помилування може бути здійснена заміна засудженому призначеного судом покарання у виді довічного позбавлення волі на позбавлення волі на строк не менше двадцяти п'яти років.

3. Особи, засуджені за вчинення корупційних злочинів, можуть бути звільнені від відбування покарання в порядку помилування після фактичного відбуття ними строків, встановлених частиною третьою статті 81 цього Кодексу.

(Стаття 87 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1698-VII від 14.10.2014)

§1. Норми міжнародного права
щодо амністії та помилування

85.1.1. Комітет ООН з прав людини. Зауваження загального порядку № 20 – Стаття 7 (заборона тортур або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання)

(Сорок четверта сесія – 1992 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«15. Комитет отметил, что некоторые государства объявили амнистию в отношении актов пыток. Амнистии обычно несовместимы с обязанностью государств проводить расследование таких деяний, гарантировать свободу от таких актов в пределах своей юрисдикции, и обеспечивать, чтобы они не повторялись в будущем. Государства не могут лишать лиц права на эффективное

использование какого либо средства защиты, включая компенсацию и такую полную реабилитацию, которая может оказаться возможной». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 20 – Стаття 7 (заборона катувань або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання)» (Сорок четверта сесія – 1992 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо амністії та помилування

85.2.1. Справа «Laurence Dujardin and others v. France»
«р. 244. (…) Держава має право прийняти в рамках своєї кримінальної політики закони про амністію, які вона вважатиме необхідними, за умови, однак, що буде забезпечено рівновагу між законними інтересами Держави й інтересом громадян в тому, щоб право на життя охоронялося законом». [Laurence Dujardin and others v. France (16734/90). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–85292] (Неофіційний авторський переклад).

85.2.2. Справа «Marguš v. Croatia»
«126. Суд зазначив, посилаючись також на Комітет з прав людини ООН та МТКЮ, що амністія є в цілому несумісною з обов'язком, покладеним на державу щодо розслідування таких актів, як катування, а тому обов'язок щодо кримінального переслідування злочинців не повинен бути підірваний наданням безкарності злочинцю у формі закону про амністію, що може розглядатися як порушення міжнародного права.
(…)
127. (…) Практика Суду підтверджує, що застосування амністії щодо вбивства або поганого поводження з цивільними особами суперечитиме зобов'язанням держави за статтями 2 і 3 Конвенції, оскільки воно перешкоджатиме розслідуванню таких діянь і обов'язково створить ситуацію безкарності винних осіб. Такий результат зменшить вагу мети захисту, гарантованого статтями 2 і 3 Конвенції, та зробить ілюзорними гарантії щодо права особи на життя і права не піддаватися поганому поводженню. Об'єкт і мета Конвенції як інструменту захисту фізичних осіб вимагають, щоб її положення тлумачилися і застосовувалися таким чином, щоб її гарантії були практичними та ефективними.
(…)
132. Можливість надання державою амністії щодо серйозних порушень прав людини може бути обмежена міжнародними договорами, стороною яких є така держава. Існує кілька міжнародних конвенцій, які передбачають обов'язок переслідувати злочини, зазначені в них (див. Женевські конвенції 1949 року про захист жертв збройних конфліктів і Додаткові протоколи, зокрема, спільну статтю 3 Женевських конвенцій, статті 49 і 50 Конвенції (I) про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях, статті 50 та 51 Конвенції (II) про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, потерпілих корабельну аварію, зі складу збройних сил на морі, статті 129 та 130 Конвенції (III) про поводження з військовополоненими, і статті 146 і 147 Конвенції (IV) про захист цивільного населення під час війни; див. також Додатковий протокол (II) до Женевських конвенцій від 1977 року, який стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, статті 4 та 13; Конвенцію про запобігання та покарання злочину геноциду, статтю V; і Конвенцію проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання)». [Marguš v. Croatia (4455/10). ECHR 2014-V. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–150995]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо амністії та помилування

85.3.1. Справа «Marguš v. Croatia»
Фактичні обставини:
Заявник є громадянином Хорватії, який народився в 1961 році, і зараз перебуває у в'язниці Лепоглава (Хорватія). У квітні 1993 року військовим прокурором Осієк за звинуваченням у ряді серйозних злочинів проти цивільних осіб, включаючи вбивство в листопаді та грудні 1991 року. У червні 1997 року Осієцький повітовий суд припинив провадження у цій справі на підставі За-

кону про загальну амністію, який повинен застосовуватися до кримінальних злочинів, вчинених під час війни в Хорватії в період з 1990 по 1996 рік, за винятком воєнних злочинів.

Верховний Суд визнав незаконним рішення про припинення провадження за амністією. 21 березня 2007 року заявник був засуджений до 14 років позбавлення волі.

Рішення ЄСПЛ:

«139. У даній справі заявника було амністовано за діяння, які складали серйозні порушення основних прав людини, а саме – умисне вбивство цивільних осіб і спричинення тяжкого тілесного ушкодження дитині. При цьому окружний суд у своїй мотивувальній частині посилався на заслуги заявника як військового офіцера. Зростаючою тенденцією в міжнародному праві є неприйняття подібних амністій, оскільки вони є несумісними із загальновизнаним зобов'язанням держав щодо кримінального переслідування і покарання серйозних порушень основних прав людини. Навіть якщо й можна було б припустити, що амністії є допустимими за певних особливих обставин, наприклад, в ході примирення та/або за наявності певної форми компенсації для потерпілих сторін, амністія, надана заявнику в даній справі, все одно не була б допустимою, оскільки жодних ознак того, що такі обставини існували в даній справі, не вбачається.

140. Суд вважає, що виносячи новий обвинувальний висновок проти заявника та засудивши його за військові злочини проти цивільного населення, хорватські органи влади діяли відповідно до вимог статей 2 і 3 Конвенції та у спосіб, що узгоджувався з вимогами та рекомендаціями вищезазначених міжнародних механізмів та інструментів.

141. На цьому тлі Суд приходить до висновку, що стаття 4 Протоколу № 7 до Конвенції не застосовується в обставинах даної справи». [Marguš v. Croatia (4455/10). ECHR 2014-V. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–150995]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 85–87 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

85.4.1. Застосування амністії чи помилування стосовно осіб, які засуджені за «серйозні злочини проти основоположних прав людини», що захищені Конвенцією та протоколами до неї, не відповідає, як зазначає у своїх рішеннях ЄСПЛ, «тенденціям міжнародного права». В усякому разі суперечать Женевським конвенціям 1949 р. акти амністії або помилування осіб, засуджених за воєнні злочини та злочини проти людяності (статті 438, 439, 442 КК України). Амністія чи помилування службових осіб, засуджених за катування (ст.127 КК України) суперечить позиції Комітету ООН з прав людини.

(Див.: 85.1.1; 85.2.2; 85.3.1; 438.1.9–438.1.12)

Скарги до ЄСПЛ щодо амністії чи помилування вказаних осіб мають значну імовірність їх задоволення.

Розділ XIII. СУДИМІСТЬ

Стаття 88. Правові наслідки судимості

1. Особа визнається такою, що має судимість, з дня набрання законної сили обвинувальним вироком і до погашення або зняття судимості.

2. Судимість має правове значення у разі вчинення нового злочину, а також в інших випадках, передбачених законами України.

3. Особи, засуджені за вироком суду без призначення покарання або із звільненням від покарання чи такі, що відбули покарання за діяння, злочинність і караність якого усунута законом, визнаються такими, що не мають судимості.

4. Особи, які були реабілітовані, визнаються такими, що не мають судимості.

(Стаття 88 із змінами, внесеними згідно із Законом № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 89. Строки погашення судимості

Такими, що не мають судимості, визнаються:

1) особи, засуджені відповідно до статті 75 цього Кодексу, якщо протягом іспитового строку вони не вчинять нового злочину і якщо протягом зазначеного строку рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням не буде скасоване з інших підстав, передбачених законом. Якщо строк додаткового покарання перевищує тривалість іспитового строку, особа визнається такою, що не має судимості, після відбуття цього додаткового покарання;

2) жінки, засуджені відповідно до статті 79 цього Кодексу, якщо протягом іспитового строку вони не вчинять нового злочину і якщо після закінчення цього строку не буде прийняте рішення про направлення для відбування покарання, призначеного вироком суду. Якщо засуджена не була звільнена від додаткового покарання і його строк перевищує тривалість іспитового строку, то жінка визнається такою, що не має судимості, після відбуття цього додаткового покарання;

(Пункт 3 статті 89 виключено на підставі Закону № 1698-VII від 14.10.2014)

4) особи, які відбули покарання у виді службового обмеження для військовослужбовців або тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців чи достроково звільнені від цих покарань, а також військовослужбовці, які відбули покарання на гауптвахті замість арешту;

5) особи, засуджені до основного покарання у виді штрафу в розмірі не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, громадських робіт, виправних робіт або арешту, якщо вони протягом року з дня відбуття покарання (основного та додаткового) не вчинять нового злочину;

6) особи, засуджені до обмеження волі, а також засуджені за злочин невеликої тяжкості до позбавлення волі, якщо вони протягом двох років з дня відбуття покарання (основного та додаткового) не вчинять нового злочину;

7) особи, засуджені до позбавлення волі або основного покарання у виді штрафу за злочин середньої тяжкості, якщо вони протягом трьох років з дня відбуття покарання (основного та додаткового) не вчинять нового злочину;

8) особи, засуджені до позбавлення волі або основного покарання у виді штрафу за тяжкий злочин, якщо вони протягом шести років з дня відбуття покарання (основного та додаткового) не вчинять нового злочину;

9) особи, засуджені до позбавлення волі або основного покарання у виді штрафу за особливо тяжкий злочин, якщо вони протягом восьми років з дня відбуття покарання (основного та додаткового) не вчинять нового злочину.

(Стаття 89 із змінами, внесеними згідно із Законами № 4025-VI від 15.11.2011, № 1698-VII від 14.10.2014)

Стаття 90. Обчислення строків погашення судимості

1. Строки погашення судимості обчислюються з дня відбуття основного і додаткового покарання.

2. До строку погашення судимості зараховується час, протягом якого вирок не було виконано, якщо при цьому давність виконання вироку не переривалася. Якщо вирок не було виконано, судимість погашається по закінченні строків давності виконання вироку.

3. Якщо особу було достроково звільнено від відбування покарання, то строк погашення судимості обчислюється з дня дострокового звільнення її від відбування покарання (основного та додаткового).

4. Якщо невідбуту частину покарання було замінено більш м'яким покаранням, то строк погашення судимості обчислюється з дня відбуття більш м'якого покарання (основного та додаткового).

5. Якщо особа, що відбула покарання, до закінчення строку погашення судимості знову вчинить злочин, перебіг строку погашення судимості переривається і обчислюється заново. У цих випадках строки погашення судимості обчислюються окремо за кожний злочин після фактичного відбуття покарання (основного та додаткового) за останній злочин.

Стаття 91. Зняття судимості

1. Якщо особа після відбуття покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі зразковою поведінкою і сумлінним ставленням до праці довела своє виправлення, то суд може зняти з неї судимість до закінчення строків, зазначених у статті 89 цього Кодексу.

2. Зняття судимості до закінчення строків, зазначених у статті 89 цього Кодексу, не допускається у випадках засудження за умисні тяжкі та особливо тяжкі, а також корупційні злочини.

3. Зняття судимості допускається лише після закінчення не менш як половини строку погашення судимості, зазначеного у статті 89 цього Кодексу.

4. Порядок зняття судимості встановлюється Кримінальним процесуальним кодексом України.

(Стаття 91 із змінами, внесеними згідно із Законами № 4652-VI від 13.04.2012, № 1698-VII від 14.10.2014)

§1. Норми міжнародного права
щодо судимості

88.1.1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції
(ООН, від 31.10.2003)
(ратифіковано із заявами Законом від 18.10.2006)
«***Стаття 41. Відомості про судимість***
Кожна Держава-учасниця може вживати таких законодавчих або інших заходів, які можуть бути необхідними для обліку, на умовах і в цілях, які вона вважатиме необхідними, будь-якого раніше винесеного в іншій державі обвинувального вироку стосовно особи, яка підозрюється у вчиненні злочину, що розслідується, для використання такої інформації під час кримінального провадження у справі за злочином, визнаним таким цією Конвенцією». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (ООН, від 31.10.2003). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16]

88.1.2. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності
(ООН, від 15.11.2000)
(ратифіковано № 1433-IV від 04.02.2004)
«***Стаття 22. Відомості про судимість***
Кожна Держава-учасниця може вживати таких законодавчих або інших заходів, які можуть знадобитися для врахування, на таких умовах і з такими цілями, які вона вважає належними,

будь-якого раніше винесеного в іншій державі обвинувального вироку щодо особи, підозрюваної у вчиненні злочину, що розслідується, для використання такої інформації в ході кримінального провадження у зв'язку зі злочином, що охоплюється цією Конвенцією». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності (ООН, від 15.11.2000). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_789]

88.1.3. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах

(СНД, від 22.01.1993)

(ратифіковано Законом від 10.11.94)

«***Стаття 79. Повідомлення про обвинувальні вироки і відомості про судимості***

(…)

2. Кожна з Договірних Сторін надає іншим Договірним Сторонам безкоштовно на їхнє прохання відомості про судимості осіб, засуджених раніше її судами, якщо ці особи залучаються до кримінальної відповідальності на території запитуючої Договірної Сторони». [Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (СНД, від 22.01.1993) http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_009]

Коментар:

7 жовтня 2002 року в м. Кишинів країнами СНД укладено Конвенцію про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах. Однак Конвенція 1993 року та Протокол до неї 1997 року продовжують застосовуватися у відносинах між державами-учасницями цих міжнародних договорів та державами, для яких не набрала чинності Конвенція 2002 року. Станом на 01.06.2018 р. Україна не ратифікувала Конвенцію про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах 2002 р. Отже, для України діють лише Конвенція 1993 року та Протокол до неї 1997 року.

Розділ XIII[1]. ОБМЕЖУВАЛЬНІ ЗАХОДИ

Стаття 91[1]. Обмежувальні заходи, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство

1. В інтересах потерпілого від злочину, пов'язаного з домашнім насильством, одночасно з призначенням покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, або звільненням з підстав, передбачених цим Кодексом, від кримінальної відповідальності чи покарання, суд може застосувати до особи, яка вчинила домашнє насильство, один або декілька обмежувальних заходів, відповідно до якого (яких) на засудженого можуть бути покладені такі обов'язки:

1) заборона перебувати в місці спільного проживання з особою, яка постраждала від домашнього насильства;

2) обмеження спілкування з дитиною у разі, якщо домашнє насильство вчинено стосовно дитини або у її присутності;

3) заборона наближатися на визначену відстань до місця, де особа, яка постраждала від домашнього насильства, може постійно чи тимчасово проживати, тимчасово чи систематично перебувати у зв'язку з роботою, навчанням, лікуванням чи з інших причин;

4) заборона листування, телефонних переговорів з особою, яка постраждала від домашнього насильства, інших контактів через засоби зв'язку чи електронних комунікацій особисто або через третіх осіб;

5) направлення для проходження програми для кривдників або пробаційної програми.

2. Заходи, передбачені частиною першою цієї статті, застосовуються до особи, яка на момент вчинення домашнього насильства досягла 18-річного віку.

3. Заходи, передбачені частиною першою цієї статті, можуть застосовуватися на строк від одного до трьох місяців і за потреби можуть бути продовжені на визначений судом строк, але не більше як на 12 місяців.

4. Контроль за поведінкою засуджених, до яких застосовано обмежувальні заходи, здійснює орган пробації за місцем проживання засудженого, а в разі вчинення злочину військовослужбовцем – командир військової частини.

(Загальну частину доповнено розділом XIII[1] згідно із Законом № 2227-VIII від 06.12.2017)

§1. Норми міжнародного права
щодо обмежувальних заходів, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство

91[1].1.1. Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами

(Рада Європи, від 11.05.2011)

(Закон від 06.12.2017 № 2227-VIII)

«***Стаття 45. Санкції та заходи***

1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення покарання ефективними, пропорційними та переконливими санкціями за вчинення правопорушень, установлених відповідно до цієї Конвенції, з урахуванням ступеня їхньої тяжкості. Ці санкції охоплюють, де це доречно, вироки, що передбачають позбавлення волі, що може стати підставою для екстрадиції.

2. Сторони можуть приймати інші заходи стосовно правопорушників, як-от:

– моніторинг або нагляд стосовно засуджених осіб;

– позбавлення батьківських прав, якщо найкращі інтереси дитини, які можуть охоплювати безпеку жертви, не можуть бути гарантовані в будь-який інший спосіб». [Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (Рада Європи, від 11.05.2011). https://rm.coe.int/1680096e45]

91[1].1.2. Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210)

(Рада Європи, від 11.05.2011)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Стаття 53. Обмежувальні або захисні приписи***

267. Це положення покладає зобов'язання передбачати в національному законодавстві обмежувальні та (або) захисні приписи щодо жертв усіх форм насильства, охоплених цією Конвенцією. Крім того, в ньому передбачена низка критеріїв, які забезпечуватимуть у таких приписах захист від подальших актів насильства.

268. Хоча це положення стосується обмежувальних «або» захисних приписів, автори пам'ятали про те, що національне законодавство окремих Сторін може передбачати одночасне застосування обмежувальних і захисних приписів. Обмежувальний або захисний припис може вважатися доповненням до короткострокового термінового заборонного припису. Його мета – запропонувати механізм правового захисту осіб від будь-яких форм насильства, охоплених цією Конвенцією, шляхом заборони, обмеження або вимог щодо певної поведінки правопорушника. Такий широкий спектр заходів, які охоплюються подібними приписами, означає, що вони існують під різними назвами: обмежувальний припис, заборонний припис, постанова про виселення, захисний припис або судовий наказ. Попри такі відмінності, вони мають одне призначення – недопущення насильства та захист жертви. Для цілей цієї Конвенції автори вирішили звернутися до узагальненої категорії обмежувального й захисного припису.

269. Автори вирішили залишити на розсуд Сторін вибір належного правового режиму, в якому можуть видаватися подібні приписи. Будуть обмежувальні або захисні приписи передбачені в цивільному праві, кримінально-процесуальному або адміністративному законодавстві, чи в усіх названих, залежатиме від національної правової системи, але понад усе – від необхідності ефективного захисту жертв.

270. Пункт 2 містить низку характеристик обмежувальних і захисних приписів. Перший підпункт вимагає зробити приписи доступними для невідкладного захисту та без покладення неналежного фінансового або адміністративного тягаря на жертву. Це означає, що кожен припис повинен набувати чинності одразу після його видачі та оформлятися без тривалих судових процедур. Будь-які судові збори за таким клопотанням (скоріше за все, клопотанням жертви) не повинні створювати надмірного фінансового або адміністративного тягаря, який утримає жертву від клопотання. Водночас будь-які процедури звернення з клопотанням про обмежувальний або захисний припис не повинні бути непереборно складні для жертви.

271. Другий підпункт закликає видавати приписи на певний період або до їхньої зміни чи зняття. Це випливає з принципу юридичної однозначності, яким вимагається чітко встановлений строк правового заходу. Крім того, він повинен втрачати силу в разі внесення змін, скасування суддею або іншим посадовцем.

272. Третій підпункт вимагає від Сторін можливості видавати приписи такого роду в окремих випадках і в разі необхідності – в порядку ex parte, що має негайну дію. Це означає, що суддя або інший компетентний посадовець матиме повноваження на видачу тимчасового обмежувального або захисного припису за клопотанням лише однієї сторони. Слід зазначити, що згідно з загальними зобов'язаннями, передбаченими в статті 49 (2) цієї Конвенції, видача таких приписів не повинна перешкоджати правам на захист і вимогам щодо справедливого та безстороннього суду відповідно до статті 6 ЄКПЛ. Це означає, зокрема, що особа, щодо якої виданий подібний припис, повинна мати право оскаржити його в компетентних органах у встановленому внутрішньому порядку.

273. Четвертий підпункт повинен забезпечувати жертвам можливість отримати обмежувальний або захисний припис незалежно від іншого правового провадження. Наприклад, результати дослідження в тих країнах, де існує порядок подібних приписів, показали, що багато жертв, які хочуть звернутися з клопотанням щодо обмежувального або захисного припису, можуть бути не готові висувати кримінальні обвинувачення (це може призводити до кримінального розслідування і, можливо, кримінального провадження) щодо правопорушника. Отже, порядок клопотання

щодо обмежувального або захисного припису не залежатиме від відкриття кримінального провадження щодо того ж правопорушника. Аналогічно, цей порядок не повинен ставитися в залежність від відкриття провадження у справі про розлучення тощо. Водночас факт кримінального чи цивільного провадження за одними фактами з одним правопорушником не повинен перешкоджати видачі обмежувального або захисного припису. Водночас це допускає право Сторін передбачити в національному законодавстві, що кримінальне провадження дозволяється відкривати після отримання клопотання щодо обмежувального або захисного припису.

274. П'ятий пункт вимагає від Сторін забезпечувати заходи, якими обмежувальний або захисний припис дозволяється запроваджувати в будь-якому іншому правовому провадженні у справі на того ж правопорушника. Мета цього положення – дозволити доводити факт видачі подібного припису щодо правопорушника до відома будь-якого іншого судді, який головує в провадженні у справі щодо цієї особи.

275. Пункт 3 має на меті забезпечення поваги до обмежувальних і захисних приписів вимогою про «ефективні, пропорційні та переконливі санкції» у разі порушення такого припису. Такі санкції можуть бути кримінальні або мати будь-який інший правовий характер й передбачати позбавлення волі, штрафи або будь-які інші ефективні, пропорційні та переконливі правові санкції.

276. І насамкінець, встановлення істини у справах за фактом домашнього насильства може бути непростим завданням, і Сторони можуть вважати за потрібне обмежити можливості кривдників завадити жертвам в їхніх намаганнях дістати захист через запровадження необхідних заходів, які забезпечать те, що у випадках домашнього насильства обмежувальні й захисні приписи, передбачені в п. 1, не будуть видаватись спільно жертві і кривднику. Також Сторонам слід подумати над тим, щоб заборонити в національному законодавстві будь-які поняття щодо провокаційної поведінки стосовно права на клопотання про обмежувальні й захисні приписи. Такі поняття дозволяють зловживання тлумаченням, спрямовані на дискредитацію жертви і повинні вилучатися з законодавства у сфері домашнього насильства. Насамкінець, Сторони можуть також поміркувати над заходами, які не допустять обмеження права на обмежувальні або захисні приписи, передбачені в п. 1, лише жертвами. Ці заходи особливо актуальні для недієздатних, а також уразливих жертв, які можуть не виявляти бажання звертатися з заявою про обмежувальний або захисний припис через страх або емоційне сум'яття та прив'язаність». [Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210). (Рада Європи, від 11.05.2011). https://rm.coe.int/1680096e45]

Розділ XIV. ІНШІ ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ

(Назва розділу XIV в редакції Закону № 222-VII від 18.04.2013)

Стаття 92. Поняття та мета примусових заходів медичного характеру

Примусовими заходами медичного характеру є надання амбулаторної психіатричної допомоги, поміщення особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною цього Кодексу, в спеціальний лікувальний заклад з метою її обов'язкового лікування, а також запобігання вчиненню нею суспільно небезпечних діянь.

Стаття 93. Особи, до яких застосовуються примусові заходи медичного характеру

Примусові заходи медичного характеру можуть бути застосовані судом до осіб:

1) які вчинили у стані неосудності суспільно небезпечні діяння;

2) які вчинили у стані обмеженої осудності злочини;

3) які вчинили злочин у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку або під час відбування покарання.

Стаття 94. Види примусових заходів медичного характеру

1. Залежно від характеру та тяжкості захворювання, тяжкості вчиненого діяння, з урахуванням ступеня небезпечності психічно хворого для себе або інших осіб, суд може застосувати такі примусові заходи медичного характеру:

1) надання амбулаторної психіатричної допомоги в примусовому порядку;

2) госпіталізація до психіатричного закладу із звичайним наглядом;

3) госпіталізація до психіатричного закладу з посиленим наглядом;

4) госпіталізація до психіатричного закладу із суворим наглядом.

2. Надання амбулаторної психіатричної допомоги в примусовому порядку може бути застосоване судом стосовно особи, яка страждає на психічні розлади і вчинила суспільно небезпечне діяння, якщо особа за станом свого психічного здоров'я не потребує госпіталізації до психіатричного закладу.

3. Госпіталізація до психіатричного закладу із звичайним наглядом може бути застосована судом щодо психічно хворого, який за своїм психічним станом і характером вчиненого суспільно небезпечного діяння потребує тримання у психіатричному закладі і лікування у примусовому порядку.

4. Госпіталізація до психіатричного закладу з посиленим наглядом може бути застосована судом щодо психічно хворого, який вчинив суспільно небезпечне діяння, не пов'язане з посяганням на життя інших осіб, і за своїм психічним станом не становить загрози для суспільства, але потребує тримання у психіатричному закладі та лікування в умовах посиленого нагляду.

5. Госпіталізація до психіатричного закладу із суворим наглядом може бути застосована судом щодо психічно хворого, який вчинив суспільно небезпечне діяння, пов'язане з посяганням на життя інших осіб, а також щодо психічно хворого, який за своїм психічним станом і характером вчиненого суспільно небезпечного діяння становить особливу небезпеку для суспільства і потребує тримання у психіатричному закладі та лікування в умовах суворого нагляду.

6. Якщо не буде визнано за необхідне застосування до психічно хворого примусових заходів медичного характеру, а також у разі припинення застосування таких заходів, суд може передати його на піклування родичам або опікунам з обов'язковим лікарським наглядом.

Стаття 95. Продовження, зміна або припинення застосування примусових заходів медичного характеру

1. Продовження, зміна або припинення застосування примусових заходів медичного характеру здійснюється судом за заявою представника психіатричного закладу (лікаря-пси-

хіатра), який надає особі таку психіатричну допомогу, до якої додається висновок комісії лікарів-психіатрів, який обґрунтовує необхідність продовження, зміни або припинення застосування таких примусових заходів.

2. Особи, до яких застосовані примусові заходи медичного характеру, підлягають огляду комісією лікарів-психіатрів не рідше одного разу на 6 місяців для вирішення питання про наявність підстав для звернення до суду із заявою про припинення або про зміну застосування такого заходу. У разі відсутності підстав для припинення або зміни застосування примусового заходу медичного характеру представник психіатричного закладу (лікар-психіатр), який надає особі таку психіатричну допомогу, направляє до суду заяву, до якої додається висновок комісії лікарів-психіатрів, який містить обґрунтування про необхідність продовження застосування примусового заходу медичного характеру. У разі необхідності продовження застосування примусового заходу медичного характеру понад 6 місяців представник психіатричного закладу (лікар-психіатр), який надає особі таку психіатричну допомогу, повинен направити до суду за місцем знаходження психіатричного закладу заяву про продовження застосування примусового заходу. До заяви додається висновок комісії лікарів-психіатрів, який містить обґрунтування про необхідність продовження надання особі такої психіатричної допомоги. В подальшому продовження застосовування примусового заходу медичного характеру проводиться кожного разу на строк, який не може перевищувати 6 місяців.

3. У разі припинення застосування примусових заходів медичного характеру через змінення психічного стану особи на краще, суд може передати її на піклування родичам або опікунам з обов'язковим лікарським наглядом.

4. У разі припинення застосування примусових заходів медичного характеру через видужання особи, які вчинили злочини у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку, підлягають покаранню на загальних засадах, а особи, які захворіли на психічну хворобу під час відбування покарання, можуть підлягати подальшому відбуванню покарання.

Стаття 96. Примусове лікування

1. Примусове лікування може бути застосоване судом, незалежно від призначеного покарання, до осіб, які вчинили злочини та мають хворобу, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб.

2. У разі призначення покарання у виді позбавлення волі або обмеження волі примусове лікування здійснюється за місцем відбування покарання. У разі призначення інших видів покарань примусове лікування здійснюється у спеціальних лікувальних закладах.

§1. Норми міжнародного права
щодо примусових заходів медичного характеру та примусового лікування

92.1.1. Конвенція про передачу осіб, які страждають психічними розладами, для проведення примусового лікування

(СНД – від 28.03.1997)

(ратифіковано із застереженням Законом від 11.01.2000)

*«**Стаття 1***

Громадяни кожної з Договірних Сторін, які вчинили суспільно небезпечні дії в стані неосудності, відносно яких є рішення суду про застосування до них примусових заходів медичного характеру на території іншої Договірної Сторони, за взаємною згодою цих Договірних Сторін передаються для проведення примусового лікування в ту державу, громадянами якої вони є або на території якої постійно проживають (якщо вони є особами без громадянства).

Стаття 2

Передача особи для проведення примусового лікування здійснюється, якщо:

а) рішення суду про застосування примусових заходів медичного характеру набуло законної сили;

б) особа, яка направлена на примусове лікування, вчинила дію, яка є кримінально караною за законодавством обох Договірних Сторін;

в) законодавством обох Договірних Сторін передбачені аналогічні заходи медичного характеру;

г) у Договірної Сторони, що приймає, є можливість забезпечити необхідне лікування та відповідні заходи безпеки;

д) отримана згода хворого, а у випадку його нездатності до вільного волевиявлення – згода його законного представника.

(…)

Стаття 10

Переглядати рішення суду відносно особи, яка передана, правомочна тільки Договірна Сторона, що виносила рішення.

Особа, яка направлена на примусове лікування, не може бути знову притягнута до кримінальної відповідальності у Договірній Стороні, що прийняла її для проведення лікування, за ту ж дію, відносно якої вона була визнана неосудною, за винятком випадків, передбачених частиною 3 цієї статті.

Якщо після передачі особи для проведення примусового лікування рішення суду Договірної Сторони, де воно було винесене, скасовано і передбачено нове розслідування чи судовий розгляд, копія рішення про це, матеріали кримінальної справи та інші необхідні документи надсилаються Договірній Стороні, яка прийняла особу, для вирішення питання про притягнення її до відповідальності за законодавством цієї Договірної Сторони.[1]

У випадку зміни рішення суду Договірна Сторона, в якій воно було винесене, негайно повідомляє про це Договірну Сторону, яка прийняла особу для примусового лікування.

За висновком лікарської комісії у разі необхідності скасування або зміни примусових заходів медичного характеру з врахуванням зміни психічного стану особи, яка перебуває на примусовому лікуванні, відповідне рішення про відміну чи зміну примусових заходів медичного характеру має право винести суд Договірної Сторони, яка передала особу для проведення примусового лікування, або суд Договірної Сторони за місцем проведення примусового лікування. Про винесене рішення письмово сповіщається інша Договірна Сторона». [Конвенція про передачу осіб, які страждають психічними розладами, для проведення примусового лікування (СНД – від 28.03.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/997_028]

92.1.2. Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями

(ООН, від 30.08.1955)

«82. 1) Особи, визнані душевнохворими, не підлягають тюремному ув'язненню. Тому слід вживати заходів для якнайшвидшого переведення їх у заклади для душевнохворих.

2) В'язнів, які страждають іншими психічними захворюваннями чи мають подібні вади, треба брати під нагляд і лікувати в спеціальних закладах під керівництвом лікарів.

3) За час перебування їх у в'язниці такі в'язні повинні знаходитися під особливим лікарським наглядом.

4) Медичні та психіатричні служби, що працюють у пенітенціарних закладах, повинні забезпечувати психічне лікування всіх в'язнів, що потребують його.

83. У співробітництві з компетентними закладами бажано вживати необхідних заходів, щоб забезпечувати психіатричний догляд за звільненими в'язнями, а також соціально-психіатричну опіку над ними». [Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями (ООН, від 30.08.1955). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_212]

[1] «В ч. 3 ст. 10 після слів «та інші необхідні документи» додати: «після виконання всіх слідчих та інших процесуальних дій, можливих за відсутності особи, яка страждає психічним розладом» [Про ратифікацію Конвенції про передачу осіб, які страждають психічними розладами, для проведення примусового лікування: Закон України від 11.01.2000. URL:http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1372–14]

92.1.3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 3. Заборона катування***
Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

92.1.4. Резолюція 46/119 «Захист осіб з психічними захворюваннями та поліпшення психіатричної допомоги»
(ООН, від 17.12.1991)
(Див.: 151.1.1)

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо примусових заходів медичного характеру та примусового лікуванн
я
92.2.1. Справа «Megyeri v. Germany»
«23. (…) якщо особу поміщено до психіатричного закладу на підставі вчинення діянь, які представляють собою кримінальні злочини, але за які вона не може нести відповідальність з огляду на психічне захворювання, вона повинна – якщо тільки немає особливих обставин – отримувати юридичну допомогу в таких випадках, пов'язаних з продовженням, призупиненням або припиненням утримання під вартою. Важливість того, що поставлено на карту для нього, а саме особиста свобода, разом із самою природою його страждань – зменшеною розумовою здатністю, обумовлює цей висновок». [Megyeri v. Germany (13770/88). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57785] (Неофіційний авторський переклад).

92.2.2. Справа «Musiał v. Poland»
«43. Дотримуючись принципів, які випливають з практики Суду, душевнохворий, примусово поміщений у психіатричну лікарню на тривалий або невизначений період, має право, згідно з п. 4 ст. 5 Конвенції, на звернення до суду в розумні терміни з вимогою про перевірку законності – в сенсі Конвенції – його тримання в лікарні, оскільки мотиви, які спочатку виправдовували поміщення в психіатричну лікарню, можуть зникнути». [Musiał v. Poland (24557/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58225] (Неофіційний авторський переклад).

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності
норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 92–96 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

92.4.1. Після змін, внесених Законом № 2205-VIII від 14.11.2017 р., до ст. 95 КК України, ст. 514 КПК, а також до низки статей Закону «Про психіатричну допомогу» українське законодавство в цьому питанні в цілому відповідає нормам міжнародного права. Однак це не означає, що унеможливлені випадки застосування такого законодавства з порушенням його норм, що, у свою чергу, створює приводи для звернення до ЄСПЛ із відповідними скаргами.

92.4.2. КК України не передбачає передачу осіб, які страждають на психічні розлади, для проведення примусового лікування.

(Див.: 92.1.1)

Стаття 96[1]. Спеціальна конфіскація

1. Спеціальна конфіскація полягає у примусовому безоплатному вилученні за рішенням суду у власність держави грошей, цінностей та іншого майна у випадках, визначених цим Кодексом, за умови вчинення умисного злочину або суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною цього Кодексу, за які перед-

бачено основне покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а так само передбаченого частиною першою статті 150, статтею 154, частинами другою і третьою статті 159[1], частиною першою статті 190, статтею 192, частиною першою статей 204, 209[1], 210, частинами першою і другою статей 212, 212[1], частиною першою статей 222, 229, 239[1], 239–[2], частиною другою статті 244, частиною першою статей 248, 249, частинами першою і другою статті 300, частиною першою статей 301, 302, 310, 311, 313, 318, 319, 362, статтею 363, частиною першою статей 363[1], 364[1], 365[2] цього Кодексу.

2. Спеціальна конфіскація застосовується на підставі:

1) обвинувального вироку суду;

2) ухвали суду про звільнення особи від кримінальної відповідальності;

3) ухвали суду про застосування примусових заходів медичного характеру;

4) ухвали суду про застосування примусових заходів виховного характеру.

3. У випадках, коли об'єктом спеціальної конфіскації є майно, вилучене з цивільного обороту, вона може бути застосована на підставі:

1) ухвали суду про закриття кримінального провадження з інших підстав, аніж звільнення особи від кримінальної відповідальності;

2) ухвали суду, постановленої в порядку частини дев'ятої статті 100 Кримінального процесуального кодексу України, за клопотанням слідчого чи прокурора, якщо кримінальне провадження закривається ними.

(Кодекс доповнено статтею 96[1] згідно із Законом № 222-VII від 18.04.2013; в редакції Закону № 1261-VII від 13.05.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 731-VIII від 08.10.2015; текст статті 96[1] в редакції Закону № 770-VIII від 10.11.2015; із змінами, внесеними згідно із Законом № 743-VIII від 03.11.2015; текст статті 96[1] в редакції Закону № 1019-VIII від 18.02.2016)

Стаття 96[2]. Випадки застосування спеціальної конфіскації

1. Спеціальна конфіскація застосовується у разі, якщо гроші, цінності та інше майно:

1) одержані внаслідок вчинення злочину та/або є доходами від такого майна;

2) призначалися (використовувалися) для схиляння особи до вчинення злочину, фінансування та/або матеріального забезпечення злочину або винагороди за його вчинення;

3) були предметом злочину, крім тих, що повертаються власнику (законному володільцю), а у разі, коли його не встановлено, – переходять у власність держави;

4) були підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення злочину, крім тих, що повертаються власнику (законному володільцю), який не знав і не міг знати про їх незаконне використання.

2. У разі якщо гроші, цінності та інше майно, зазначені у пункті 1 частини першої цієї статті, були повністю або частково перетворені в інше майно, спеціальній конфіскації підлягає повністю або частково перетворене майно. Якщо конфіскація грошей, цінностей та іншого майна, зазначених у пункті 1 частини першої цієї статті, на момент прийняття судом рішення про спеціальну конфіскацію неможлива внаслідок їх використання або неможливості виділення з набутого законним шляхом майна, або відчуження, або з інших причин, суд виносить рішення про конфіскацію грошової суми, що відповідає вартості такого майна.

3. Спеціальна конфіскація застосовується також у разі, коли особа не підлягає кримінальній відповідальності у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або неосудністю, або звільняється від кримінальної відповідальності чи покарання з підстав, передбачених цим Кодексом, крім звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності.

4. Гроші, цінності, в тому числі кошти, що знаходяться на банківських рахунках чи на зберіганні у банках або інших фінансових установах, інше майно, зазначені в цій статті, підлягають спеціальній конфіскації у третьої особи, якщо вона набула таке майно від підозрюваного, обвинуваченого, особи, яка переслідується за вчинення суспільно небезпечного ді-

яння у віці, з якого не настає кримінальна відповідальність, або в стані неосудності, чи іншої особи безоплатно, за ринкову ціну або за ціну вищу чи нижчу ринкової вартості, і знала або повинна була і могла знати, що таке майно відповідає будь-якій із ознак, зазначених у пунктах 1–4 частини першої цієї статті.

Вищезазначені відомості щодо третьої особи повинні бути встановлені в судовому порядку на підставі достатності доказів.

Спеціальна конфіскація не може бути застосована до майна, яке перебуває у власності добросовісного набувача.

5. Спеціальна конфіскація не застосовується до грошей, цінностей та іншого майна, зазначених у цій статті, які згідно із законом підлягають поверненню власнику (законному володільцю) або призначені для відшкодування шкоди, завданої злочином.

(Частину шосту статті 96[2] виключено на підставі Закону № 1019-VIII від 18.02.2016)

(Кодекс доповнено статтею 96[2] згідно із Законом № 222-VII від 18.04.2013; із змінами, внесеними згідно із Законами № 1261-VII від 13.05.2014, № 770-VIII від 10.11.2015, № 1019-VIII від 18.02.2016)

§1. Норми міжнародного права
щодо спеціальної конфіскації

96[1].1.1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції
(ООН, від 31.10.2003)
(ратифіковано Законом від 18.10.2006)
*«**Стаття 31***
Призупинення операцій (заморожування), арешт і конфіскація

1. Кожна Держава-учасниця вживає, максимальною мірою, можливою в рамках її внутрішньої правової системи, таких заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення можливої конфіскації:

a) доходів від злочинів, що визначені цією Конвенцією, або майна, вартість якого відповідає вартості таких доходів;

b) майна, обладнання та інших засобів, які використовувались або призначалися для використання під час вчинення злочинів, що визначені цією Конвенцією.

2. Кожна Держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення можливості виявлення, відстеження, заморожування або арешту будь-чого з переліченого в частині 1 цієї статті з метою подальшої конфіскації.

3. Кожна Держава-учасниця вживає, відповідно до її внутрішнього права, таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для управління компетентними органами замороженим, арештованим або конфіскованим майном, зазначеним у частинах 1 і 2 цієї статті.

4. Якщо такі доходи від злочинів були перетворені, частково або повністю, в інше майно, заходи, зазначені в цій статті, застосовуються до такого майна.

5. Якщо такі доходи від злочинів були долучені до майна, придбаного із законних джерел, то конфіскації, без шкоди для будь-яких повноважень, що стосуються заморожування або арешту, підлягає та частина майна, яка відповідає оціненій вартості долучених доходів.

6. До прибутку або інших вигод, які одержані від доходів, здобутих злочинним шляхом, від майна, в яке були перетворені такі доходи, або від майна, до якого були долучені такі доходи, також застосовуються заходи, зазначені в цій статті, так само й такою самою мірою, як і до доходів, що здобуті злочинним шляхом.

7. Для цілей цієї статті й статті 55 цієї Конвенції кожна Держава-учасниця уповноважує свої суди або інші компетентні органи приймати постанови про надання або арешт банківських, фінансових або комерційних документів. Держава-учасниця не може ухилятися від вжиття заходів відповідно до положень цієї частини, посилаючись на необхідність збереження банківської таємниці.

8. Держави-учасниці можуть розглянути можливість встановлення вимоги про те, щоб особа, яка вчинила злочин, довела законне походження таких удаваних доходів від злочину або іншого

майна, що підлягає конфіскації, тією мірою, якою така вимога відповідає основоположним принципам їхнього внутрішнього права й характеру судового або іншого розгляду.

9. Положення цієї статті не тлумачаться так, щоб завдавати шкоди правам добросовісних третіх осіб.

10. Ніщо, що містить ця стаття, не зачіпає принципу, на підставі якого заходи, про які в ній ідеться, визначаються і вживаються відповідно до положень внутрішнього права Держави-учасниці й за умови їхнього дотримання». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції. (ООН, від 31.10.2003). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16]

96[1].1.2. Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму

(Рада Європи, від 16.05.2005)

(ратифіковано з заявами і застереженнями Законом від 17.11.2010)

«Стаття 2. Застосування конвенції до фінансування тероризму

1. Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для того, щоб вона могла застосовувати положення глав III, IV та V цієї Конвенції до фінансування тероризму.

2. Зокрема кожна Сторона забезпечує свою спроможність здійснювати пошук, відстежувати, визначати, заблоковувати, заарештовувати й конфісковувати майно, законного або незаконного походження, використане або призначене для використання будь-яким чином цілком або частково, для фінансування тероризму, або доходи, одержані в результаті цього злочину, та забезпечити із цією метою співробітництво в якомога більшому обсязі.

Стаття 3. Заходи з конфіскації

1. Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для того, щоб вона могла конфісковувати знаряддя й засоби злочину та доходи або майно, вартість якого відповідає таким доходам, та відмите майно[1].

(…)

3. Сторони можуть установити обов'язкову конфіскацію стосовно злочинів, на які поширюється режим конфіскації. Сторони можуть, зокрема, уключити до цього положення злочини з відмивання грошей, торгівлі наркотиками, торгівлі людьми та будь-який інший серйозний злочин.

4. Кожна Сторона вживає таких законодавчих або інших заходів, які можуть бути необхідними для того, щоб вимагати від правопорушника, стосовно серйозних злочинів або злочинів, визначених національним законодавством, докази походження підозрілих доходів або іншого майна, яке підлягає конфіскації, настільки, наскільки така вимога відповідає принципам її національного законодавства.

(…)

Стаття 23. Зобов'язання здійснювати конфіскацію

1. Сторона, яка отримала від іншої Сторони запит про конфіскацію засобів і знарядь або доходів, розташованих на її території:

a) виконує постанову про конфіскацію, ухвалену судом запитуючої Сторони, стосовно таких засобів і знарядь чи доходів; або

b) передає цей запит своїм компетентним органам з метою отримання постанови про конфіскацію й, у випадку отримання такої постанови, виконує її.

2. Для цілей застосування підпункту «b» пункту 1 цієї статті кожна Сторона, за необхідності, має право порушувати процедуру конфіскації згідно зі своїм законодавством.

3. Положення пункту 1 цієї статті застосовуються також до конфіскації у вигляді вимоги сплати грошової суми, еквівалентної вартості доходів, якщо майно, стосовно якого може бути здійснена конфіскація, розташоване на території запитуваної Сторони. У таких випадках, під час

[1] «Україна (…) заявляє, що буде застосовувати пункт 1 статті 3 Конвенції тільки до злочинів, за які передбачено покарання у вигляді позбавлення волі» (Закон від 17.11.2010 «Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму»).

здійснення конфіскації згідно з пунктом 1, запитувана Сторона, у випадку неотримання платежу, звертає вимогу на будь-яке майно, яке може бути використано для цих цілей.

4. Якщо запит про конфіскацію стосується конкретного майна, Сторони можуть дійти згоди про те, що запитувана Сторона може здійснити конфіскацію у вигляді вимоги сплати грошової суми, еквівалентної вартості майна.

5. Сторони співробітничають в якнайширшому обсязі, можливому відповідно до їхнього внутрішнього законодавства, з тими Сторонами, які роблять запит стосовно вжиття заходів, еквівалентних конфіскації, що зумовлюють позбавлення майна, які не є кримінальними санкціями, якщо застосування таких заходів призначене судовим органом запитуючої Сторони у зв'язку зі злочином, якщо було встановлено, що майно є доходом або іншим майном у розумінні статті 5 цієї Конвенції». [Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму. (Рада Європи, від 16.05.2005) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_948]

96[1].1.3. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин

(ООН, від 20.12.1988)

(ратифіковано Постановою ВР № 1000-XII від 25.04.91)

«***Стаття 5. Конфіскація***

(1) Кожна Сторона вживає такі заходи, що можуть бути необхідні, для конфіскації:

a) доходів, отриманих в результаті скоєння правопорушень, що визнаються такими згідно з пунктом (1) статті 3, або власності, вартість якої відповідає таким доходам;

b) наркотичних засобів і психотропних речовин, матеріалів та обладнання чи інших засобів, що використовувалися або призначалися для використання яким-небудь чином при вчиненні правопорушень, визнаних такими відповідно до пункту (1) статті 3.

(2) Кожна Сторона вживає також такі заходи, що можуть бути потрібні, з тим, щоб її компетентні органи могли визначити, виявити та заморозити або арештувати доходи, власність, засоби або будь-які інші предмети, згадані в пункті (1) цієї статті, з метою наступної конфіскації». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин. (ООН, від 20.12.1988). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_096]

96[1].1.4. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності

(ООН, від 15.11.2000)

ратифіковано 04.02.2004)

«**Стаття 12. Конфіскація та арешт**

1. Держави-учасниці вживають, у максимальному ступені, можливому в межах їхніх внутрішніх правових систем, таких заходів, які можуть знадобитися для забезпечення можливості конфіскації:

a) доходів від злочинів, що охоплюються цією Конвенцією, або майна, вартість якого відповідає вартості таких доходів;

b) майна, устаткування або інших засобів, які використовувалися або призначалися для використання при вчиненні злочинів, що охоплюються цією Конвенцією.

2. Держави-учасниці вживають таких заходів, які можуть знадобитися для забезпечення можливості виявлення, відстеження, арешту або виїмки будь-чого з перерахованого в пункті 1 цієї статті з метою подальшої конфіскації.

3. Якщо доходи від злочинів були перетворені, частково або повністю, в інше майно, то заходи, зазначені у цій статті, вживаються щодо такого майна.

4. Якщо доходи від злочинів були залучені до майна, придбаного за рахунок законних джерел, то конфіскації, без шкоди для будь-яких повноважень, що стосуються накладення арешту або виїмки, підлягає та частина майна, яка відповідає оціненій вартості залучених доходів від злочинів.

5. До прибутку або інших вигод, отриманих від доходів від злочинів, до майна, в яке були перетворені доходи від злочинів, або до майна, до якого були залучені доходи від злочинів, також вживаються заходи, зазначені у цій статті, у такий же спосіб і в тій мірі, як і щодо доходів від злочинів.

6. Для цілей цієї статті і статті 13 цієї Конвенції кожна Держава-учасниця уповноважує свої суди або інші компетентні органи видавати постанови про представлення або арешт банківських, фінансових або комерційних документів. Держави-учасниці не ухиляються від вживання заходів щодо положень цього пункту, посилаючись на необхідність збереження банківської таємниці.

7. Держави-учасниці можуть розглянути можливість встановлення вимоги про те, щоб особа, яка вчинила злочин, довела законне походження передбачуваних доходів від злочину або іншого майна, яке підлягає конфіскації, у тій мірі, у якій така вимога відповідає принципам їхнього внутрішнього законодавства і характеру судового та іншого розгляду.

8. Положення цієї статті не тлумачаться як такі, що завдають шкоди правам сумлінних третіх сторін.

9. Ніщо у цій статті не зачіпає принципу, відповідно до якого заходи, про які в ній ідеться, визначаються і вчиняються відповідно до положень внутрішнього законодавства Держави-учасниці та за умови їх дотримання». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. (ООН, від 15.11.2000). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_789]

96[1].1.5. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173)

(Рада Європи, від 27.01.1999)

(ратифіковано Законом від 18.10.2006)

*«**Стаття 19. Санкції та заходи***

(…)

3. Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення можливості конфіскації чи в інший спосіб вилучення засобів вчинення кримінальних злочинів і доходів, отриманих від кримінальних злочинів, визначених цією Конвенцією, чи власності, вартість якої відповідає таким доходам». [Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173). (Рада Європи, від 27.01.1999). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_101]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо спеціальної конфіскації

96[1].2.1. Справа «Gogitidze and Others v. Georgia»

«105. Зважаючи на такі міжнародні правові механізми, як Конвенція ООН проти корупції від 2005 року, Рекомендації Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF) і двох відповідних Конвенцій РЄ від 1990 та 2005 рр. щодо конфіскації доходів, одержаних злочинним шляхом (ETS № 141 і ETS № 198), Суд зазначає, що звичайні європейські і навіть універсальні правові стандарти можуть існувати і заохочувати, по-перше, до конфіскації майна, що пов'язане із серйозними кримінальними злочинами, зокрема такими, як корупція, відмивання коштів, обіг наркотичних засобів тощо, без попереднього кримінального звинувачення у цих злочинах. По-друге, тягар доведення законності походження майна, яке, як стверджувалося, було отримано незаконним шляхом, міг бути законним чином перекладений на відповідачів цих некримінальних проваджень щодо конфіскації, у тому числі цивільних проваджень in rem. По-третє, заходи щодо конфіскації могли застосовуватися не тільки безпосередньо до майна, яке було отримане незаконним шляхом, а й майна, доходів та інших непрямих прибутків, які були отримані шляхом конвертування або перетворення цінностей, отриманих злочинним шляхом, або змішані з іншим майном, джерело походження якого, можливо, є законним. Зрештою, заходи з конфіскації можуть бути застосовані не тільки до осіб, які безпосередньо звинувачуються у кримінальних злочинах, а й до будь-яких інших третіх осіб, які мають право володіння майном без необхідної добросовісності з метою приховування їхньої злочинної ролі у накопиченні цінностей, які є предметом розгляду у справі.

(…)

124. Європейський суд нагадує, що питання про можливість застосування пункту 2 статті 6 Конвенції потрібно розглядати у двох аспектах: у вузькому – у зв'язку з проведенням відповідного кримінального процесу як такого, і широкому, якщо процес виходить за межі сфери судового розгляду за певних обставин.

125. У зв'язку з цим Європейський суд зазначає, що процедура конфіскації in rem в цьому випадку відбулася не після встановлення кримінального переслідування першого заявника, а, навпаки, передувала йому. Отже, другий, більш широкий аспект пункту 2 статті 6 Конвенції, роль якого полягає у запобіганні порушенню принципу презумпції невинуватості після того, як відповідні кримінальні справи завершилися не засудженням (наприклад, виправдання, закриття кримінальної справи, що не має позовної сили у зв'язку із завершенням строку давності, смерть обвинуваченого тощо), тут не має жодного значення.

126. Щодо першого, більш обмеженого аспекту пункту 2 статті 6, роль якого полягає у захисті права тієї чи іншої звинуваченої людини вважатися невинною винятково у межах кримінальної справи, Суд повторює, спираючись на своє усталене прецедентне право, що постанова про конфіскацію майна застосовується в цивільному судочинстві in rem, без кримінального обвинувачення, і це має не каральний, а профілактичний і/або компенсаційний характер і, отже, не може спричинити застосування цього положення». [Gogitidze and Others v. Georgia (36862/05). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–154398] (Неофіційний авторський переклад).

96¹.2.2. Справа «Denisova and Moiseyeva v. Russia»

«58. Суд вважає, що конфіскація у кримінальному судочинстві відповідає суспільним інтересам, оскільки конфіскація коштів або активів, отриманих незаконною діяльністю або виплачених за рахунок доходів від злочинів, є необхідним і ефективним засобом боротьби зі злочинною діяльністю. Такі заходи конфіскації відповідають цілям Конвенції Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, положення якої вимагають від держав-учасників ввести до національного законодавства заходи з конфіскації коштів та доходів від злочинів, отриманих від тяжких правопорушень (стаття 3 пункт 3 Конвенції). Такі заходи з конфіскації діють у суспільних інтересах як стримуючий засіб для тих, хто збирається вчиняти злочини, а також гарантує, що злочин не окупиться». [Denisova and Moiseyeva v. Russia (16903/03). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–98018] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо спеціальної конфіскації

96¹.3.1. Справа «Філліпс проти Сполученого Королівства»
Фактичні обставини:

27 червня 1996 року Суд корони м. Ньюпорта засудив заявника за причетність до ввезення великої кількості конопляної смоли на порушення пункту 170 (2) Закону про митну та акцизну службу (the Customs and Excise Management Law) від 1979 року. 12 липня 1996 року його було засуджено до дев'яти років ув'язнення за цей злочин. Заявник мав судимості, жодна з яких не стосувалася злочинів, пов'язаних із наркотиками.

24 грудня 1996 року на підставі Закону 1994 року суддя присудив заявнику впродовж трьох років сплатити суму за наказом про конфіскацію, передбачивши ув'язнення на два роки у разі несплати.

28 січня 1997 року заявникові було відмовлено в дозволі на апеляцію щодо обвинувачення та вироку (включно з наказом про конфіскацію). Його повторне клопотання про надання дозволу на оскарження обвинувачення та вироку було відхилено 22 січня 1998 року після повного розгляду справи в апеляційному суді.

Відповідне національне право:

Стаття 2 Закону 1994 року передбачає, що Суд корони повинен видати наказ про конфіскацію у випадку, якщо перед ним постане обвинувачений, якому суд має призначити покарання за один або два злочини, пов'язані з торгівлею наркотиками, і щодо якого суд визнав, що свого часу він одержав певну плату або іншу винагороду, пов'язану з торгівлею наркотиками.

Відповідно до статті 5 Закону 1994 року сума за наказом про конфіскацію має встановлюватися в розмірі суми виторгу від наркотиків, яку суд визнав як отриману обвинуваченим, якщо на час видання наказу про конфіскацію суд не впевниться, що сплаченою може бути лише менша сума.

При визначенні, чи обвинувачений отримав прибуток від торгівлі наркотиками та в якому розмірі, статті 4 (2) і (3) Закону 1994 року зобов'язують суди припускати, що будь-яке майно, яке начебто належало підсудному якийсь час, відтоді як його було засуджено, або майно, отримане ним упродовж шести років до дати порушення кримінальної справи як плата або винагорода, пов'язана з торгівлею наркотиками, а також припускати, що будь-які витрати, понесені ним у цей самий період, були оплачені з доходів від торгівлі наркотиками. Це припущення, передбачене законом, може бути відхилене обвинувачуваним стосовно будь-якого майна або витрат, якщо буде доведено його неправильність або якщо в разі його застосування може виникнути ризик постановлення несправедливого рішення (стаття 4 (4)).

Необхідним стандартом доведення, застосовним за Законом 1994 року, є той, що застосовується під час цивільного провадження, а саме зважування ймовірностей (стаття 2 (8)).

Рішення ЄСПЛ:

«27. Заявник скаржився, що передбачене законом припущення, застосоване Судом корони під час підрахунку суми, що підлягає конфіскації, є порушенням його права на презумпцію невинуватості, гарантованого пунктом 2 статті 6 Конвенції (…)

28. Уряд стверджував, що наказ про конфіскацію має розглядатись як покарання за злочин у сфері торгівлі наркотиками, за вчинення якого заявника судили й у вчиненні якого його було визнано винним; провадження щодо конфіскації не означає його обвинувачення у вчиненні додаткового злочину, а отже, пункт 2 статті 6 не застосовується.

29. Заявник доводив, що провадження, наслідком якого було застосування наказу про конфіскацію майна, було окремим судовим процесом, пов'язаним із його «обвинуваченням у вчиненні злочину» в контексті пункту 2 статті 6, а не просто частиною покарання згідно з вироком за злочин, за вчинення якого його було засуджено. Він посилався на аналіз лорда Проссера у рішенні Шотландського апеляційного суду в справі МакІнтоша.

30. Безсумнівно, що під час обвинувачення, яке призвело до його засудження 27 червня 1996 року за причетність до ввезення конопляної смоли на порушення статті 170 (2) Закону 1979 року про регулювання мита і акцизів, заявника було «обвинувачено у вчиненні злочину», а отже, він мав право на захист – і отримав цей захист – відповідно до пункту 2 статті 6. Питаннями, які має вирішити Суд щодо застосування цієї статті до проваджень, пов'язаних із конфіскацією, є: по-перше, чи було клопотання прокурора про видання наказу про конфіскацію після засудження заявника рівнозначним висуненню нового «обвинувачення» в розумінні пункту 2 статті 6; і, по-друге, навіть якщо відповідь на це запитання напевно буде заперечною, чи слід було певною мірою застосувати пункт 2 статті 6, щоб захистити заявника від припущень, які робилися під час конфіскаційного провадження.

31. Для того щоб визначити, чи було заявника «обвинувачено у вчиненні злочину» у значенні пункту 2 статті 6 під час провадження у справі щодо конфіскації, Суд має враховувати три критерії, а саме: класифікацію провадження у справі на підставі національного права, його основний характер, а також вид і суворість покарання, якого заявник ризикував зазнати.

32. Тоді як останні судові рішення Сполученого Королівства були розділені з огляду на те, чи клопотання обвинувачення щодо видачі конфіскаційного наказу рівнозначне висуненню «обвинувачення у вчиненні злочину» в автономному значенні пункту 2 статті 6, то щодо першого із зазначених вище критеріїв – класифікація провадження у справі на підставі національного права – зрозуміло, що таке клопотання не пов'язане із жодним новим обвинуваченням або злочином у контексті національного кримінального права. Як зауважив лорд головний суддя в рішенні у справі Бенджафільда: «В англійському національному праві конфіскаційні накази є частиною процесу призначення покарання підсудному за злочин, у вчиненні якого його обвинувачено».

33. Повертаючись до відповідних другого та третього критеріїв – характер провадження у справі, а також тип і суворість покарання, яке йому загрожує, – справедливим буде зазначити,

що припущення, якого вимагає Закон 1994 року, про те, що все майно, яким володів заявник упродовж попередніх шести років, це прибуток від торгівлі наркотиками, ставить перед національним судом вимогу припускати його причетність до іншої протиправної діяльності, пов'язаної з наркотиками, ще до вчинення злочину, за який його засуджено. Усупереч звичайному обов'язку обвинувачення довести елементи тверджень, висунутих проти обвинуваченого, тягар доведення було покладено на заявника: методом зважування ймовірностей він мав довести, що отримав майно, про яке йдеться, іншим шляхом, а не через торгівлю наркотиками. Після розслідування справи суддею було видано конфіскаційний наказ на значну суму – 91400 фунтів стерлінгів. Якби заявник не сплатив цю суму, він мав би відбути додатково два роки ув'язнення, після дев'ятирічного строку, який йому присудили за злочин, вчинений у листопаді 1995 року.

34. Однак метою цієї процедури було не засудження або виправдання заявника за якийсь інший злочин, пов'язаний з наркотиками. Хоча Суд корони припускав, що він мав зиск від наркоторгівлі в минулому, це, наприклад, не відображено в його досьє, до якого було включено лише судимість за вчинений у листопаді 1995 року злочин. За таких обставин не можна стверджувати, що заявника було «обвинувачено у вчиненні злочину».

Крім того, метою процедури згідно із Законом 1994 року було надати національному суду можливість належним чином визначити суму за конфіскаційним наказом. Суд вважає, що ця процедура була аналогічною визначенню судом суми штрафу або тривалості строку ув'язнення, що мають бути призначені вже засудженому злочинцеві.

(…)

35. Суд також вважає, що хоча, незважаючи на вищенаведений висновок, видання конфіскаційного наказу не призвело до висунення будь-якого нового «обвинувачення» у значенні пункту 2 статті 6, це положення все-таки має застосовуватися, щоб захистити заявника від припущень, зроблених під час розгляду питання про конфіскацію майна. Хоча й очевидно, що пункт 2 статті 6 регулює провадження у кримінальній справі в цілому, а не виключно розгляд суті обвинувачення, проте право на презумпцію невинуватості за пунктом 2 статті 6 випливає лише у зв'язку з конкретним «обвинуваченням» у вчиненні злочину. У разі, якщо обвинуваченого визнано винним у вчиненні такого злочину, положення пункту 2 статті 6 не можуть застосовуватися до тверджень щодо характеру та поведінки обвинуваченого як частини процедури призначення покарання, якщо такі обвинувачення не мають такого характеру та ступеня, щоб дорівнювати висуненню нового «обвинувачення» в автономному значенні Конвенції (…)

36. Отже, на завершення, Суд постановляє, що положення пункту 2 статті 6 не можуть бути застосованими до провадження у справі про конфіскацію майна проти заявника.

B. Застосування пункту 1 статті 6

37. Хоча у своїй початковій заяві п. Філліпс не посилався на право на справедливий судовий розгляд згідно з пунктом 1 статті 6, під час розгляду справи в Суді його адвокат заявив, що це положення також може бути застосовним і що його було порушено.

Уряд не заперечував щодо застосовності пункту 1 статті 6, але оспорював наявність порушення.

38. У будь-якому разі, Суд нагадує, що має бути надана детальна характеристика фактів справи з погляду права, не пов'язана з підходом заявника або Уряду. Він вважає, що з огляду на характер даної справи цілком доречно розглядати факти з погляду права на справедливий судовий розгляд у світлі пункту 1 статті 6 Конвенції.

39. Пункт 1 статті 6 застосовується впродовж усього провадження при «вирішенні… будь-якого кримінального обвинувачення», включаючи провадження, у яких призначається покарання (…) А отже, з цього випливає, що пункт 1 статті 6 застосовується до провадження, про яке йдеться.

C. Відповідність пункту 1 статті 6

40. На думку Суду, крім того, що про нього є конкретне згадування у пункті 2 статті 6, право особи на презумпцію невинуватості у кримінальній справі та вимогу до обвинувачення нести тягар доведення тверджень, висунутих проти нього, становить частину загального уявлення про справедливий судовий розгляд згідно з пунктом 1 статті 6.

Але це право не є абсолютним, бо фактична та правова презумпції діють у кожній системі кримінального права і, в принципі, не заборонені Конвенцією, якщо держави залишаються у пев-

них межах, беручи до уваги важливість того, що поставлено на карту, та підтримуючи права захисту.

41. Суд не уповноважений розглядати in abstracto сумісність із Конвенцією положень Закону 1994 року, що вимагають від суду, який призначає покарання особі, засудженій за вчинення злочину, пов'язаного з торгівлею наркотиками, припустити, що будь-яке майно, яким вона володіла якийсь час з моменту її засудження або впродовж шести років до дня, коли провадження у кримінальній справі було розпочато, було отримане як плата або винагорода у зв'язку з наркоторгівлею і що будь-які витрати, яких вона зазнала у цей період, було сплачено з доходів, отриманих від виторгу за наркотики. Натомість Суд має визначити, чи порушив спосіб, у який було застосоване таке припущення у справі заявника, основні принципи справедливого провадження, закладені у пункті 1 статті 6.

42. Вихідною точкою Суду в цьому розгляді є повторення вищенаведеного зауваження, що законне припущення було застосоване не з метою сприяти визнанню заявника винним у вчиненні злочину, а з метою надати можливість національному суду визначити точно суму конфіскаційного наказу. Отже, незважаючи на те, що сума конфіскаційного наказу, визначена за законним припущенням, була значною – 91400 фунтів стерлінгів, і на те, що заявникові загрожували два роки додаткового ув'язнення в разі несплати, про його засудження за додатковий злочин, пов'язаний з торгівлею наркотиками, не йшлося.

43. Крім того, хоч це припущення й було обов'язковим, коли суд, який призначав покарання, оцінював, чи заявник отримав прибуток від торгівлі наркотиками та в якому розмірі, ця система не була без захисту. Таким чином, суд здійснював оцінювання за судовою процедурою, що включала відкритий розгляд, попереднє повідомлення про обвинувачення у справі і надання заявникові можливості долучити до справи документальні та усні докази. Суд міг видати конфіскаційний наказ на меншу суму, якби при зважуванні ймовірностей він переконався в тому, що лише менша сума може бути отримана. Основна гарантія, таким чином, полягала у тому, що припущення за Законом 1994 року могло б бути спростоване, якби заявник довів, знову при зважуванні ймовірностей, що він отримав майно іншим способом, а не завдяки наркоторгівлі. Більше того, суддя мав дискреційне право не застосовувати це припущення, якби вирішив, що його застосування спричинить серйозний ризик ухвалення несправедливого рішення.

44. Суд зазначає, що не існувало прямих доказів того, що заявник займався торгівлею наркотиками до подій, які призвели до його засудження. Отже, у підрахунку суми конфіскаційного наказу на підставі прибутків, отриманих від торгівлі наркотиками, суддя спирався на законне припущення. Насправді ж, детально розглядаючи, які кроки робив суддя, щоб досягти остаточної цифри в 91400 фунтів стерлінгів, Суд зауважує, що стосовно кожного пункту, який розглядався, суддя, на підставі зізнання заявника або доказу, долученого до справи обвинуваченням, переконався, що заявник володіє майном або витратив гроші, і дійшов висновку щодо їх незаконного надходження. Отже, за «реальними ознаками, що ґрунтуються на цивільно-правовій підставі доведення», суддя визнав, що продаж будинку панові X був лише завуальованим переведенням грошей за наркотики. Стосовно додаткової суми у 28000 фунтів стерлінгів, які, як визнав заявник, було отримано готівкою від X, суддя зауважив: «Жодного розумного пояснення щодо причетності (X) надано не було, і, на мою думку, неможливо побачити жодної розумної причини, крім тієї, що… це була проста винагорода». Так само, оцінюючи суму витрат заявника на автомобілі, суддя спирався на найнижчі суми, які, як запевняв заявник, він сплатив.

Оскільки заявник не зміг надати жодного документа, що пояснював би джерело цих грошей, суддя припустив, що це був прибуток від торгівлі наркотиками. За висновками судді, не могло бути жодного заперечення щодо включення матеріалів до переліку майна заявника з метою призначення покарання, навіть якби припущення, передбачені законом, не застосовувалися.

45. Більше того, Суд зауважує, що якби виклад фінансових операцій заявника був правдивим, то йому було б неважко спростувати це законне припущення; як зазначив суддя, способи документального підтвердження, до яких він міг вдатися, щоб показати законність джерел надходження своїх грошей та майна, були «абсолютно очевидними, звичайними і простими». Заявник не може скаржитися на несправедливий розгляд з огляду на той факт, що суддя включив до своїх

підрахунків майно, придбане на виторг від інших, не підкріплених документами видів незаконної діяльності, як-то «перепродаж автомобілів».

46. І нарешті, важливо зазначити, що, підраховуючи вартість ліквідного майна заявника, суддя брав до уваги лише будинок та одну третину сімейного бізнесу, яка належала заявникові; вони, як було з'ясовано на підставі доказів, усе ще належать заявникові.

Суддя погодився з аргументами заявника під час оцінювання вартості майна. До того ж Суд вважає, що питання справедливості процедури могло б постати за обставин, якби розмір суми конфіскації було встановлено на підставі оцінки, як припускалося, прихованого майна, але це зовсім не так у справі, що стосується цього заявника.

47. Отже, підсумовуючи, Суд визнає, що відповідні положення Закону 1994 року про торгівлю наркотиками було застосовано до заявника в розумних межах з урахуванням важливості того, що було поставлено на карту, і що права захисту повністю поважалися. Таким чином, Суд не визнає, що внаслідок законного припущення заявника було позбавлено справедливого розгляду справи, пов'язаної з конфіскацією майна. Висновок: пункт 1 статті 6 Конвенції порушено не було.

48. Заявник також скаржився, що повноваження суду згідно із Законом 1994 року надмірно широкі, що є порушенням статті 1 Протоколу № 1 (…)

(…)

50. Суд зауважує, що «майно», яке є предметом цієї скарги, це грошова сума, а саме – 91400 фунтів стерлінгів, яку заявник мав сплатити за наказом Суду корони і в разі несвоєчасної сплати якої він підлягає дворічному ув'язненню. Суд вважає, що ця міра рівнозначна втручанню в його право на мирне володіння своїм майном, а отже, стаття 1 Протоколу N 1 застосовується у цій справі.

(…)

52. Щодо мети, поставленої перед процедурою видання конфіскаційного наказу, то (…) ці повноваження було надано судам як зброю в боротьбі з таким лихом, як наркобізнес. Таким чином, видання конфіскаційного наказу діє як своєрідний стримувальний засіб для тих, хто збирається займатися наркобізнесом, а також має позбавити особу прибутків, отриманих від наркоторгівлі, і вилучає певну кількість коштів, унеможливлюючи їх використання у майбутніх операціях з торгівлі наркотиками.

53. Суд уже зазначав, що сума, яка підлягала сплаті на підставі конфіскаційного наказу, була значною, а саме – 91400 фунтів стерлінгів. Проте вона відповідала сумі, яку, як визнав суддя Суду корони, було отримано від продажу наркотиків у попередні шість років, і була сумою, яку він міг виручити з майна, яке йому належало. Суд посилається на викладений вище висновок про те, що процедура видання конфіскаційного наказу була справедливою і дотримана з повагою до прав захисту.

54. На цій підставі та зважаючи на важливість поставленої мети, Суд не вважає, що втручання у право заявника на мирне володіння своїм майном було непропорційним. З цього випливає, що порушення статті 1 Протоколу N 1 допущено не було». [Філліпс проти Сполученого Королівства (Phillips v. the United Kingdom) (41087/98). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_052]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 96^1 та 96^2 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

96^1.4.1. У разі якщо обвинуваченого визнано винним у вчиненні злочину, норми про презумпцію невинуватості не можуть застосовуватися до тверджень щодо характеру та змісту діянь обвинуваченого як частини процедури спеціальної кваліфікації (статті 96^1 і 96^2 КК України, а також ч. 9 ст. 100 КПК), за умови, що зазначені твердження не пов'язані з висуненням нового обвинувачення.

(Див.: 96^1.3.1)

96^1.4.2. У разі якщо обвинуваченого визнано винним у вчиненні злочину, судові рішення про спеціальну конфіскацію не порушують положень Конвенції про право на справедливий суд та захист власності.

(Див.: 96^1.2.2 і 96^1.3.1)

Розділ XIV[1]. ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ ЩОДО ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Стаття 96[3]. Підстави для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру

1. Підставами для застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру є:

1) вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із злочинів, передбачених у статтях 209 і 306, частинах першій і другій статті 368[3], частинах першій і другій статті 368[4], статтях 369 і 369[2] цього Кодексу;

2) незабезпечення виконання покладених на її уповноважену особу законом або установчими документами юридичної особи обов'язків щодо вжиття заходів із запобігання корупції, що призвело до вчинення будь-якого із злочинів, передбачених у статтях 209 і 306, частинах першій і другій статті 368[3], частинах першій і другій статті 368[4], статтях 369 і 369[2] цього Кодексу;

3) вчинення її уповноваженою особою від імені юридичної особи будь-якого із злочинів, передбачених у статтях 258–258[5] цього Кодексу;

4) вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із злочинів, передбачених статтями 109, 110, 113, 146, 147, частинами другою – четвертою статті 159[1], статтями 160, 260, 262, 436, 437, 438, 442, 444, 447 цього Кодексу.

Примітка 1. Під уповноваженими особами юридичної особи слід розуміти службових осіб юридичної особи, а також інших осіб, які відповідно до закону, установчих документів юридичної особи чи договору мають право діяти від імені юридичної особи.

2. Злочини, передбачені статтями 109, 110, 113, 146, 147, частинами другою – четвертою статті 159[1], статтями 160, 209, 260, 262, 306, частинами першою і другою статті 368[3], частинами першою і другою статті 368[4], статтями 369, 369[2], 436, 437, 438, 442, 444, 447 цього Кодексу, визнаються вчиненими в інтересах юридичної особи, якщо вони призвели до отримання нею неправомірної вигоди або створили умови для отримання такої вигоди, або були спрямовані на ухилення від передбаченої законом відповідальності.

(Стаття 96[3] із змінами, внесеними згідно із Законами № 1261-VII від 13.05.2014, № 731-VIII від 08.10.2015)

Стаття 96[4]. Юридичні особи, до яких застосовуються заходи кримінально-правового характеру

1. Заходи кримінально-правового характеру, у випадках, передбачених пунктами 1 і 2 частини першої статті 96[3] цього Кодексу, можуть бути застосовані судом до підприємства, установи чи організації, крім державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, організацій, створених ними у встановленому порядку, що повністю утримуються за рахунок відповідно державного чи місцевого бюджетів, фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, а також міжнародних організацій.

2. Заходи кримінально-правового характеру, у випадках, передбачених пунктами 3 і 4 частини першої статті 96[3] цього Кодексу, можуть бути застосовані судом до суб'єктів приватного та публічного права резидентів та нерезидентів України, включаючи підприємства, установи чи організації, державні органи, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, організації, створені ними у встановленому порядку, фонди, а також міжнародні організації, інші юридичні особи, що створені у відповідності до вимог національного чи міжнародного права.

Якщо держава або суб'єкт державної власності володіє часткою більше 25 відсотків в юридичній особі або юридична особа знаходиться під ефективним контролем держави чи

суб'єкта державної власності, то дана юридична особа несе цивільну відповідальність у повному обсязі за неправомірно отриману вигоду та шкоду, заподіяну злочином, що вчинений державою, суб'єктами державної власності або державного управління.

(Стаття 96[4] із змінами, внесеними згідно із Законом № 1261-VII від 13.05.2014)

Стаття 96[5]. Підстави для звільнення юридичної особи від застосування заходів кримінально-правового характеру

1. Юридична особа звільняється від застосування до неї заходів кримінально-правового характеру, якщо з дня вчинення її уповноваженою особою будь-якого злочину, зазначеного у статті 96[3] цього Кодексу, і до дня набрання вироком законної сили минули такі строки:

1) три роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості;

2) п'ять років – у разі вчинення злочину середньої тяжкості;

3) десять років – у разі вчинення тяжкого злочину;

4) п'ятнадцять років – у разі вчинення особливо тяжкого злочину.

2. Перебіг давності застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру зупиняється, якщо її уповноважена особа, яка вчинила будь-який злочин, зазначений у статті 96[3] цього Кодексу, переховується від органів досудового слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності та її місцезнаходження невідоме. У таких випадках перебіг давності відновлюється з дня встановлення місцезнаходження цієї уповноваженої особи.

3. Перебіг давності застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру переривається, якщо до закінчення передбачених у частинах першій та другій цієї статті строків її уповноважена особа повторно вчинила будь-який злочин, зазначений у статті 96[3] цього Кодексу.

4. Обчислення давності в цьому разі починається з дня вчинення уповноваженою особою юридичної особи будь-якого злочину, зазначеного у статті 96[3] цього Кодексу. При цьому строки давності обчислюються окремо за кожний злочин.

Стаття 96[6]. Види заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб

1. До юридичних осіб судом можуть бути застосовані такі заходи кримінально-правового характеру:

1) штраф;

2) конфіскація майна;

3) ліквідація.

2. До юридичних осіб штраф та ліквідація можуть застосовуватися лише як основні заходи кримінально-правового характеру, а конфіскація майна – лише як додатковий. При застосуванні заходів кримінально-правового характеру юридична особа зобов'язана відшкодувати нанесені збитки та шкоду в повному обсязі, а також розмір отриманої неправомірної вигоди, яка отримана або могла бути отримана юридичною особою.

Стаття 96[7]. Штраф

1. Штраф – це грошова сума, що сплачується юридичною особою на підставі судового рішення.

Суд застосовує штраф виходячи з двократного розміру незаконно одержаної неправомірної вигоди.

2. У разі коли неправомірну вигоду не було одержано, або її розмір неможливо обчислити, суд, залежно від ступеня тяжкості злочину, вчиненого уповноваженою особою юридичної особи, застосовує штраф у таких розмірах:

за злочин невеликої тяжкості – від п'яти до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

за злочин середньої тяжкості – від десяти до двадцяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

за тяжкий злочин – від двадцяти до п'ятдесяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

за особливо тяжкий злочин – від п'ятдесяти до сімдесяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

3. З урахуванням майнового стану юридичної особи суд може застосувати штраф із розстрочкою виплати певними частинами строком до трьох років.

(Стаття 96[7] в редакції Закону № 1261-VII від 13.05.2014)

Стаття 96[8]. Конфіскація майна

1. Конфіскація майна полягає у примусовому безоплатному вилученні у власність держави майна юридичної особи і застосовується судом у разі ліквідації юридичної особи згідно з цим Кодексом.

Стаття 96[9]. Ліквідація

1. Ліквідація юридичної особи застосовується судом у разі вчинення її уповноваженою особою будь-якого із злочинів, передбачених статтями 109, 110, 113, 146, 147, 160, 260, 262, 258-258-5, 436, 436[1], 437, 438, 442, 444, 447 цього Кодексу.

(Стаття 96[9] із змінами, внесеними згідно із Законом № 317-VIII від 09.04.2015)

Стаття 96[10]. Загальні правила застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру

1. При застосуванні до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру судом враховуються ступінь тяжкості вчиненого її уповноваженою особою злочину, ступінь здійснення злочинного наміру, розмір завданої шкоди, характер та розмір неправомірної вигоди, яка отримана або могла бути отримана юридичною особою, вжиті юридичною особою заходи для запобігання злочину.

Стаття 96[11]. Застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру за сукупністю злочинів

1. За сукупністю злочинів в межах одного провадження суд, застосувавши до юридичної особи заходи кримінально-правового характеру за кожен злочин окремо, визначає остаточний основний захід шляхом поглинення менш суворого заходу більш суворим.

2. При застосуванні до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру за злочин за наявності невиконаного заходу за попереднім вироком (вироками) суду кожне з них виконується самостійно, крім випадків застосування судом ліквідації юридичної особи згідно з цим Кодексом.

§1. Норми міжнародного права
щодо відповідальності юридичних осіб

96[3].1.1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції
(ООН, від 31.10.2003)
(ратифіковано Законом від 18.10.2006)
«Стаття 26
Відповідальність юридичних осіб

1. Кожна Держава-учасниця вживає таких заходів, які, з урахуванням її принципів права, можуть бути необхідними для встановлення відповідальності юридичних осіб за участь у злочинах, що визначені цією Конвенцією.

2. За умови дотримання принципів права Держави-учасниці відповідальність юридичних осіб може бути кримінальною, цивільно-правовою або адміністративною.

3. Притягнення до такої відповідальності не заперечує кримінальної відповідальності фізичних осіб, які вчинили злочини.

4. Кожна Держава-учасниця, зокрема, забезпечує застосування щодо юридичних осіб, які притягуються до відповідальності відповідно до цієї статті, ефективних, домірних і таких, що здійснюють стримувальний вплив, кримінальних або некримінальних санкцій, у тому числі грошових». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції. (ООН, від 31.10.2003). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16]

96[3].1.2. Конвенція про кіберзлочинність

(Рада Європи, від 23.11.2001)

(ратифіковано із застереженнями і заявами Законом від 07.09.2005)

*«**Стаття 12. Корпоративна відповідальність***

1. Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для забезпечення того, щоб юридична особа могла нести відповідальність за кримінальне правопорушення, встановлене відповідно до цієї Конвенції, яке було вчинене на її користь будь-якою фізичною особою, як індивідуально, так і в якості частини органу такої юридичної особи. Така фізична особа має займати керівну посаду в рамках юридичної особи, в силу:

a. повноважень представляти цю юридичну особу;

b. повноважень приймати рішення від імені цієї юридичної особи;

c. повноважень здійснювати контроль в рамках цієї юридичної особи.

2. На додаток до випадків, вже передбачених у пункті 1 цієї статті, кожна Сторона вживає заходів для забезпечення того, щоб юридична особа могла понести відповідальність у разі, коли недостатній нагляд чи контроль, який мав здійснюватися особою, вказаною у пункті 1, створив можливість вчинення кримінального правопорушення, встановленого відповідно до цієї Конвенції, на користь такої юридичної особи фізичною особою, яка діяла під її контролем.

3. Відповідно до юридичних принципів Сторони, відповідальність юридичної особи може бути кримінальною, цивільною або адміністративною.

4. Така відповідальність не впливає на кримінальну відповідальність фізичних осіб, які вчинили правопорушення». [Конвенція про кіберзлочинність. (Рада Європи, від 23.11.2001). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_575/]

96[3].1.3. Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії

(ООН, від 01.01.2000)

(ратифіковано Законом від 03.04.2003)

«Держави-учасниці цього Протоколу,

вважаючи, що для досягнення цілей Конвенції про права дитини та виконання її положень, особливо статей 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 і 36, було б доцільно надати більш широкий характер тим заходам, яких повинні вживати держави-учасниці з метою гарантованого захисту дитини від практики торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії,

(…)

домовились про таке:

Стаття 1

Держави-учасниці забороняють торгівлю дітьми, дитячу проституцію і дитячу порнографію, як це передбачено цим Протоколом.

(…)

Стаття 3

1. Кожна держава-учасниця забезпечує, щоб, як мінімум, наступні діяння і види діяльності були повною мірою охоплені її кримінальним або карним правом, незалежно від того, чи були ці злочини вчинені на національному або транснаціональному рівні, або в індивідуальному чи організованому порядку:

a) у контексті торгівлі дітьми, визначеній у статті 2:

i) пропозиція, передача чи отримання будь-якими засобами дитини з метою:

a. сексуальної експлуатації дитини;

b. передачі органів дитини за винагороду;

c. використання дитини на примусових роботах;

ii) неправомірне схиляння в якості посередництва до згоди на усиновлення дитини з порушенням застосовних міжнародно-правових актів щодо усиновлення;

b) пропозиція, отримання, передача чи надання дитини для цілей дитячої проституції, визначеній у статті 2;

c) виробництво, розподіл, розповсюдження, імпорт, експорт, пропозиція, продаж або зберігання у вищезазначених цілях дитячої порнографії, визначеної у статті 2.

(…)

4. З урахуванням положень свого національного законодавства кожна держава-учасниця у відповідних випадках вживає заходів щодо визначення відповідальності юридичних осіб за злочини, передбачені у пункті 1 цієї статті. З урахуванням правових принципів держави-учасниці ця відповідальність юридичних осіб може бути кримінальною, цивільною або адміністративною». [Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії. (ООН, від 01.01.2000). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_b09]

96[3].1.4. Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму

(Рада Європи, від 16.05.2005)

(ратифіковано з заявами і застереженнями Законом від 17.11.2010)

«Стаття 10. Відповідальність юридичної особи

1. Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення можливості притягнення юридичних осіб до відповідальності за злочини відмивання грошей, які встановлено відповідно до цієї Конвенції, учинені на їхню користь будь-якою фізичною особою, яка займає керівну посаду в цій юридичній особі і яка діє або самостійно, або як частина органу юридичної особи, на підставі:

a) права представляти юридичну особу; або

b) повноваження приймати рішення від імені юридичної особи; або

c) повноважень здійснювати контроль у рамках юридичної особи, а також за залучення такої фізичної особи як співучасника або підмовника зазначених вище злочинів.

2. Крім випадків, уже передбачених у пункті 1, кожна Сторона вживає необхідних заходів для забезпечення притягнення юридичної особи до відповідальності у випадку, коли недостатній нагляд або контроль, здійснюваний фізичною особою, яку зазначено в пункті 1, уможливив учинення злочину, зазначеного в пункті 1, на користь такої юридичної особи підлеглою фізичною особою.

3. Відповідальність юридичної особи згідно із цією статтею не виключає кримінального переслідування фізичних осіб, які є виконавцями, підмовниками або співучасниками злочинів, зазначених у пункті 1.

4. Кожна Сторона забезпечує притягнення до відповідальності згідно із цією статтею юридичних осіб, та піддання їх ефективним, домірним та знеохочувальним кримінальним чи некримінальним санкціям, у тому числі грошовим санкціям». [Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму. (Рада Європи, від 16.05.2005) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_948]

96[3].1.5. Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства

(Рада Європи, від 25.10.2007)

(ратифіковано з заявами Законом від 20.06.2012)

«Глава VI

Матеріальне кримінальне право

(…)

Стаття 26. Відповідальність юридичних осіб

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення можливості притягнення до відповідальності юридичної особи за правопорушення, установлене відповідно до цієї Конвенції, яке вчинено на її користь будь-якою фізичною особою, яка діяла особисто чи в складі органу юридичної особи та займала керівну посаду в межах цієї юридичної особи, на підставі: a) повноважень представництва юридичної особи; b) повноважень приймати рішення від імені юридичної особи; c) повноважень здійснювати контроль у межах юридичної особи.

2. Крім випадків, передбачених у пункті 1 цієї статті, кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення можливості притягнення до відповідальності юридичної особи в разі, коли відсутність нагляду або контролю з боку фізичної особи, зазначеної в пункті 1, призвела до можливості вчинення правопорушення, установленого відповідно до цієї Конвенції, в інтересах цієї юридичної особи фізичною особою, яка діє під її керівництвом.

3. Відповідно до принципів правової системи Сторони відповідальність юридичної особи може бути кримінальною, цивільною або адміністративною.

4. Така відповідальність не впливає на кримінальну відповідальність фізичних осіб, які скоїли правопорушення». [Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства. (Рада Європи, від 25.10.2007). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_927]

96[3].1.6. Конвенція Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я

(Рада Європи, від 28.10.2011)

(ратифіковано Законом від 07.06.2012)

«Стаття 11. Відповідальність юридичних осіб

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих та інших заходів для забезпечення можливості притягнення до відповідальності юридичних осіб за злочини, установлені відповідно до цієї Конвенції, які скоєні на їхню користь будь-якою фізичною особою, яка діяла особисто чи в складі органу юридичної особи та займала керівну посаду в межах цієї юридичної особи, на підставі:

a) повноважень представництва юридичної особи;

b) повноважень приймати рішення від імені юридичної особи;

c) повноважень здійснювати контроль у межах юридичної особи.

2. Крім випадків, передбачених у пункті 1 цієї статті, кожна Сторона вживає необхідних законодавчих та інших заходів для забезпечення можливості притягнення до відповідальності юридичної особи в разі, коли відсутність нагляду або контролю з боку фізичної особи, зазначеної в пункті 1, призвела до можливості скоєння злочину, установленого відповідно до цієї Конвенції, в інтересах цієї юридичної особи фізичною особою, яка діє під її керівництвом.

3. Відповідно до правових принципів Сторони відповідальність юридичної особи може бути кримінальною, цивільною або адміністративною.

4. Така відповідальність не впливає на кримінальну відповідальність фізичних осіб, які скоїли злочин.

Стаття 12. Санкції та заходи

(…)

2. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих та інших заходів для забезпечення застосування до юридичних осіб, притягнутих до відповідальності згідно зі статтею 11, ефективних,

пропорційних та переконливих санкцій, у тому числі кримінальних та некримінальних грошових санкцій, та в разі необхідності інших заходів, як-от:

a) тимчасове або постійне позбавлення права займатися комерційною діяльністю;

b) взяття під судовий нагляд;

c) судове рішення про ліквідацію.

3. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих та інших заходів для:

a) дозволу арешту й конфіскації:

i) медичної продукції, активних речовин, ексципієнтів, частин, матеріалів та аксесуарів, а також товарів, документів й інших засобів, використаних для скоєння злочинів, установлених відповідно до цієї Конвенції, або для сприяння їхньому скоєнні;

ii) доходів, одержаних від таких злочинів, або власності, вартість якої еквівалентна таким доходам;

b) дозволу знищення конфіскованої медичної продукції, активних речовин, ексципієнтів, частин, матеріалів та аксесуарів, що є предметом злочину, установленого відповідно до цієї Конвенції;

c) ужиття будь-яких інших відповідних заходів у відповідь на злочин для запобігання майбутнім злочинам». [Конвенція Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я. (Рада Європи, від 28.10.2011). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_a91]

96[3].1.7. Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми

(Рада Європи, від 16.05.2005)

(ратифіковано Законом від 21.09.2010)

«Стаття 22. Відповідальність юридичної особи

1. Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для гарантії притягнення юридичної особи до відповідальності за злочини, установлені згідно із цією Конвенцією, скоєні для вигоди цієї юридичної особи будь-якою фізичною особою, яка діє індивідуально або як частина підрозділу юридичної особи, і займає керівну посаду в цій юридичній особі, ґрунтуючись на:

a) повноваженні представництва юридичної особи;

b) повноваженні приймати рішення від імені юридичної особи;

c) повноваженні здійснювати контроль у межах юридичної особи.

2. Крім випадків, вже передбачених у пункті 1, кожна Сторона вживає заходів, необхідних для забезпечення притягнення до відповідальності юридичної особи, якщо брак нагляду й контролю з боку фізичної особи, яка згадується в пункті 1, спричинив можливість скоєння злочину, установленого згідно з цією Конвенцією, для вигоди юридичної особи фізичною особою, яка діє за її повноваженнями.

3. Залежно від законодавчих принципів Сторони відповідальність юридичної особи може бути кримінальною, цивільною або адміністративною.

4. Така відповідальність не перешкоджає кримінальній відповідальності фізичних осіб, які скоїли правопорушення.

Стаття 23. Санкції та заходи

(…)

2. Кожна Сторона гарантує, що юридичні особи, які притягаються до відповідальності, установленій згідно зі статтею 22, підлягають ефективним, адекватним і переконливим кримінальним або некримінальним санкціям або заходам, зокрема грошовим стягненням.

3. Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для конфіскації або іншим чином позбавлення засобів і доходів від злочинів, установлених згідно зі статтею 18 і пунктом «a» статті 20 цієї Конвенції, або власності, вартість якої відповідає вартості таких засобів.

4. Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для тимчасового або постійного закриття будь-якої організації, яка використовувалася для торгів-

лі людьми, без перешкоди правам bona fide третіх сторін або для тимчасового чи постійного позбавлення порушника можливості здійснювати діяльність, під час якої було скоєно це правопорушення». [Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми. (Рада Європи, від 16.05.2005) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_858]

96[3].1.8. Рамкова Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності

(ООН, від 21.07.1997)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

*«**Стаття 3***

Кожна держава-учасниця Договору розглядає питання про встановлення у своєму внутрішньодержавному кримінальному законодавстві можливості залучення до кримінальної відповідальності юридичних осіб, які отримують прибуток з організованої злочинної діяльності або функціонують як прикриття для злочинної організації». [Рамкова Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності. (ООН, від 21.07.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_786]

96[3].1.9. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності

(ООН, від 15.11.2000)

(ратифіковано Законом №1433-IV від 04.02.2004)

«**Стаття 10. Відповідальність юридичних осіб**

1. Кожна Держава-учасниця вживає таких заходів, які з урахуванням її правових принципів можуть знадобитися для встановлення відповідальності юридичних осіб за участь у серйозних злочинах, до яких причетна організована злочинна група, і за злочини, визнані такими відповідно до статей 5, 6, 8 і 23 цієї Конвенції.

2. За умови дотримання правових принципів Держави-учасниці відповідальність юридичних осіб може бути кримінальною, цивільно-правовою або адміністративною.

3. Покладання такої відповідальності не завдає шкоди кримінальній відповідальності фізичних осіб, які вчинили злочини.

4. Кожна Держава-учасниця, зокрема, забезпечує застосування щодо юридичних осіб, які притягуються до відповідальності згідно з цією статтею, відповідних ефективних кримінальних або некримінальних санкцій, які здійснюють стримуючий вплив, включаючи грошові санкції». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. (ООН, від 15.11.2000). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_789]

96[3].1.10. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173)

(Рада Європи, від 27.01.1999)

(ратифіковано Законом від 18.10.2006)

*«**Стаття 18. Відповідальність юридичних осіб***

1. Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення відповідальності юридичних осіб за передбачені цією Конвенцією кримінальні злочини – дачу хабара, зловживання впливом та відмивання доходів, – вчинені на їхню користь будь-якою фізичною особою, яка діяла незалежно або як представник того чи іншого органу юридичної особи та яка обіймає керівну посаду у цій юридичній особі, із використанням:

– представницьких повноважень юридичної особи; чи

– повноважень приймати рішення від імені юридичної особи; чи

– повноважень здійснювати контроль за діяльністю юридичної особи;

а також за залучення такої фізичної особи до вищезазначених злочинів у якості співучасника чи підбурювача.

2. Крім випадків, передбачених у пункті 1, кожна Сторона вживатиме необхідних заходів для забезпечення відповідальності юридичної особи, коли неналежний контроль з боку фізичної осо-

би, згаданої у пункті 1, призвів до вчинення в інтересах цієї юридичної особи кримінальних злочинів, наведених у пункті 1, фізичною особою, що їй підпорядковується.

3. Відповідальність юридичної особи за пунктами 1 та 2 не виключатиме кримінального переслідування фізичних осіб, які вчиняють кримінальні злочини, згадані у пункті 1, підбурюють до них або беруть у них участь.

Стаття 19. Санкції та заходи

1. З огляду на серйозний характер кримінальних злочинів, передбачених цією Конвенцією, кожна Сторона запроваджуватиме стосовно кримінальних злочинів, визначених у статтях 2–14, ефективні, адекватні та стримуючі санкції і заходи, включаючи, у разі вчинення таких злочинів фізичними особами, позбавлення волі із подальшою можливістю екстрадиції.

2. Кожна Сторона забезпечуватиме, щоб юридичним особам, притягнутим до відповідальності відповідно до пунктів 1 та 2 статті 18, призначалися ефективні, адекватні та стримуючі кримінальні або некримінальні санкції і заходи, включаючи штрафи.

3. Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення можливості конфіскації чи в інший спосіб вилучення засобів вчинення кримінальних злочинів і доходів, отриманих від кримінальних злочинів, визначених цією Конвенцією, чи власності, вартість якої відповідає таким доходам». [Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173). (Рада Європи, від 27.01.1999). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_101]

Розділ XV. ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ПОКАРАННЯ НЕПОВНОЛІТНІХ

Стаття 97. Звільнення від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру

1. Неповнолітнього, який вперше вчинив злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, може бути звільнено від кримінальної відповідальності, якщо його виправлення можливе без застосування покарання. У цих випадках суд застосовує до неповнолітнього примусові заходи виховного характеру, передбачені частиною другою статті 105 цього Кодексу.

2. Примусові заходи виховного характеру, передбачені частиною другою статті 105 цього Кодексу, суд застосовує і до особи, яка до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною цього Кодексу.

3. У разі ухилення неповнолітнього, що вчинив злочин, від застосування до нього примусових заходів виховного характеру ці заходи скасовуються і він притягується до кримінальної відповідальності.

(Стаття 97 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 98. Види покарань

1. До неповнолітніх, визнаних винними у вчиненні злочину, судом можуть бути застосовані такі основні види покарань:

1) штраф;

2) громадські роботи;

3) виправні роботи;

4) арешт;

5) позбавлення волі на певний строк.

2. До неповнолітніх можуть бути застосовані додаткові покарання у виді штрафу та позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

Стаття 99. Штраф

1. Штраф застосовується лише до неповнолітніх, що мають самостійний доход, власні кошти або майно, на яке може бути звернене стягнення.

2. Розмір штрафу, в тому числі за вчинення злочину, за який передбачено основне покарання лише у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, встановлюється судом залежно від тяжкості вчиненого злочину та з урахуванням майнового стану неповнолітнього в межах до п'ятисот встановлених законодавством неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

3. До неповнолітнього, що не має самостійного доходу, власних коштів або майна, на яке може бути звернене стягнення, засудженого за вчинення злочину, за який передбачено основне покарання лише у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, може бути застосовано покарання у виді громадських робіт або виправних робіт згідно з положеннями статей 100, 103 цього Кодексу.

(Стаття 99 із змінами, внесеними згідно із Законом № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 100. Громадські та виправні роботи

1. Громадські роботи можуть бути призначені неповнолітньому у віці від 16 до 18 років на строк від тридцяти до ста двадцяти годин і полягають у виконанні неповнолітнім робіт у вільний від навчання чи основної роботи час. Тривалість виконання даного виду покарання не може перевищувати двох годин на день.

2. Виправні роботи можуть бути призначені неповнолітньому в віці від 16 до 18 років за місцем роботи на строк від двох місяців до одного року.

3. Із заробітку неповнолітнього, засудженого до виправних робіт, здійснюється відрахування в доход держави в розмірі, встановленому вироком суду, в межах від п'яти до десяти відсотків.

Стаття 101. Арешт

Арешт полягає у триманні неповнолітнього, який на момент постановлення вироку досяг шістнадцяти років, в умовах ізоляції в спеціально пристосованих установах на строк від п'ятнадцяти до сорока п'яти діб.

Стаття 102. Позбавлення волі на певний строк

1. Покарання у виді позбавлення волі особам, які не досягли до вчинення злочину вісімнадцятирічного віку, може бути призначене на строк від шести місяців до десяти років, крім випадків, передбачених пунктом 5 частини третьої цієї статті. Неповнолітні, засуджені до покарання у виді позбавлення волі, відбувають його у спеціальних виховних установах.

2. Позбавлення волі не може бути призначене неповнолітньому, який вперше вчинив злочин невеликої тяжкості.

3. Покарання у виді позбавлення волі призначається неповнолітньому:

1) за вчинений повторно злочин невеликої тяжкості – на строк не більше одного року шести місяців;

2) за злочин середньої тяжкості – на строк не більше чотирьох років;

3) за тяжкий злочин – на строк не більше семи років;

4) за особливо тяжкий злочин – на строк не більше десяти років;

5) за особливо тяжкий злочин, поєднаний з умисним позбавленням життя людини, – на строк до п'ятнадцяти років.

(Стаття 102 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 103. Призначення покарання

1. При призначенні покарання неповнолітньому суд, крім обставин, передбачених у статтях 65–67 цього Кодексу, враховує умови його життя та виховання, вплив дорослих, рівень розвитку та інші особливості особи неповнолітнього.

2. При призначенні покарання неповнолітньому за сукупністю злочинів або вироків остаточне покарання у виді позбавлення волі не може перевищувати п'ятнадцяти років.

Стаття 104. Звільнення від відбування покарання з випробуванням

1. Звільнення від відбування покарання з випробуванням застосовується до неповнолітніх відповідно до статей 75–78 цього Кодексу, з урахуванням положень, передбачених цією статтею.

2. Звільнення від відбування покарання з випробуванням може бути застосоване до неповнолітнього лише у разі його засудження до арешту або позбавлення волі.

3. Іспитовий строк установлюється тривалістю від одного до двох років.

4. У разі звільнення неповнолітнього від відбування покарання з випробуванням суд може покласти на окрему особу, за її згодою або на її прохання, обов'язок щодо нагляду за засудженим та проведення з ним виховної роботи.

(Стаття 104 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 105. Звільнення від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру

1. Неповнолітній, який вчинив злочин невеликої або середньої тяжкості, може бути звільнений судом від покарання, якщо буде визнано, що внаслідок щирого розкаяння та

подальшої бездоганної поведінки він на момент постановлення вироку не потребує застосування покарання.

2. У цьому разі суд застосовує до неповнолітнього такі примусові заходи виховного характеру:

1) застереження;

2) обмеження дозвілля і встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього;

3) передача неповнолітнього під нагляд батьків чи осіб, які їх заміняють, чи під нагляд педагогічного або трудового колективу за його згодою, а також окремих громадян на їхнє прохання;

4) покладення на неповнолітнього, який досяг п'ятнадцятирічного віку і має майно, кошти або заробіток, обов'язку відшкодування заподіяних майнових збитків;

5) направлення неповнолітнього до спеціальної навчально-виховної установи для дітей і підлітків до його виправлення, але на строк, що не перевищує трьох років. Умови перебування в цих установах неповнолітніх та порядок їх залишення визначаються законом.

3. До неповнолітнього може бути застосовано кілька примусових заходів виховного характеру, що передбачені у частині другій цієї статті. Тривалість заходів виховного характеру, передбачених у пунктах 2 та 3 частини другої цієї статті, встановлюється судом, який їх призначає.

4. Суд може також визнати за необхідне призначити неповнолітньому вихователя в порядку, передбаченому законом.

Стаття 106. Звільнення від кримінальної відповідальності та відбування покарання у зв'язку із закінченням строків давності

1. Звільнення від кримінальної відповідальності та відбування покарання у зв'язку із закінченням строків давності до осіб, які вчинили злочин у віці до вісімнадцяти років, застосовується відповідно до статей 49 та 80 цього Кодексу з урахуванням положень, передбачених цією статтею.

2. Щодо осіб, зазначених у частині першій цієї статті, встановлюються такі строки давності:

1) два роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості;

2) п'ять років – у разі вчинення злочину середньої тяжкості;

3) сім років – у разі вчинення тяжкого злочину;

4) десять років – у разі вчинення особливо тяжкого злочину.

3. Щодо осіб, зазначених у частині першій цієї статті, встановлюються такі строки виконання обвинувального вироку:

1) два роки – у разі засудження до покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, а також при засудженні до покарання у виді позбавлення волі за злочин невеликої тяжкості;

2) п'ять років – у разі засудження до покарання у виді позбавлення волі за злочин середньої тяжкості, а також при засудженні до покарання у виді позбавлення волі на строк не більше п'яти років за тяжкий злочин;

3) сім років – у разі засудження до покарання у виді позбавлення волі на строк більше п'яти років за тяжкий злочин;

4) десять років – у разі засудження до покарання у виді позбавлення волі за особливо тяжкий злочин.

Стаття 107. Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання

1. До осіб, які відбувають покарання у виді позбавлення волі за злочин, вчинений у віці до вісімнадцяти років, може бути застосоване умовно-дострокове звільнення від відбування покарання незалежно від тяжкості вчиненого злочину.

2. Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання може бути застосоване, якщо засуджений сумлінною поведінкою та ставленням до праці та навчання довів своє виправлення.

3. Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання може бути застосоване до засуджених за злочин, вчинений у віці до вісімнадцяти років, після фактичного відбуття:

1) не менше третини призначеного строку покарання у виді позбавлення волі за злочин невеликої або середньої тяжкості і за необережний тяжкий злочин;

2) не менше половини строку покарання у виді позбавлення волі, призначеного судом за умисний тяжкий злочин чи необережний особливо тяжкий злочин, а також, якщо особа раніше відбувала покарання у виді позбавлення волі за умисний злочин і до погашення або зняття судимості знову вчинила у віці до вісімнадцяти років новий умисний злочин, за який вона засуджена до позбавлення волі;

3) не менше двох третин строку покарання у виді позбавлення волі, призначеного судом за умисний особливо тяжкий злочин, а також, якщо особа раніше відбувала покарання у виді позбавлення волі і була умовно-достроково звільнена від відбування покарання, але до закінчення невідбутої частини покарання та до досягнення вісімнадцятирічного віку знову вчинила умисний злочин, за який вона засуджена до позбавлення волі.

4. До неповнолітніх заміна невідбутої частини покарання більш м'яким покаранням не застосовується.

5. У разі вчинення особою, щодо якої застосоване умовно-дострокове звільнення від відбування покарання, протягом невідбутої частини покарання нового злочину суд призначає їй покарання за правилами, передбаченими у статтях 71 і 72 цього Кодексу.

Стаття 108. Погашення та зняття судимості

1. Погашення та зняття судимості щодо осіб, які вчинили злочин до досягнення ними вісімнадцятирічного віку, здійснюється відповідно до статей 88–91 цього Кодексу з урахуванням положень, передбачених цією статтею.

2. Такими, що не мають судимості, визнаються неповнолітні:

1) засуджені до покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, після виконання цього покарання;

2) засуджені до позбавлення волі за злочин невеликої або середньої тяжкості, якщо вони протягом одного року з дня відбуття покарання не вчинять нового злочину;

3) засуджені до позбавлення волі за тяжкий злочин, якщо вони протягом трьох років з дня відбуття покарання не вчинять нового злочину;

4) засуджені до позбавлення волі за особливо тяжкий злочин, якщо вони протягом п'яти років з дня відбуття покарання не вчинять нового злочину.

3. Дострокове зняття судимості допускається лише щодо особи, яка відбула покарання у виді позбавлення волі за тяжкий або особливо тяжкий злочин, вчинений у віці до вісімнадцяти років, за підставами, передбаченими в частині першій статті 91 цього Кодексу, після закінчення не менш як половини строку погашення судимості, зазначеного в частині другій цієї статті.

ОСОБЛИВА ЧАСТИНА

Розділ I. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

Стаття 109. Дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади

1. Дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, а також змова про вчинення таких дій, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна або без такої.

2. Публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади, а також розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій, –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк з конфіскацією майна або без такої.

3. Дії, передбачені частиною другою цієї статті, вчинені особою, яка є представником влади, або повторно, або організованою групою, або з використанням засобів масової інформації, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк з конфіскацією майна або без такої.

(Стаття 109 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законами № 767-VII від 23.02.2014, № 1689-VII від 07.10.2014)

Стаття 110. Посягання на територіальну цілісність і недоторканність України

1. Умисні дії, вчинені з метою зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України, а також публічні заклики чи розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з конфіскацією майна або без такої.

2. Ті самі дії, якщо вони вчинені особою, яка є представником влади, або повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або поєднані з розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна або без такої.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, які призвели до загибелі людей або інших тяжких наслідків, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі з конфіскацією майна або без такої.

(Стаття 110 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1183-VII від 08.04.2014, № 1689-VII від 07.10.2014)

(Статтю 110^1 виключено на підставі Закону № 767-VII від 23.02.2014)

§1. Норми міжнародного права
щодо злочинів проти національної безпеки

109.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 10. Свобода вираження поглядів***

1. Кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної

влади і незалежно від кордонів. Ця стаття не перешкоджає державам вимагати ліцензування діяльності радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств.

2. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо злочинів проти національної безпеки

109.2.1. Справа «Erdoğdu and İnce v. Turkey»

«54. Суд наголошує, що «обов'язки та відповідальність», які супроводжують здійснення права на свободу вираження поглядів працівниками ЗМІ, набувають особливе значення в ситуаціях конфлікту та напруги. Щоб засоби масової інформації не ставали засобом для розповсюдження ненависті та пропаганди насильства, необхідна особлива увага в оцінках публікації з висвітленням аргументів представників організацій, які вдаються до насильства проти держави. Однак, коли подібні публікації не можуть бути визначені як такі, що закликають до насильства, Договірні держави не можуть з посиланням на захист територіальної цілісності або національної безпеки або запобігання злочинам або заворушенням обмежувати право громадськості бути поінформованими про вказані аргументи, шляхом притягнення до кримінальної відповідальності за відповідні публікації в засобах масової інформації. [Erdoğdu and İnce v. Turkey (25067/94 and 25068/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58275]. (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо злочинів проти національної безпеки

109.3.1. Справа «Karatas v. Turkey»
Фактичні обставини:

Заявник пан Karatas – турок курдського походження живе в Стамбулі і працює психологом.

У листопаді 1991 року він опублікував в Стамбулі антологію віршів під назвою «Пісня повстання». 8 січня 1992 року прокурор Стамбульського національного суду звинуватив заявника та його видавця в розповсюдженні пропаганди проти «неподільної єдності держави». Він просив, зокрема, застосувати розділ 8 Закону Туреччини № 3713 про запобігання тероризму та конфіскувати видання. На підтримку прохання прокурор спирався на уривки з антології віршів, зокрема: *«Серце розривається на / свої серпантинні вулиці, / вибухи динаміту, / шум екскаваторів, / чоботи солдатів... / фішка медицини в одній руці / отрути, в іншій / башти Вавилона, / турки приходять / зі своїми школами своєї мови / яку ми добре знаємо / слово це жорстокість... / у коридорах парламенту / в галереях / в гарнізонах / вони готують геноцид, / як ті, хто не знає меж...» / «безмежний гнів в моєму серці / безмовна ненависть / закони не дають дорогу / повстання виходить з гір / тисячоліття історії, / дехто загинув за неї на / марші до їх смерті»*.

22 лютого 1993 р. Суд національної безпеки визнав заявника винним у вчиненні правопорушень та засудив його відповідно до підпункту 8 (1) Закону Туреччини № 3713 до одного року та восьми місяців позбавлення волі та штрафу у розмірі 41 666 666 турецьких лір. Він також наказав конфіскацію відповідних публікацій. На думку Суду національної безпеки зміст роботи становив сепаратистську пропаганду, яка загрожувала єдності турецької нації та територіальної цілісності Турецької держави.

Підпункт 8 (1) Закону Туреччини № 3713 має таку редакцію: «Письмова чи усна пропаганда, зустрічі, збори та демонстрації, спрямовані на підрив територіальної цілісності Турецької Республіки або неподільної єдності нації, заборонені, незалежно від використовуваних методів та намірів. Будь-яка особа, яка займається такою діяльністю, засуджується до не менше двох і не

більше п'яти років позбавлення волі та штраф у розмірі від п'ятдесяти мільйонів до ста мільйонів турецьких лір».

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«35. У своїй заяві пан Karatas заявив, що його засудження відповідно до розділу 8 Закону про запобігання тероризму (Закон № 3713) порушило статті 9 та 10 Конвенції. Проте на слуханні в Суді він не заперечував проти розгляду цієї скарги лише з погляду статті 10 Конвенції.

36. Ті, хто виступав перед Судом, погодилися з тим, що засудження заявника становило «втручання» у здійснення його права на свободу вираження поглядів. Таке втручання порушує ст. 10 Конвенції, якщо воно не відповідає вимогам п. 2 цієї статті. Тому Суд має визначити, чи було втручання «встановленим законом», чи було спрямоване на одну або декілька законних цілей, викладених у п. 2 ст. 10 Конвенції, і чи було «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення поставлених цілей.

1. «Визначено законом»

37. Заявник не висловив думки з цього приводу.

(…)

39. Представник Комісії під час слухання в Суді зауважив, що формулювання розділу 8 Закону № 3713 є досить невизначеним, таким, що викликає сумнів у його відповідності умовам чіткості та передбачуваності. Однак він зазначив, що Комісія визнала, що розділ 8 склав достатню правову основу для засудження заявника та дійшов висновку, що втручання було «встановлене законом».

40. Суд відзначає стурбованість представника Комісії про невизначеність розділу 8 Закону про запобігання тероризму (Закон №3713). Проте, як і Комісія, Суд погоджується з тим, що з огляду на те, що засудження заявника було засноване на розділі 8 Закону № 4 3713 наслідком втручання у його право на свободу вираження поглядів можна вважати «встановленим законом».

2. Легальна мета

41. Уряд стверджував, що метою втручання у справі було не лише збереження «національної безпеки» та запобігання «заворушенням», як це було встановлено Комісією, а й збереження «територіальної цілісності» та «національної єдності».

42. Комісія зі свого боку вважала, що засудження заявника є частиною зусиль влади, спрямованих на боротьбу з нелегальною терористичною діяльністю та підтримання національної безпеки та громадської безпеки, що є законними цілями відповідно до пункту 2 статті 10 Конвенції.

43. Заявник визнав, що метою втручання може бути запобігання «заворушенням».

44. Суд вважає, що, беручи до уваги чутливість ситуації в галузі безпеки в південно-східній частині Туреччини та необхідність того, щоб органи влади могли бути готовими до дій, здатних викликати додаткове насильство, заходи, вжиті проти заявника сприяли певним цілям, згаданим урядом, а саме: захисту національної безпеки та територіальної цілісності та запобігання заворушенням та злочинам. Це, безумовно, правильно, як і те, що на південному сході Туреччини під час обставин цієї справи сепаратистський рух звертався до методів, які спираються на використання насильства.

3. «Необхідні в демократичному суспільстві»

(а) Аргументи, що постають перед Судом

45. Заявник стверджував, що справжньою причиною його засудження було те, що він посилався на «Курдистан» у своїх віршах. Таким чином, його єдиним злочином, в очах влади, було те, що він не дотримувався офіційної лінії. Заявник звернув увагу на те, що робота, за яку він був засуджений, була антологією віршів, в яких автор висловив свої думки, гнів, почуття та радості через барвисту мову, яка містила гіперболу. Тому книга перш за все була літературною працею і повинна розглядатися як така.

46. Уряд стверджував, що вірші заявника сприяли сепаратистській пропаганді. Стаття 10 Конвенції дозволила Договірним державам мати особливо широкий розсуд у випадках, коли їх територіальній цілісності загрожує тероризм, і, як у цій справі, це втручання вплинуло лише на права декількох окремих осіб. У цьому сенсі можна послатис, наприклад на новий Кримінальний

кодекс Франції, який набрав чинності 1 березня 1994 року, і який у своїй статті 410.1 чітко визначив основні інтереси нації, включаючи незалежність, територіальну цілісність, безпеку, республіканський характер його установ, оборони, дипломатії та захист громадян у Франції та за кордоном. Це були сфери, в яких державний розсуд традиційно був ширшим.

47. Комісія також посилалася на «обов'язки та відповідальність», згадані у другому пункті статті 10 Конвенції, що є важливим для людей, які публічно висловлюють думку щодо важливих політичних питань, щоб вони не потурали «незаконному політичному насильству». Свобода висловлювань все ж таки включає право брати участь в відкритому обговоренні складних проблем, таких як ті, з якими стикалася Туреччина, з метою аналізу, наприклад, основних причин ситуації або висловлення думок щодо можливих рішень.

Комісія вважала, що ключовою особливістю в цій справі є той факт, що заявник вирішив виразити себе через поезію. Однак, навіть враховуючи прерогативи поета, Комісія вважає, що частина віршів заявника прославляли збройне повстання проти турецької держави та мучеництва в цьому бою. Прочитані в контексті, деякі з використаних виразів могли створити серед читачів таке враження, що заявник заохочував або навіть закликав до збройної боротьби проти Турецької держави і підтримував насильство в сепаратистських цілях. Отже, турецька влада мала право вважати ці вірші шкідливими для національної безпеки та громадської безпеки.

48. Суд повторює основні принципи, що лежать в основі його рішень стосовно статті 10 Конвенції.

(i) Свобода вираження поглядів є однією з основ демократичного суспільства та однією з основних умов прогресу та самореалізації кожної людини. Відповідно до пункту 2 статті 10, вона застосовується не тільки до «інформації» або «ідей», які позитивно сприймаються або розглядаються як нейтральні чи нешкідливі, а також ті, які ображають, шокують або турбують. Такі вимоги плюралізму, толерантності та лібералізму, без яких не існує «демократичного суспільства». Як викладено у статті 10 Конвенції, ця свобода підлягає винятковим втручанням, які, однак, повинні тлумачитися вузько, а необхідність будь-яких втручань має бути встановлена переконливо.

(ii) Прикметник «необхідний» у значенні пункту 2 статті 10 Конвенції означає існування «нагальної соціальної потреби» для втручання влади. Договірні держави мають певну свободу розсуду в оцінці необхідності існування такої потреби, однак вона супроводжується європейським наглядом, охоплюючи як законодавство, так і правозастосовні рішення, навіть рішення незалежного суду. Тому Суд має повноваження приймати остаточне рішення: чи узгоджується втручання із свободою вираження поглядів, яка захищена ст. 10 Конвенції.

(iii) Виконуючи наглядові повноваження, Суд повинен розглянути втручання у світлі справи в цілому, включаючи зміст оскаржуваних заяв та контекст, у якому вони були зроблені. Зокрема, Суд має визначити, чи було втручання «пропорційним досягнутим законним цілям» та чи були причини, якими національна влада виправдовувала втручання, «актуальними та достатніми». При цьому Суд повинен переконатися в тому, що національна влада застосувала стандарти, що відповідають принципам, викладеним у статті 10 Конвенції, і, більше того, вони спиралися на прийнятну оцінку відповідних фактів.

49. Робота, про яку йшла мова, містила вірші, які через часте використання пафосних виразів і метафори закликали до незалежності для «Курдистану» і включали деякі особливо агресивні уривки, спрямовані на турецьку владу. В буквальному розумінні вірші можна тлумачити як такі, що підбурюють читачів до ненависті, повстання та застосування насильства. Вирішуючи, чи справді вони це зробили, все ж таки слід мати на увазі, що засіб, що використовувався заявником, був поезією, формою художнього вираження, яка звертається лише до меншості читачів.

У зв'язку з цим Суд зауважує, що стаття 10 Конвенції включає свободу художнього вираження, зокрема свободу одержувати та передавати інформацію та ідеї, що дає можливість брати участь у громадському обміні культурною, політичною та соціальною інформацією та всілякими ідеями. Ті, хто створюють, виконують, поширюють або виставляють твори мистецтва, сприяють обміну думками та ідеями, необхідними для демократичного суспільства. Звідси зобов'язання держави не порушувати свавільно свободу вираження поглядів. Що стосується тону віршів у даній справі,

який Суд не може схвалювати, то слід пам'ятати, що стаття 10 Конвенції захищає не тільки зміст виражених ідей та інформації, а й форму, в якій вони передаються.

50. У цій справі вірші мали очевидний політичний вимір. Використовуючи барвисті образи, вони висловлювали глибоке невдоволення числом населення курдського походження в Туреччині. У зв'язку з цим Суд нагадує, що пункт 2 статті 10 Конвенції не обмежує можливості політичної промови або дебатів з питань, що становлять державний інтерес. Крім того, межі дозволеної критики ширші щодо до уряду, ніж стосовно приватного громадянина або навіть до політика. У демократичній системі дії чи бездіяльність уряду повинні підлягати ретельному розгляду не тільки законодавчою та судовою владою, а й громадською думкою. Більше того, домінуюча позиція, яку займає уряд, призводить до того, що він повинен виявляти стриманість при застосуванні кримінальної відповідальності, особливо там, де є інші засоби для відповіді на необґрунтовані напади та критику своїх супротивників. Тим не менше, для компетентних державних органів, безумовно, залишається можливість, як для гарантів громадського порядку, застосовувати навіть кримінально-правові заходи. Нарешті, коли такі виступи підбурюють до насильства проти особи або державної службової особи або певного сектору населення, державні органи користуються більшою свободою розсуду, розглядаючи необхідність втручання у свободу вираження поглядів.

51. Крім того, Суд враховує передусім справи, що були ним раніше розглянуті, зокрема проблеми, пов'язані із запобіганням тероризму. У зв'язку з цим він бере до уваги занепокоєння турецької влади щодо поширення думок, які, на переконання влади, можуть посилити серйозність подій, що відбуваються в Туреччині протягом п'ятнадцяти років.

52. Однак Суд зауважує, що заявник є приватною особою, яка висловила свою думку через поезію, яка за визначенням адресована дуже маленькій аудиторії, а не через засоби масової інформації, що значною мірою обмежувало потенційний вплив на «національну безпеку», «громадську безпеку» і «територіальну цілісність». Таким чином, хоча деякі фрагменти з віршів виглядають дуже агресивними і вимагають застосування насильства, Суд вважає, що той факт, що вони мають художній характер і мають обмежений вплив, означає, що вони не так закликають до повстання, як є сприянням складної політичної ситуації як лиха.

Крім того, Суд зазначає, що пана Karatas Судом національної безпеки було засуджено не стільки за те, що він підбурював до насильства, скільки за розповсюдження сепаратистської пропаганди, пославшись на конкретний регіон Туреччини Курдистан та прославивши повстанські рухи в цьому регіоні.

53. Крім того, перш за все Суд вражає тяжкість покарання, накладеного на заявника, зокрема той факт, що він був засуджений до позбавлення волі більше ніж на тринадцять місяців, і збереження спроб обвинувачення посилити його покарання. У зв'язку з цим Суд зазначає, що штраф був більш ніж подвоєний після Закону №4126.

У зв'язку з цим Суд зазначає, що характер та суворість накладеного покарання також є факторами, які слід враховувати при оцінці пропорційності втручання.

54. Отже, покарання пана Karatas було непропорційним щодо цілей, що переслідувалися, і відповідно не є «необхідними в демократичному суспільстві». Отже, було порушення статті 10 Конвенції. [Karataş v. Turkey (23168/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58274]

109.3.2. Справа «Incal v. Turkey»

Фактичні обставини:

Заявник пан Incal, турецький громадянин, професійний адвокат, на той час член виконавчого комітету відділення Народно-трудової партії (НЕР). Ця партія, яка була раніше представлена в Національних зборах, розпущена Конституційним судом 14 липня 1993 року.

1 липня 1992 р. виконавчий комітет партії вирішив розповсюдити у виборчому окрузі в місті Ізмір листівку, що критикує заходи, вжиті місцевими властями проти дрібної вуличної торгівлі.

Співробітники правоохоронних органів вважають, що листівка містила сепаратистську пропаганду, здатну підбурювати людей до спротиву уряду та вчинення злочинів. 3 липня 1992 року вони звернулися до Головного прокурора та суду Національної безпеки м. Ізмір з проханням висловити свою думку стосовно того, чи зміст листівки порушує закон.

Поліція обшукала приміщення НЕР у м. Ізмір: спочатку в штаб-квартирі, де керівники партії тримали дев'ять тисяч примірників листівки, а потім у районному бюро Бука, де вилучено одну тисячу примірників.

27 липня 1992 року прокурор порушив кримінальну справу в суді національної безпеки проти заявника та інших восьми членів комітету НЕР. Посилаючись на текст листівок, він звинувачував їх у спробах підбурювати ненависть та ворожість через расистські слова та звернувся до суду з проханням застосувати пункти 2 і 3 статті 312 Кримінального кодексу, а також розділ 5 Закону про запобігання тероризму (Закон №3) та додатковий розділ 4 Закону про пресу (Закон №5680).

9 лютого 1993 року Суд національної безпеки визнав заявника винним у вчиненні злочинів та засудив його до двадцяти років позбавлення волі та штрафу 55 555 турецьких лір. У своїй оцінці змісту листівки Суд національної безпеки погодився з поданням прокурора, за винятком тієї частини, яка стосується застосовності Закону про запобігання тероризму (Закон №3713). Зокрема, зазначалося, що в брошурі наявні заклики до опору проти поліції та створення «комітетів з околиць», які вважалися нелегальними формами протесту.

Рішенням від 6 липня 1993 року Касаційний суд відхилив скаргу заявника.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«38. Пан Incal стверджував, що кримінальне засудження за участь у підготовці випуску брошури порушило його право на свободу вираження поглядів, гарантоване статтею 10 Конвенції.

(…)

40. Таке втручання визнається таким, що порушує ст. 10 Конвенції, крім випадків, коли втручання передбачене законом, спрямоване на одну або декілька законних цілей, викладених у пункті 2 статті 10, і «є необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення зазначених цілей.

1. «Визначено законом»

41. Учасники процесу визнали, що втручання було «встановлене законом», оскільки засудження заявника було засноване на пунктах 2 і 3 статті 312 Кримінального кодексу Туреччини та додатковому розділі 4 (1) Закону про пресу.

2. Законна мета

42. (…) Суд вважає, що засудження пана Incal мала принаймні одну із законних цілей, викладених у статті 10, а саме: «запобігання заворушенням».

3. «Необхідні в демократичному суспільстві»

(…)

48. Зважаючи на вищесказане, Суд має зараз розглянути зміст брошури, щоб з'ясувати, чи обґрунтовує цей зміст вирок суду. У зв'язку з цим Суд повторює, що його завдання при виконанні своєї наглядової юрисдикції полягає не в тому, щоб підміняти компетентних національних суддів, а розглянути згідно зі статтею 10 Конвенції рішення, яке вони винесли відповідно до їхніх повноважень. При цьому Суд має переконатися в тому, що національні органи влади виносили свої рішення на прийнятній оцінці відповідних фактів.

49. Турецький суд національної безпеки констатував, що, описуючи державу як терориста та критикуючи певні муніципальні заходи як операції в умовах особливої війни, автори листівок навмисно підбурювали людей до ненависті та ворожнечі і з цією метою закликали їх застосовувати незаконні методи.

50. Суд зазначає, що відповідні уривки в рекламній брошурі критикували певні адміністративні та муніципальні заходи, вжиті владою, зокрема проти вуличних торговців. Таким чином, вони повідомляли про фактичні події, які мали певний інтерес для людей міста Ізмір.

Листівка скаржилася на атмосферу неприязні до громадян курдського походження в Ізмір. Текст містив ряд непрямих зауважень щодо політики турецького уряду. Звертаючись до «всіх демократичних патріотів», він описував дії влади як «терор» та як частину «спеціальної війни», яка проводилася «в країні» проти «курдського народу». Він закликав громадян «протистояти» цій ситуації, зокрема за допомогою «комітетів з околиць».

Суд, безумовно, вбачає в цих фразах звернення, зокрема, до народу курдського походження, заклики їх об'єднатися, щоб висувати певні політичні вимоги. Незважаючи на те, що посилання

на «комітети з околиць» є незрозумілими, ці скарги, однак, не можна розглядати як підбурювання до застосування насильства, ворожнечі або ненависті між громадянами.

51. Зрозуміло, що, як вже зазначав Суд за інших обставин, не можна не виключити, що такий текст може приховати цілі та наміри, відмінні від тих, які він проголошує. Проте оскільки немає ніяких доказів конкретної дії, яка могла б заперечити щирість цілі, оголошеної авторами листівок, Суд не бачить підстав для сумніву в цьому.

(…)

57. Щоб продемонструвати наявність «нагальної соціальної потреби», яка б виправдовувала висновок про те, що втручання, на яке скаржився заявник, було «пропорційним досягнутої законної мети», представник Уряду заявив на судовому засіданні, що «це було видно з формулювання листівки… що вони мали на меті викликати повстання однієї етнічної групи проти державних органів». Тому «обов'язок держави полягав у недопущенні будь-якої спроби сприяти терористичній діяльності шляхом підбурювання до ненависті», враховуючи, що «інтерес боротьби та розгрому тероризму має пріоритет у демократичному суспільстві». Деякі збройні групи підвищили свою ефективність завдяки пропаганді, яка прикривалася свободою слова.

58. Суд готовий враховувати проблеми, пов'язані із запобіганням тероризму. (…) Однак в цьому випадку Суд не бачить доказів на користь висновку, що пан Incal був відповідальним за проблеми тероризму в Туреччині, а точніше в місті Ізмір. У зв'язку з цим слід зазначити, що навіть суд національної безпеки не підтримав заяву прокурора про те, що до заявника слід застосовувати Закон про запобігання тероризму.

59. Таким чином, засудження пана Incal було непропорційним щодо досягнутої мети та, отже, не є необхідним у демократичному суспільстві. Відповідно було порушено статтю 10 Конвенції». [Incal v. Turkey (41/1997/825/1031). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58197]

109.3.3. Справа «Erdoğdu and İnce v. Turkey»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«49. Суд зазначає, що заявник був засуджений за те, що опублікував інтерв'ю з турецьким соціологом, в якому той пояснив свою думку про можливі зміни в ставленні турецької держави до курдського питання. У світлі останніх подій на південному сході Туреччини він передбачав відродження курдської культури в регіоні. Соціолог також висловив свою думку про те, як партизанська війна РПК (Робітнича партія Курдистану) сприяла консолідації курдського суспільства, і заявив, що виведення турецьких військ та евакуацію поліцейських дільниць турецьким урядом в деяких регіонах можна сприймати як початок формування курдської незалежної держави.

Стамбульський суд національної безпеки визнав, що обвинувачення обох заявників, подані відповідно до розділу 8 Закону Туреччини 1991 року, були доведені. Спираючись на різні заяви, зроблені учасниками інтерв'ю, суд вирішив, що опублікування думки соціолога становило пропаганду проти неподільності держави. Суд звернувся, зокрема, до думки соціолога, що в Курдистані існує озброєний опір, що насильство турецькими силами не могло зупинити ескалацію насильства та розвиток РПК, ідеї та дії якої змогли замістити «офіційну ідеологію» і чий вплив на курдські і турецьке суспільство зростає.

(…)

52. Суд, як і Комісія, вважає, що зміст інтерв'ю в дійсності має аналітичний характер, і в тексті немає будь-яких уривків, які можна було б назвати підбурюванням до насильства. Суд, природно, усвідомлює занепокоєння влади про слова чи вчинки, які можуть погіршити ситуацію в галузі безпеки в регіоні, де приблизно з 1985 р. виник серйозний конфлікт між силами безпеки та членами РПК з людськими жертвами та введенням надзвичайного режиму в більшості регіонів. Проте Суд дійшов висновку, що органи влади в цій справі не прийняли до уваги права громадськості бути інформованими про іншу перспективу щодо ситуації на південному сході Туреччини, незалежно від того, наскільки неприємною для них є така перспектива. Як зазначалося раніше,

погляди, висловлені в інтерв'ю, не можуть розглядатися як підбурювання до насильства і їх не можна тлумачити як такі, що підбурюють до насильства. На думку Суду, аргументи, за якими Стамбульським судом національної безпеки засуджено заявників, незважаючи на їх реальність, не можуть вважатися достатніми для виправдання втручання у їхнє право на свободу вираження поглядів.

53. Суд також зауважує, (…) що характер і суворість застосованих санкцій також є факторами, які необхідно враховувати при оцінці пропорційності втручання.

(…)

55. Беручи до уваги викладені вище міркування, Суд доходить висновку, що засудження та винесення вироків для заявників були непропорційними до поставлених цілей і, отже, не були «необхідними в демократичному суспільстві». Відповідно було порушення статті 10 Конвенції». [Erdoğdu and İnce v. Turkey (25067/94 and 25068/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58275]

109.3.4. Справа «Özgür Gündem v. Turkey»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«63. Суд нагадує про те, що публікація в пресі інтерв'ю або заяв членів забороненої організації не може саме по собі виправдати втручання у свободу вираження поглядів. Також не може бути виправданням втручання у свободу вираження поглядів той факт, що інтерв'ю чи висловлювання містять формулювання, що сильно зневажають державну політику. Розглядати такі публікації необхідно з врахуванням контексту, в якому вони були опубліковані, з метою визначення того, чи можна розглядати як підбурювання до насильства тексти, взяті в цілому.

(…)

65. Комісія встановила три статті, що містять уривки, в яких автори виступали за посилення збройної боротьби, прославляли війну та підтримували намір боротися «до останньої краплі крові». Суд погоджується з тим, що в контексті конфлікту на південному сході їх можна вважати закликами до насильства. Враховуючи також відносно легкі накладені штрафи, Суд вважає, що заходи, на які скаржилися заявники, були пропорційними законним цілям запобігання злочинності та заворушенням і можуть бути визнані такими, що необхідні у демократичному суспільстві у значенні пункту 1 статті 10 Конвенції.

(…)

69. Під заголовком «Судове переслідування за заявами, що становлять сепаратистську пропаганду» Комісія визначила шість судових рішень стосовно дванадцяти публікацій. Обвинувачених осіб засуджено до позбавленням волі на 20 місяців і на 2 роки відповідно.

70. Суд зауважує, що згадані публікації включали доповіді з економічних або соціальних питань (наприклад, проект греблі, закладів громадського здоров'я), коментарі щодо історичних подій у південно-східному регіоні, заява про засудження тортур та масових вбивств у Туреччині та заклик для демократичного вирішення проблем, оцінки передбачуваного знищення сіл на південному сході. Суд зазначає, що використання терміна «Курдистан» в контексті, що це утворення має бути окремо від Туреччини, а також вимоги осіб здійснювати повноваження від імені цього суб'єкта можуть бути дуже провокаційними до влади. Проте громадськість має право бути інформованою про різні точки зору щодо ситуації на південному сході Туреччини незалежно від того, наскільки неприємною така перспектива представляється владі. Суд не переконаний, що навіть на тлі серйозних заворушень у регіоні, вирази, які, як видається, підтримують ідею окремого курдського територіального утворення, слід розглядати як такі, що неминуче загострюють ситуацію. Незважаючи на те, що деякі статті дуже критично ставляться до влади та приписують незаконну поведінку силам безпеки, іноді в яскраво виражених і зневажливих конотаціях, Суд, однак, вважає, що їх не можна розумно оцінювати як заохочення або підбурювання до застосування насильства. Беручи до уваги суворість покарань, він робить висновок, що обмеження, які накладаються на свободу вираження газети, викладені в цих справах, були непропорційними до поставленої мети та не можуть бути виправдані як необхідні в демократичному суспільстві.

71. Суд доходить висновку, що (…) було порушено статтю 10 Конвенції». [Özgür Gündem v. Turkey (23144/93). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58508]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 109–110 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

109.4.1. Як свідчить практика ЄСПЛ, визначальними для визнання засудження осіб за розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення насильства та сепаратизму таким, що порушує (чи не порушує) право на свободу слова, по-перше, є власна оцінка Суду змісту зазначених матеріалів, по-друге, пропорційність застосованого до винної особи покарання цілям, вказаним у ч. 2 ст. 10 Конвенції.

(Див.: 109.3.1–1093.4)

109.4.2. Розповсюдження матеріалів із закликами до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу, а також із закликами до зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України, якщо таке розповсюдження вчинюється з використанням інформаційних інтернет-порталів, які надають у комерційних цілях платформу для користувацьких коментарів щодо раніше опублікованого контенту, може поставити питання про відповідальність провайдерів (власників компаній, адміністраторів) таких інтернет-порталів.

(Див.: 0.4.11)

Стаття 110². Фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України

1. Фінансування дій, вчинених з метою зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до двох років та з конфіскацією майна.

2. Фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до семи років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до двох років та з конфіскацією майна.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені повторно або з корисливих мотивів, або за попередньою змовою групою осіб, або у великому розмірі, або якщо вони призвели до заподіяння значної майнової шкоди, –

караються позбавленням волі на строк від шести до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

4. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою чи в особливо великому розмірі, або якщо вони призвели до інших тяжких наслідків, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

5. Особа, крім керівника організованої групи, звільняється від кримінальної відповідальності за дії, передбачені цією статтею, якщо вона до повідомлення їй про підозру у вчиненні нею злочину добровільно заявила про те, що сталося, органу, службова особа якого наділена законом правом повідомляти про підозру, про відповідну незаконну діяльність або

іншим чином сприяла її припиненню або запобіганню злочину, який вона фінансувала або вчиненню якого сприяла, за умови, що в її діях немає складу іншого злочину.

Примітка. 1. Фінансуванням дій, передбачених у цій статті, є дії, вчинені з метою їх фінансового або матеріального забезпечення.

2. Фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України, визнається вчиненим у великому розмірі, якщо розмір фінансового або матеріального забезпечення перевищує шість тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

3. Фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України, визнається вчиненим в особливо великому розмірі, якщо розмір фінансового або матеріального забезпечення перевищує вісімнадцять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(Кодекс доповнено статтею 1102 згідно із Законом № 1533-VII від 19.06.2014)

Стаття 111. Державна зрада

1. Державна зрада, тобто діяння, умисно вчинене громадянином України на шкоду суверенітетові, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України: перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, шпигунство, надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України, –

карається позбавленням волі на строк від дванадцяти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

2. Звільняється від кримінальної відповідальності громадянин України, якщо він на виконання злочинного завдання іноземної держави, іноземної організації або їх представників ніяких дій не вчинив і добровільно заявив органам державної влади про свій зв'язок з ними та про отримане завдання.

(Стаття 111 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1183-VII від 08.04.2014, № 1689-VII від 07.10.2014)

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності
норм міжнародного права в контексті ст. 111 України

111.4.1. У випадках вчинення державної зради у формі шпигунства необхідно враховувати особливості визначення предмету злочину.

(Див.: 114.4.2)

Стаття 112. Посягання на життя державного чи громадського діяча

Посягання на життя Президента України, Голови Верховної Ради України, народного депутата України, Прем'єр-міністра України, члена Кабінету Міністрів України, Голови чи члена Вищої ради правосуддя, Голови чи члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Голови чи судді Конституційного Суду України або Верховного Суду України, або вищих спеціалізованих судів України, Генерального прокурора, Директора Національного антикорупційного бюро України, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, Голови або іншого члена Рахункової палати, Голови Національного банку України, керівника політичної партії, вчинене у зв'язку з їх державною чи громадською діяльністю, –

карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі з конфіскацією майна або без такої.

(Стаття 112 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1689-VII від 07.10.2014, № 1698-VII від 14.10.2014, № 576-VIII від 02.07.2015, № 1798-VIII від 21.12.2016)

Стаття 113. Диверсія

Вчинення з метою ослаблення держави вибухів, підпалів або інших дій, спрямованих на масове знищення людей, заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди їхньому здоров'ю, на зруйнування або пошкодження об'єктів, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення, а також вчинення з тією самою метою дій, спрямованих на радіоактивне забруднення, масове отруєння, поширення епідемій, епізоотій чи епіфітотій, –

карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

(Стаття 113 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1183-VII від 08.04.2014, № 1689-VII від 07.10.2014)

Стаття 114. Шпигунство

1. Передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю, якщо ці дії вчинені іноземцем або особою без громадянства, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

2. Звільняється від кримінальної відповідальності особа, яка припинила діяльність, передбачену частиною першою цієї статті, та добровільно повідомила органи державної влади про вчинене, якщо внаслідок цього і вжитих заходів було відвернено заподіяння шкоди інтересам України.

(Стаття 114 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1183-VII від 08.04.2014, № 1689-VII від 07.10.2014)

§1. Норми міжнародного права
щодо шпигунства

114.1.1. Гаазька конвенція (IV) про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі

(від 18.10.1907)

(див.: 0.4.2)

«***Стаття 1.*** Договірні держави видають своїм сухопутним військам накази, які відповідають Положенню про закони і звичаї війни на суходолі, що додається до цієї Конвенції.

(…)

Стаття 3. Збройні сили воюючих сторін можуть складатися з комбатантів та некомбатантів. У разі захоплення ворогом як ті, так і інші користуються правами військовополонених. (…)

ДОДАТОК ДО КОНВЕНЦІЇ

ПОЛОЖЕННЯ

про закони і звичаї війни на суходолі

(…)

Стаття 29. Шпигуном може бути визнано лише особу, яка діючи таємно або під фальшивими приводами, збирає або намагається зібрати інформацію в зоні бойових дій однієї з воюючих сторін з наміром передати таку інформацію супротивній стороні.

При цьому, солдати, які не маскуються і проникли у зону проведення бойових дій супротивної армії з метою збору інформації, не визнаються шпигунами. Подібним чином, не вважаються шпигунами солдати і цивільні особи, які відкрито виконують свої задачі і яким доручена передача депеш, призначених для їхньої власної чи армії ворога. До цієї категорії так само належать і особи, які відправляються на безпілотних аеростатах з метою передачі депеш або, загалом, для підтримки зв'язку між різними частинами армії або території.

Стаття 30. Шпигун, затриманий на місці скоєння злочину, не може бути покараний без попереднього розгляду справи у суді.

Стаття 31. Шпигун, який повернувся до своєї армії і згодом був захоплений ворогом, визнається військовополоненим і не несе жодної відповідальності за свої попередні акти шпіонажу». [Гаазька конвенція (IV) про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі (від 18.10.1907). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_222]

114.1.2. Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів

(ООН, від 08.06.1977)

(ратифіковано Указом ПВР № 7960-XI від 18.08.1989)

«Стаття 46. Шпигуни

1. Незалежно від будь-якого іншого положення Конвенцій [Женевських конвенцій 1949 року] або цього Протоколу будь-яка особа із складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті, яка потрапляє під владу супротивної сторони в той час, коли вона займається шпигунством, не має права на статус військовополоненого, і з нею можуть поводитися як із шпигуном.

2. Особа із складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті, яка від імені цієї сторони збирає або намагається зібрати інформацію на території, що контролюється супротивною стороною, не вважається особою, яка займається шпигунством, якщо, діючи таким чином, вона носить формений одяг своїх збройних сил.

3. Особа із складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті, яка проживає на території, окупованій супротивною стороною, і яка від імені сторони, від котрої вона залежить, збирає або намагається збирати на цій території інформацію, що має воєнне значення, не вважається особою, яка займається шпигунством, якщо вона не діє обманним шляхом або навмисно не вдається до таємних методів. Понад те, така особа не втрачає свого права на статус військовополоненого, і з нею не можуть поводитися як із шпигуном, якщо тільки вона не захоплена в той час, коли займалась шпигунством.

4. Особа із складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті, яка не проживає на території, окупованій супротивною стороною, і яка займається шпигунством на цій території, не втрачає свого права на статус військовополоненого, і з нею не можуть поводитися як із шпигуном, крім випадків, коли її захоплено до того, як вона знову приєдналася до збройних сил, до яких вона належить». [Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів. (ООН, від 08.06.1977). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_199]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права в контексті ст. 114 КК України *(дивись також коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

114.4.1. Кримінальна відповідальність осіб, які на території, що контролюється Україною, збирають з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомості, що становлять державну таємницю, мають особливості, якщо такі дії вчинюються в умовах війни чи збройного конфлікту, що має міжнародний характер.

Відповідно до статей 3, 29–31 IV Положення про закони і звичаї війни на суходолі (*див.: 114.1.1*), статті 46 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (*див.: 114.1.2*), а також з урахуванням ст. 4 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими (*див.: 438.1.5*):

a) Військовослужбовці та інші особи зі складу збройних сил ворожої армії, які, діючи таємно або під фальшивими приводами, з метою передачі армії ворога збирають на території, що контролюється Україною, відомості, що становлять державну таємницю, у випадку їх затримання визнаються шпигунами і несуть відповідальність за ст. 114 КК України.

b) Особи із складу збройних сил ворожої сторони, які на території, що контролюється Україною, від імені ворожої сторони збирають відомості, що мають воєнне значення і становлять державну таємницю, не вважаються особами, які вчиняють шпигунство, якщо, діючи таким чином, вони носять формений одяг своїх збройних сил. Такі особи у випадках їх затримання мають статус військовополонених.

c) Особи із складу збройних сил ворожої сторони, які проживають на території, окупованій Україною, і які від імені ворожої сторони збирають відомості, що мають воєнне значення і становлять державну таємницю, не вважається особами, які займаються шпигунством, якщо вони не діють обманним шляхом і навмисно не вдаються до таємних методів. Такі особи у випадках їх затримання мають статус військовополонених.

d) Військовослужбовці ворожої армії, а також цивільні іноземці та цивільні особи без громадянства, які в зоні бойових дій відкрито виконують свої задачі і яким доручена передача для армії ворога депеш, які містять відомості, що становлять державну таємницю, не визнаються шпигунами, а у випадках їх затримання, мають статус військовополонених.

e) Військовослужбовці ворожої армії, а також цивільні іноземці та цивільні особи без громадянства, які в зоні бойових дій, діючи таємно або під фальшивими приводами, з метою передачі армії ворога збирають відомості, що становлять державну таємницю, у випадках їх повернення до ворожої армії і наступного потрапляння в полон української армії, набувають статусу військовополоненого і звільнюються від відповідальності за шпигунство.

114.4.2. У кожному випадку кримінально-правової кваліфікації наявність предмета шпигунства (відомості, що становлять державну таємницю) підтверджується включенням відповідної інформації до Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, який затверджується наказом Служби безпеки України в порядку і на підставі Закону України «Про державну таємницю».

(Див.: 328.4.1)

Стаття 114[1]. Перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань

1. Перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань в особливий період –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

2. Те саме діяння, яке призвело до загибелі людей або інших тяжких наслідків, –

карається позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

(Розділ I Особливої частини доповнено статтею 114[1] згідно із Законом № 1183-VII від 08.04.2014)

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 114[1] КК України *(дивись коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

114[1].4.1. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК України, в яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («порушення встановленого законом порядку»), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість за необхідності за належної правової допомоги передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підп. 2)

Кваліфікація перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань, коли відповідні норми не відповідають зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції (*див., зокрема: 163.2.6 та 371.2.1*).

Розділ ІІ. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЖИТТЯ ТА ЗДОРОВ'Я ОСОБИ

Стаття 115. Умисне вбивство

1. Вбивство, тобто умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині, –
карається позбавленням волі на строк від семи до п'ятнадцяти років.
2. Умисне вбивство:
1) двох або більше осіб;
2) малолітньої дитини або жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності;
3) заручника або викраденої людини;
4) вчинене з особливою жорстокістю;
5) вчинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб;
6) з корисливих мотивів;
7) з хуліганських мотивів;
8) особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку;
9) з метою приховати інший злочин або полегшити його вчинення;
10) поєднане із зґвалтуванням або сексуальним насильством;
11) вчинене на замовлення;
12) вчинене за попередньою змовою групою осіб;
13) вчинене особою, яка раніше вчинила умисне вбивство, за винятком вбивства, передбаченого статтями 116–118 цього Кодексу;
14) з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, –
карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі, з конфіскацією майна у випадку, передбаченому пунктом 6 частини другої цієї статті.
(Стаття 115 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1707-VI від 05.11.2009, № 2227-VIII від 06.12.2017)

Стаття 116. Умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання

Умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, зумовленому жорстоким поводженням, або таким, що принижує честь і гідність особи, а також за наявності системного характеру такого поводження з боку потерпілого, –
карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.
(Стаття 116 із змінами, внесеними згідно із Законом № 2227-VIII від 06.12.2017)

Стаття 117. Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини

Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини під час пологів або відразу після пологів –
карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

§1. Норми міжнародного права
щодо забезпечення права на життя

115.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1.)
«Стаття 3
Кожна людина має право на життя, на свободу і на особисту недоторканність». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

115.1.2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права

(ООН, від 16.12.1966)

(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)

*«**Стаття 6***

1. Право на життя є невід'ємне право кожної людини. Це право охороняється законом. Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

115.1.3. Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину

(Рада Європи, від 04.04.1997)

(підписано від України 22.03.2002)

*«**Стаття 5. Загальне правило***

Будь-яке втручання у сферу здоров'я може здійснюватися тільки після добровільної та свідомої згоди на нього відповідної особи.

Такій особі заздалегідь надається відповідна інформація про мету і характер втручання, а також про його наслідки та ризики.

Відповідна особа у будь-який час може безперешкодно відкликати свою згоду.

Стаття 6. Захист осіб, які неспроможні дати згоду

1. З урахуванням статей 17 і 20 нижче, втручання по відношенню до особи, яка є недієздатною давати згоду, може здійснюватися тільки за умови, що воно матиме безпосередню користь для такої особи.

2. Якщо відповідно до законодавства неповнолітня особа є недієздатною давати свою згоду на втручання, таке втручання може здійснюватися тільки із дозволу її представника або органу влади, або особи, або закладу, визначеного законом.

Думка неповнолітньої особи враховується як визначальний чинник, важливість якого збільшується пропорційно віку та ступеню зрілості цієї особи.

3. Якщо відповідно до законодавства повнолітня особа внаслідок психічного захворювання, хвороби або через аналогічні причини є недієздатною давати згоду на втручання, втручання може здійснюватися тільки із дозволу її представника або органу влади, або особи, або закладу, визначеного законом.

Відповідна особа у міру можливості бере участь у процедурі надання дозволу.

4. Представнику, органу влади, особі чи закладу, зазначеним у пунктах 2 і 3 вище, надається інформація, згадана у статті 5, на таких самих умовах.

5. Дозвіл, зазначений у пунктах 2 і 3 вище, у будь-який час може бути відкликаний у найвищих інтересах відповідної особи.

Стаття 7. Захист осіб, які страждають психічними розладами

За умови дотримання встановлених законом вимог захисту, включаючи процедури нагляду, контролю та оскарження, особа, яка страждає серйозними психічними розладами, може підлягати без її власної згоди втручанню, що має за мету лікування її психічного розладу, тільки якщо без такого лікування її здоров'ю може бути заподіяна серйозна шкода.

Стаття 8. Надзвичайна ситуація

Якщо через надзвичайну ситуацію відповідна згода не може бути отримана, будь-яке необхідне з медичної точки зору втручання може негайно здійснюватися в інтересах здоров'я відповідної особи.

Стаття 9. Попередньо висловлені побажання

Якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним раніше». [Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину. (Рада Європи, від 04.04.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_334]

115.1.4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«Стаття 2. Право на життя

1. Право кожного на життя охороняється законом. Нікого не може бути умисно позбавлено життя інакше ніж на виконання смертного вироку суду, винесеного після визнання його винним у вчиненні злочину, за який закон передбачає таке покарання.

2. Позбавлення життя не розглядається як таке, що вчинене на порушення цієї статті, якщо воно є наслідком виключно необхідного застосування сили:

a) для захисту будь-якої особи від незаконного насильства;

b) для здійснення законного арешту або для запобігання втечі особи, яку законно тримають під вартою;

c) при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання.

(…)

Стаття 8. Право на повагу до приватного і сімейного життя

1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції.

2. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

115.2.5. Захист прав людини та гідності смертельно хворих і вмираючих

(ПАРЄ, Рекомендація 1418–1999)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«9. (…) Асамблея рекомендує, щоб Комітет Міністрів закликав держави-члени Ради Європи поважати та захищати в усіх відносинах гідність людей, які смертельно хворі або вмирають:

a. визнаючи та захищаючи право смертельно хворих або вмираючої людини на комплексну паліативну допомогу, вживши необхідних заходів:

(…)

7. щоб, за винятком випадків, коли пацієнт вибирає інше, смертельно хвора чи вмираюча людина отримувала адекватне полегшення болю та паліативну допомогу, навіть якщо таке лікування як побічний ефект може сприяти скороченню життя людини;

(…)

4. щоб забезпечити, щоб в даний час недієздатна смертельно хвора або вмираюча людина мала можливість заздалегідь відмовлятися від спеціальних медичних процедур. Крім того, забезпечити, що визначені критерії обґрунтованості щодо обсягу інструкцій, що надаються заздалегідь, а також про призначення довірених осіб та про ступінь їх повноважень; і забезпечити, щоб рішення, прийняті довіреними особами на підставі попередніх особистих тверджень, приймалися лише у тому випадку, якщо воля зацікавленої особи не була виражена безпосередньо або якщо не існує впізнаваної волі. У цьому контексті завжди повинно бути чітке зв'язування із твердженнями, які ця особа зробила вчасно близькою до ситуації прийняття рішень, точніше в той момент, коли він або вона помирає, і в належній ситуації без натиску або психічної недостатності. Забезпечити, щоб рішення довірених осіб, що спираються на загальновизнані судження, існуючі в суспільстві, не повинні бути допустимими і, у випадку сумнівів, рішення завжди має бути на користь життя та продовження життя;

5. щоб забезпечити, що – незважаючи на максимальну терапевтичну відповідальність лікаря – беруться до уваги побажання смертельно хворої або вмираючої людини щодо конкретних форм лікування, якщо вони не порушують людську гідність;

6. щоб у ситуаціях, коли не існувало попередньої директиви, право на життя пацієнта не порушується. Повинен бути визначений перелік заходів лікування, які за будь-яких умов не можуть бути призупинені або скасовані;

с. відстоюючи заборону навмисного позбавлення життя смертельно хворих або вмираючих осіб, тоді як:

1. визнаючи, що право на життя, особливо щодо смертельно хворих або вмираючих осіб, гарантується державами-членами відповідно до статті 2 Європейської конвенції з прав людини, в якій зазначено, що «нікого не може бути умисно позбавлено життя»;

2. визнаючи, що бажання смертельно хворої або вмираючої людини вмирати ніколи не становить жодної юридичної вимоги, щоб помирати від рукам іншої людини;

3. визнаючи, що бажання смертельно хворих або вмираючих людей не може само по собі стати юридичним обґрунтуванням для здійснення дій, спрямованих на смерть». Захист прав людини та гідності смертельно хворих і вмираючих [Захист прав людини та гідності смертельно хворих і вмираючих. (ПАРЄ, Рекомендація 1418–1999). http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16722&lang=en]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо забезпечення права на життя

115.2.1. Справа «Мироненко проти України»

«34. Суд повторює, що обов'язок захищати право на життя за статтею 2 Конвенції, разом із загальним обов'язком держави за статтею 1 Конвенції гарантувати кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені у Конвенції, також опосередковано вимагає наявності певної форми ефективного офіційного розслідування, коли осіб вбито в результаті використання сили. Головною метою цього розслідування є забезпечення ефективного виконання національного законодавства, яке захищає право на життя. Форми розслідування задля досягнення такої мети можуть бути різними в залежності від обставин. Однак, яка б з них не була застосована, органи влади мають діяти з власної ініціативи з того моменту, як певне питання привернуло їх увагу. Вони не можуть чекати на те, щоб родичі подали належну скаргу або взяли на себе відповідальність за проведення будь-якої процедури розслідування. Це не є обов'язком досягти результату, це обов'язок вжити заходів. Органи державної влади повинні були вжити всіх заходів для отримання доказів, які стосуються справи. Недоліки у розслідуванні, які підривають його здатність встановити причину смерті або винних осіб, можуть суперечити такому стандарту.

35. Також у цьому контексті існує вимога розумної швидкості. Слід визнати, що у розслідуванні можуть виникнути складнощі та перепони, які перешкоджають його прогресу у певній ситуації. Однак, негайна реакція органів державної влади у розслідуванні використання сили, що спричинила смерть, або зникнення є важливою для забезпечення громадської впевненості в дотриманні ними принципу верховенства права у їх виконанні норм права та у попередженні будь-яких ознак змови або поблажливості до незаконних дій». [Мироненко проти України (15938/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_548]

115.2.2. Справа «Bopkhoyeva v. Russia»

«34. Суд повторює, що стаття 2 стосується не тільки смерті в результаті застосування сили владою, а й встановлює позитивний обов'язок держави вживати належних заходів для захисту права на життя осіб, які перебувають під юрисдикцією Держави. Хоча за статтею 2 Конвенції немає абсолютного зобов'язання до того, щоб всі звинувачення приводили до засудження або іншого конкретного вироку, але національні суди ні за яких обставин не повинні допускати того, щоб правопорушення, пов'язані із загрозою життю, залишалися безкарними. Основними цілями запровадження кримінальних санкцій є відшкодування як форма правосуддя для жертв, запобігання новим правопорушенням і підтримка верховенства права. Однак жодна з цих цілей не буде досягнута без залучення до відповідальності винних осіб. Відмова або нездатність влади переслідувати найбільш імовірних і безпосередніх виконавців підриває ефективність кримінально-правового механізму, спрямованого на запобігання, припинення і покарання за незаконні вбивства.

Дотримання процесуальних зобов'язань держави за статтею 2 вимагає, щоб національна правова система продемонструвала здатність і готовність застосовувати кримінальне законодавство щодо тих, хто незаконно перервав інше життя». (Неофіційний авторський переклад) [Bopkhoyeva v. Russia (25414/14). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–180849]

115.2.3. Справа «Дудник проти України»

«32. Суд повторює, що обов'язок захищати право на життя за статтею 2 Конвенції визначається у поєднанні з загальним обов'язком держави за статтею 1 Конвенції, яка зобов'язує гарантувати кожному, хто перебуває під її юрисдикцією, права і свободи, визначені у Конвенції, також опосередковано вимагає наявності будь-якої форми ефективного розслідування, коли особу вбито в результаті застосування сили. Основною метою такого розслідування є забезпечення ефективного застосування національних законів, які захищають право на життя. Форми розслідування, які забезпечать досягнення цих цілей, можуть бути різними. Однак, незалежно від того, яка з цих форм застосовується, органи державної влади повинні діяти за своєю власною ініціативою у кожному випадку, про який їм стало відомо. Органи державної влади не можуть перекласти цей обов'язок на родичів чи чекати подання формальної скарги або взяття кимось на себе відповідальності за проведення слідчої процедури. Результат при цьому є необов'язковим, але обов'язковим є здійснення заходів. Органи державної влади повинні були вжити всіх заходів для збереження доказів, які мають відношення до події. Будь-які прогалини у розслідуванні, які підривають його здатність встановити причину смерті або відповідальних осіб, створюють ризик недодержання такого стандарту». [Дудник проти України (17985/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_510]

115.2.4. Справа «Kiliç v. Turkey»

«62. Суд нагадує, що перше речення пункту 1 статті 2 зобов'язує державу не лише утримуватися від умисного і незаконного позбавлення життя, але й вжити належних заходів для захисту життя осіб, що знаходяться в її юрисдикції. Це передбачає головне зобов'язання держави – забезпечувати право на життя шляхом запровадження ефективних кримінально-правових положень, спрямованих на запобігання вчиненню правопорушень проти особи, що має бути забезпечена правоохоронними органами для запобігання, припинення та покарання порушень вказаних положень. Це правило також за відповідних обставин поширюється на позитивний обов'язок органів влади вживати запобіжні оперативні заходи для захисту особи або осіб, чиє життя перебуває під загрозою з боку злочинних дій іншої особи». [Kiliç v. Turkey (22492/93). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58524] (Неофіційний авторський переклад).

115.2.5. Справа «Pretty v. The United Kingdom»

«63. (…) Коли існує необхідність медичного лікування, відмова від певних лікувальних заходів може неминуче призвести до фатального результату, хоча, з іншого боку, медичне лікування, нав'язане без згоди пацієнта, який є психічно дієздатною дорослою людиною, становить втручання у право людини на фізичну недоторканність у спосіб, який може зачіпати права, ґарантовані пунктом 1 статті 8 Конвенції. Як визнає національна судова практика, особа має право вимагати надання їй можливості померти внаслідок своєї відмови від лікування, яке могло б подовжити її життя.

(…)

65. Сама суть Конвенції – це повага до гідності та свободи людини. Жодним чином не заперечуючи ґарантований Конвенцією принцип священності життя, Суд вважає, що саме завдяки вимогам статті 8 поняття якості життя набуває значущості. У час дедалі більшого прогресу в медичній сфері, що супроводжується подовженням очікуваної тривалості життя, чимало людей побоюються потрапити в літньому віці у становище, коли вони будуть змушені повільно помирати або страждати від своєї надзвичайної фізичної чи психічної старезності, що суперечить їхньому вкоріненому уявленню про свою особистість і своє «я». [Pretty v. The United Kingdom (2346/02). http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=596]

115.2.6. Справа «McCann and Others v. the United Kingdom»

«173. Суд, вирішуючи питання про те, чи мало місце порушення статті 2 Конвенції у справі, не вирішує питання про кримінальну відповідальність тих, хто прямо або побічно до нього причетний. Відповідно до своєї звичайної практики він здійснює оцінку у світлі всіх матеріалів, представлених йому заявниками та Урядом, або в разі необхідності матеріалів, отриманих ним самим». [McCann and Others v. the United Kingdom (18984/91). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57943] (Неофіційний авторський переклад).

115.2.7. Справа «VO v. France»

«82. (…) питання про те, коли право на життя починається, лежить у межах свободи розсуду, якою держави повинні користуватися в цій сфері, незважаючи на еволюційне тлумачення Конвенції як «живого інструменту, який має тлумачитися у світлі сучасних умов». Причини такого висновку полягають, по-перше, в тому, що питання про такий захист не вирішено у більшості самих Договірних держав, зокрема в Франції, де воно є предметом обговорення, і, по-друге, що відсутній європейський консенсус щодо наукового і юридичного визначення початку життя.

84. Суд зазначає, що на європейському рівні немає консенсусу щодо статусу ембріона та/або плода, хоча вони починають отримувати деякий захист у світлі наукового прогресу і потенційних результатів досліджень у галузі генної інженерії, медикаментозного запліднення або експериментів з ембріонами. У кращому випадку можна вважати загальною точкою зору між державами, що ембріон/плід належить до людської раси. Потенціал цієї істоти і його здатність стати особою, яка користується захистом по цивільному праву, більше того... вимагають захисту від імені людської гідності, не перетворюючи його в «людину» з «правом на життя» для цілей статті 2.

Овьедська конвенція про права людини та біомедицину, дійсно, не дає визначення поняття «кожна людина» і його пояснювальний звіт вказує, що з огляду на відсутність одностайної згод по визначенню держави-члени вирішили дозволити внутрішнім законодавством давати роз'яснення з метою застосування цієї Конвенції. Те ж саме можна сказати про додатковий протокол про заборону клонування людських істот і додатковий протокол із біомедичних досліджень, які не визначають поняття «людина» (…)

85. Беручи до уваги вищесказане, Суд переконаний в тому, що не є ні бажаним, ні навіть можливим дати абстрактну відповідь на запитання, чи є ненароджена дитина особою для цілей статті 2 Конвенції.

(…)

95. Таким чином, Суд робить висновок, що навіть якщо припустити, що стаття 2 застосовується у цій справі, не було порушення статті 2 Конвенції». [VO v. France (53924/00). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–61887] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо забезпечення права на життя

115.3.1. Справа «Pretty v. The United Kingdom»
Фактичні обставини:

Заявниця – 43-річна пані Прітті, уражена хворобою рухових нейронів (MND) – прогресуючою нейро-дегенеративною хворобою рухових клітин центральної нервової системи. Хвороба характеризується прогресуючою м'язовою слабкістю, яка уражає м'язи, що довільно скорочуються. Згодом хвороба призводить до надзвичайної слабкості рук і ніг та уражає м'язи, залучені у процес дихання. Смерть настає, як правило, внаслідок слабкості м'язів, які забезпечують дихання, а також м'язів, які контролюють мовлення та ковтання; слабкість дихальних м'язів призводить до зупинки дихання та пневмонії. Жодне лікування не в змозі запобігти прогресуючому перебігу цієї хвороби.

Із листопада 1999 року, коли було поставлено діагноз MND, стан заявниці швидко погіршувався. Фактично все тіло заявниці, починаючи від шиї, паралізувало; її мовлення стало практично

нерозбірливе і годують її через трубку. Очікувана тривалість життя заявниці дуже незначна і може становити лише кілька тижнів чи місяців. Однак інтелект заявниці і спроможність приймати рішення не постраждали. На останній стадії ця хвороба завдає надзвичайних страждань та приниження. Побоюючись подальшого розвитку хвороби, яка загрожує завдати їй таких страждань і приниження, заявниця надзвичайно наполегливо вимагає, щоб їй дали можливість особисто розпорядитися щодо способу і часу настання смерті, аби позбутися стражденного й принизливого стану.

Хоча, згідно з англійським правом, вчинення самогубства не є злочином, заявниця внаслідок своєї хвороби не в змозі вчинити такий крок самотужки. Проте, відповідно до пункту 1 статті 2 Закону Великобританії 1961 року про суїцид, допомога іншій особі у вчиненні самогубства вважається злочином.

З огляду на бажання пані Прітті дістати таку допомогу від свого чоловіка, адвокат заявниці звернувся до генерального прокурора (ГП) з листом, датованим 27 липня 2001 року і написаним від її імені, в якому попросив надати гарантії не притягати чоловіка заявниці до суду, якщо він, за її бажанням, допоможе їй вчинити самогубство. Листом від 8 серпня 2001 року ГП відмовився надати такі ґарантії.

Рішення ЄСПЛ:

«35. Заявниця стверджувала, що надання їй дозволу на отримання допомоги для вчинення нею самогубства не суперечитиме статті 2 Конвенції, інакше ті країни, в яких суїцид зі сторонньою допомогою не є незаконним, були б порушниками цього положення. До того ж стаття 2 захищає не лише право на життя, а й право вирішувати, чи жити їй далі. Вона захищає право на життя, а не саме життя, тимчасом як покарання за позбавлення життя спрямоване захистити особу не від самої себе, а від третіх сторін, а саме – від держави та державних органів. Отже, стаття 2 визнає, що саме особа має вирішувати, чи жити їй далі, і захищає право заявниці померти, щоб уникнути невідворотних страждань і приниження, спричинених правом на життя.

(…)

40. (…) Суд вважає, що в жодному випадку право померти з допомогою третьої особи, чи з допомогою державного органу випливати зі статті 2 Конвенції не може. Цей висновок Суду підтримується в нещодавній Рекомендації 1418 (1999) Парламентської асамблеї Ради Європи». [Pretty v. The United Kingdom» (2346/02). http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=596]

115.3.2. Справа «Lambert і Інші проти Франції»

Фактичні обставини:

Під час автокатастрофи 29 вересня 2008 року Венсан Ламбер отримав тяжкі черепні травми, які спричинили параліч і повну неспроможність. Відповідно до медичної експертизи, проведеної за постановою Державної Ради 14 лютого 2014 року, він перебуває у хронічному вегетативному стані.

Кодекс охорони здоров'я Франції у статті R. 4127 37 має такий припис (в редакції Закону від 22 квітня 2005 р.): *«I. За будь-яких обставин лікар повинен намагатися полегшити страждання хворого за допомогою засобів, відповідних його стану, і морально допомагати. Він повинен утримуватися від нерозумної впертості під час обстеження або лікування і може відмовитися здійснювати або продовжувати лікування, яке виявляється непотрібним, непропорційним або не має іншої мети або наслідку, ніж штучне підтримання життя».*

У липні 2011 року Венсана Ламбера оглядали у спеціалізованому відділенні з дослідження коми (Coma Science Group) університету у Льєжі, де дійшли висновку, що він перебуває у хронічному нейровегетативному стані, визначеному як «мінімальна свідомість плюс». Відповідно до приписів Coma Science Group, між вереснем 2011 і кінцем жовтня 2012 року він отримував щоденні сеанси фізіотерапії, які не дали результату, а також між березнем і вереснем 2012 року 87 сеансів логопедії з метою встановлення комунікаційного коду. Проте жодного спілкування не вдалося встановити. Були також здійснені спроби садити пацієнта у крісло.

Лікарі, які опікувалися Венсаном Ламбером, у 2012 році вирішили, що помітили в ньому все чіткіші ознаки спротиву проти лікування і догляду, і тому медичний колектив протягом перших

місяців 2013 року розпочав колегіальне провадження, передбачене законом від 22 квітня 2005 року щодо прав хворих і закінчення життя, залучивши його дружину, Рашель Ламбер. Унаслідок цього провадження д-р Каріґер, відповідальний за лікування Венсана Ламбера і завідувач відділення, у якому той перебував, ухвалив рішення припинити годування і зменшити гідратацію. Це рішення було виконане 10 квітня 2013 року.

24 червня 2014 року Державна рада визнала, що рішення від 11 січня 2014 року про припинення штучного харчування та гідратації було законним.

Рішення ЄСПЛ:

«80. Заявники вважають, що припинення штучних живлення і гідратації Венсана Ламбера суперечитиме зобов'язанням держави за статтею 2 Конвенції. (…)

(…)

121. Суд зазначає, що закон Франції від 22 квітня 2005 року не дозволяє ні евтаназії, ні допомоги у самогубстві. Він дозволяє лікарю припинити лікування тільки тоді, коли його продовження становитиме нерозумну впертість, і тільки за встановленою процедурою. У зауваженнях, поданих до Державної Ради, Національна медична академія нагадує про сувору заборону лікарям умисно спричиняти смерть інших осіб, що є основою довірчих стосунків між пацієнтом і лікарем. Ця заборона фігурує у статті R. 4127–38 Кодексу охорони здоров'я Франції, у якій сказано, що лікар не має права умисно спричиняти смерть.

(…)

124. Суд зазначає, що як заявники, так і Уряд розрізняють умисно завдану смерть і медичну бездіяльність, і підкреслює важливість цієї відмінності. В контексті французького законодавства, яке забороняє умисно заподіювати смерть і тільки за певних точно визначених обставин дозволяє припинити або не застосовувати лікування, яке штучно підтримує життя, Суд вважає, що дана справа не торкається негативних зобов'язань держави у розумінні згаданої статті 2 і вивчатиме скарги заявників виключно з огляду на позитивні зобов'язання держави.

(…)

140. Стаття 2 накладає на державу зобов'язання вжити заходів, необхідних для захисту життя осіб, які підпадають під її юрисдикцію; у галузі охорони здоров'я ці позитивні зобов'язання вимагають запровадження державою нормативно-правової бази, яка покладає на приватні і державні лікарні обов'язок вживати належних заходів для забезпечення охорони життя хворих.

141. Суд підкреслює, що у даній справі до нього звернулись не стосовно питання евтаназії, а стосовно припинення лікування, яке штучно підтримує життя.

(…)

144. Суд нагадує, що стаття 2 є однією із визначальних у Конвенції, і що жодне з обмежень, передбачених статтею 15, не дозволяється щодо неї у мирний час, і що Суд вузько тлумачить визначені нею винятки.

(…)

147. Суд констатує, що поміж державами-членами Ради Європи немає консенсусу щодо дозволу на припинення лікування, яке штучно підтримує життя, попри те, що більшість держав, схоже, дозволяють це. Хоча формальності, що супроводжують припинення лікування, є різними у різних державах, проте існує консенсус щодо визначальної ролі волевиявлення пацієнта в ухваленні рішення, яким би не був спосіб його висловлення (…)

148. Тому Суд вважає, що у питаннях стосовно закінчення життя, як і стосовно початку життя, державам слід надати можливість розсуду не лише щодо дозволу або заборони на припинення лікування, яке штучно підтримує життя, і супутніх формальностей, але й стосовно способу врівноваження між захистом права на життя пацієнта і правом на повагу до його приватного життя і особистої автономності. Водночас ця можливість розсуду не є необмеженою, і Суд залишає за собою можливість слідкувати за дотриманням державою своїх зобов'язань за статтею 2.

(…)

155. Суд зазначає, що «Вказівки щодо ухвалення рішень стосовно медичного лікування осіб, що знаходяться при смерті» Ради Європи порушують ці питання: у Вказівках визначено, що під лікуванням мається на увазі втручання, спрямоване на поліпшення здоров'я пацієнта, впливаючи

на причини хвороби, і водночас втручання, яке, не впливаючи на етіологію хвороби, діє щодо симптомів або зараджує функціональній недостатності. У Вказівках визначено, що штучні годування і гідратація надаються пацієнтові у відповідь на медичні приписи і передбачають вибір процедури і медичних засобів (капельниця, ентеральний зонд). У Вказівках зазначається, що у різних країнах є різні підходи: у деяких країнах вони вважаються лікуванням і тому можуть бути обмежені або припинені за умов і з дотриманням гарантій, передбачених національним законодавством; порушені у зв'язку з цим питання стосуються волевиявлення пацієнта і належного характеру лікування у певній ситуації. Проте в інших країнах вважається, що штучні годування і гідратація вважаються доглядом, що відповідає на основні потреби особи, який не можна припинити, якщо тільки пацієнт на термінальній стадії життя не висловив таке бажання.

(…)

178. Суд по-перше нагадує, що саме пацієнт, навіть у стані, коли не може висловити свою волю, є тим, чия згода має бути осердям процесу з ухвалення рішення, у якому є головним суб'єктом і учасником. У «Вказівках щодо ухвалення рішень стосовно медичного лікування осіб, що знаходяться при смерті» Ради Європи вказано, що пацієнта залучають до процесу ухвалення рішення за допомогою бажання, яке він міг попередньо висловити усно одному з членів родини або одному з близьких.

179. Суд також зазначає, що відповідно до наданої інформації з порівняльного права, у деяких державах, за відсутності попереднього розпорядження або «біологічного заповіту», попереднє волевиявлення пацієнта встановлюється за допомогою різних засобів (заяви законного представника, родини, інші свідчення щодо особистості пацієнта, його переконання тощо).

180. Зрештою Суд нагадує, що у цитованому рішенні Pretty він підтвердив право кожного відмовитись від лікування, яке може мати наслідком продовження життя. За таких обставин Суд погоджується з Державною Радою, котра на підставі отриманих доказів встановила, що вони є достатньо точними для того, щоб визначити бажання Венсана Ламбера щодо припинення або продовження лікування.

181. Суд повністю усвідомлює важливість проблем, порушених у даній справі, яка стосується дуже складних медичних, юридичних і етичних питань. З огляду на обставини справи, Суд нагадує, що саме внутрішні державні органи мають перевіряти відповідність рішення припинити лікування щодо внутрішнього права і Конвенції, а також встановити, відповідно до національного права, бажання пацієнта. Роль Суду полягає у перевірці дотримання державою своїх позитивних зобов'язань за статтею 2 Конвенції.

Відповідно до цього підходу, Суд визнав відповідними до вимог цієї статті як передбачену внутрішнім правом законодавчу базу, витлумачену Державною Радою, так і процес ухвалення рішення, який у даній справі було проведено з належною сумлінністю. Водночас стосовно порушених заявниками судових проваджень Суд робить висновок, що дана справа було предметом поглибленого розгляду, під час якого були висловлені усі точки зору і всі складові були ретельно зважені, беручи до уваги як детальну медичну експертизу, так і загальні зауваження найвищих медичних і етичних організацій.

Тому Суд робить висновок, що внутрішні державні органи, беручи до уваги надану їм у даній справі можливість розсуду, дотримались своїх позитивних зобов'язань за статтею 2 Конвенції.

182. Відповідно, у випадку виконання рішення Державної Ради від 24 червня 2014 року не буде порушенням статті 2 Конвенції». [Lambert і Інші проти Франції (46043/14). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–163012]

115.3.3. Справа «Ergi v. Turkey»

Фактичні обставини:

29 вересня 1993 року сили безпеки Туреччини, що брали участь у антитерористичній операції, створили засідку в околицях села Kesentaş, імовірно, для захоплення членів Робітничої партії Курдистану (РПК). Сили безпеки перебували на кладовищі або поблизу нього в 600 метрах на північний захід і південь від села поблизу асфальтованої дороги. Солдати підрозділу командос відкрили вогонь у напрямку села, де перед тим був вбитий таємний співробітник сил безпеки.

Стрілянина тривала близько години і полягала в невибіркову обстрілі цивільних будинків. Це призвело до смерті сестри заявника. Жоден із членів РПК не був убитий або захоплений.

У своїй заяві заявник скаржився на незаконне вбивство його сестри солдатами.

Уряд стверджував, що сили безпеки були розгорнуті таким чином, щоб не завдати шкоди селу і що куля, яка вбила сестру заявника не була вистрілена силами безпеки. Хоча представники Уряду не заперечували, що була операція засідки, вони підкреслили, що це не було направлено проти сестри заявника або села. Засада в цьому регіоні, охопленому тероризмом РПК, була звичайною операцією, спрямованою на захист безпеки жителів села. Смерть сестри Ergi була заподіяна під час законних дій держави щодо захисту життя своїх громадян від тероризму. Це жодним чином не може порушувати його зобов'язання за статтею 2 Конвенції.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«79. (…) Суд згоден з Комісією в тому, що відповідальність держави не обмежується обставинами, коли є істотні докази того, що незаконні дії агентів держави призвели до вбивства цивільної особи. Такий наслідок також може бути спричинений там, де вони не вжили всіх можливих заходів обережності при виборі засобів і методів операції проти ворожої групи, щоб уникнути і в будь-якому випадку мінімізувати випадкове заподіяння смерті цивільних осіб.

Таким чином, незважаючи на те, що не було встановлено жодних розумних сумнівів у тому, що куля, яка вбила сестру Ergi, була вистрілена силами безпеки, Суд повинен розглянути питання про те, чи планувалися і проводилися операції сил безпеки таким чином, щоб уникнути або мінімізувати, наскільки це можливо, будь-який ризик для життя сільських жителів, у тому числі від збройних сил членів РПК, які потрапили в засідку.

(…)

81. Суд, беручи до уваги висновки Комісії і свою власну оцінку, вважає імовірним, що куля, в результаті якої загинула сестра заявника, була вистрілена з півдня або південного сходу, що сили безпеки були присутні на півдні і що існувала реальна небезпека для життя цивільного населення, оскільки він підданий перехресному вогню між силами безпеки і РПК. У світлі того, що влада держави-відповідача не надали прямих доказів щодо подробиць планування і проведення засідки, Суд, за згодою з Комісією, вважає, що були прийняті недостатні заходи безпеки для захисту життя цивільного населення.

(…)

86. Беручи до уваги викладені вище міркування, Суд вважає, що турецькі власті не змогли захистити право сестри Ergi на життя через недоліки в плануванні та проведенні операцій сил безпеки і відсутності адекватного та ефективного розслідування. Відповідно, мало місце порушення статті 2 Конвенції». [Ergi v. Turkey (66/1997/850/1057). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58200]

115.3.4. Справа «Güleç v. Turkey»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«70. По даній справі не було виявлено будь-яких підстав сумніватися у встановленні фактів, викладених у доповіді Комісії.

Як справедливо зазначила Комісія, демонстрація була далека від мирних, про що свідчить шкода, завдана рухому і нерухому майну в місті, і травми, понесені деякими жандармами. Зіткнувшись з актами насильства, які були, за загальним визнанням, серйозними, сили безпеки, які не були в достатній кількості, запросили підкріплення, і щонайменше дві бронемашини були задіяні. Тоді як водій бронемашини стверджував, що він вистрілив у повітря, кілька свідків, у тому числі деякі з провідних громадян міста, показали, що постріли були випущені в натовп. Хоча це твердження було категорично відкинуто урядом, воно підтверджується тим фактом, що майже всі поранені демонстранти були поранені в ноги.

71. Суд, як і Комісія, погоджується з тим, що застосування сили може бути виправдане в цій справі відповідно до пункту 2 (c) статті 2 Конвенції, якщо був дотриманий баланс між переслідуваною метою і засобами для її досягнення. Жандарми використовували дуже потужну зброю, тому що в них не було кийків, щитів, водяних гармат, гумових куль або сльозогінного газу. Відсутність такого обладнання тим більше незбагненна і неприйнятна, оскільки провінція, як вказав уряд, знаходиться в регіоні, в якому оголошено надзвичайний стан, де заворушення можна було очікувати.

72. Що стосується питання про те, чи були озброєні терористи серед демонстрантів, Суд зазначає, що уряд не надав жодних доказів, які б підтверджували це твердження. По-перше, жоден жандарм не отримав кульову рану в тому місці, де помер син заявника, або в інших місцях, де була демонстрація. По-друге, на місці не було виявлено ні зброї, ні відпрацьованих патронів, які, імовірно, належали членам РПК. Крім того, суд проти власників тринадцяти гвинтівок, конфіскованих після інцидентів, з яких відпрацьовані патрони були зібрані силами безпеки, закінчився виправдувальними вироками, оскільки обвинувачені не брали участі в подіях, про які йде мова.

73. На закінчення Суд вважає, що в обставинах справи сила, яка використовувалася для розгону демонстрантів і яка призвела до смерті потерпілого, не була винятково необхідною за змістом статті 2 Конвенції». [Güleç v. Turkey (54/1997/838/1044). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58207]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 115–117 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

115.4.1. Питання щодо моменту початку життя (моменту відліку права на життя) не врегульоване міжнародним законодавством і відповідно до практики ЄСПЛ належить до юрисдикції держави.

(Див.: 115.2.5)

За законодавством України початком життя вважається початок фізіологічних пологів. Діяння, спрямовані на заподіяння смерті дитині після початку фізіологічних пологів кваліфікується за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України. До початку фізіологічних пологів відповідні діяння кваліфікуються за ст. 121 чи ст. 134 КК України.

115.4.2. Кваліфікація припинення лікування препаратами, які зберігають чи подовжують життя, залежить, згідно з практикою ЄСПЛ, від національного законодавства в галузі охорони здоров'я. Однак в усіх випадках такі дії, вчинені з метою прискорення смерті (навіть стосовно безнадійно хворих і з дуже вираженим стражданням від болю) кваліфікуються як умисне вбивство.

(Див.: 115.1.5; 115.2.5; 115.3.2; 139.3.1)

Умисне заподіяння смерті іншій людині на її прохання, прохання її близьких осіб чи з міркування гуманності (активна евтаназія) за КК України кваліфікується як умисне вбивство. Зокрема, умисне заподіяння смерті в таких випадках можливе медичними працівниками шляхом активних дій (умисне застосування ліків чи медичних втручань, які не показані для застосування у стані, в якому знаходиться хвора особа) або шляхом бездіяльності (умисне незастосування ліків чи медичних втручань, які не показані для застосування у стані, в якому знаходиться хвора особа).

Натомість бездіяльність медичних працівників і відповідно смерть хворого внаслідок реалізації ним в установленому порядку свого права на відмову від лікування чи від медичного втручання (ч. 4 ст. 43 Основ законодавства про охорону здоров'я) не може розглядатися як умисне вбивство та бути кваліфіковано за ст. 115 КК України. Фактично тут мова йде про пасивну евтаназію, яка за змістом вказаної норми Основ законодавства про охорону здоров'я визнається допустимою і законною.

У медичній практиці зустрічаються ситуації, коли медичними працівниками необхідно вибирати: застосовувати паліативні засоби лікування, метою яких є зменшення страждань пацієнта,

наприклад призначення морфіну чи інших наркотичних засобів знеболення (див.:139.3.1), чи продовжувати лікування, яке не здатне зберегти життя хворого, але завдає йому великих страждань. При цьому законні представники можуть наполягати на продовженні лікування.

Для проблеми кваліфікації смерті, що настала внаслідок відмови медичних працівників від лікування безнадійно смертельно хворого і застосування ними паліативних засобів зменшення страждань людини, визначальне значення має розмежування між, з одного боку, припиненням лікування препаратами, які зберігають чи подовжують життя, та, з іншого боку, вжиттям заходів, які не мають медичної, лікувальної чи болезаспокійливої дії, але спрямовані винятково на припинення життя людини.

Щодо людей похилого віку, використання наркотиків для зменшення болю буде виправданим у більшості випадків, навіть незважаючи на те, що це прискорюватиме момент настання смерті. Але жодним чином не можна виправдати використання наркотиків чи хірургічного втручання саме задля мети прискорення смерті, навіть стосовно людей дуже похилого віку і з дуже вираженим стражданням від болю.

115.4.3. Штучне харчування та гідратація не визнаються різновидом лікування, однак їх припинення має оцінюватися так само, як і припинення лікування безнадійно хворих.
(Див.:115.3.1; 115.4.2)

115.4.4. Усталена в доктрині кримінального права позиція про те, що об'єктом цього злочину є «життя особи» входить у суперечність з міжнародним конвенційним правом та практикою ЄСПЛ.
(Див.:115.1.4;)

У доктрині кримінального права усталеною є позиція про те, що об'єктом цього злочину є життя особи[1].

Між тим Конституція України наголошує у ст. 27 «Кожна людина має невід'ємне право на життя. Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя». Тобто Основний закон не виключає позбавлення життя людини, лише забороняючі робити це свавільно.

У свою чергу, ст. 115 КК України передбачає відповідальність лише за протиправне заподіяння смерті іншій людині. Зміст частин 3 і 5 ст. 36 КК та ст. 118 КК свідчать про те, що умисне заподіяння смерті іншій людині в умовах необхідної оборони не є кримінально караним діянням. Також за КК не утворює складу злочину самогубство (суїцид) – умисне заподіяння особою смерті собі. Тобто такі діяння не є протиправними.

Міжнародне конвенційне право також свідчить на користь позиції про те, що об'єктом умисного вбивства є не життя, а право на життя. Так, ст. 2 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод має назву «Право на життя». В п. 1 цієї статті наголошується: «Право кожного на життя охороняється законом».

115.4.5. Стаття 2 Конвенції стосується не тільки смерті в результаті застосування сили владою, а й встановлює позитивний обов'язок держави вживати належних заходів для захисту права на життя осіб, які перебувають під юрисдикцією Держави.
(Див.: 115.2.1; 115.2.2)

За ст. 2 Конвенції немає абсолютного зобов'язання до того, щоб всі звинувачення приводили до засудження або іншого конкретного вироку стосовно особи, яка звинувачується в умисному протиправному заподіянні смерті іншій людині (див.: 115.2.1; 115.2.3; 115.2.4). Скарги до ЄСПЛ щодо порушення владою України ст. 2 Конвенції мають імовірність бути задоволеними за таких обставин:

– органи влади не почали (зовсім чи в розумні строки) кримінальне провадження за фактом насильницького позбавлення життя (замаху на позбавлення життя) іншої людини (див.: 115.2.1);

– органи влади не забезпечили завершення в розумні строки розслідування (досудового і судового) за фактом насильницького позбавлення життя (замаху на позбавлення життя) іншої людини (див.: 115.2.2);

[1] Див., напр.: Кримінальне право України. Особлива частина : підручник. Харків, 2010. – 608 с. (С. 34); Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д. С. Азаров, В. К. Грищук, А. В. Савченко [та ін.]; За заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка, В. В. Чернєя ; НАВС. – К.: Юрінком Інтер, 2016. – 1064 с. (С. 287).

– органи влади не забезпечили належної ефективності розслідування (досудового і судового) за фактом насильницького позбавлення життя (замаху на позбавлення життя) іншої людини (див.: 115.2.3).

115.4.6. Допомога у вчиненні самогубства особі, яка внаслідок хвороби не має можливості позбавити себе життя самотужки, має кваліфікуватися як умисне вбивство.

(Див.: 115.3.1)

115.4.7. Викрадення чи позбавлення волі з наступним зникненням потерпілого за обставин, що можуть свідчити про загрозу його життю, ЄСПЛ розглядаються як умисне вбивство.

У постановах за скаргами, пов'язаними з нерозкритими викраденнями людей, ЄСПЛ зазвичай визнає порушення таких конвенційних прав:

– право на життя (ст. 2 Конвенції), в його матеріальному аспекті – як негативний обов'язок держави утримуватися від довільного позбавлення життя. Порушення визнається в разі, якщо Суд встановлює відповідальність службових осіб держави-відповідача за викрадення і смерть;

– право на життя (ст. 2 Конвенції) – як позитивний обов'язок створити умови, за яких відсутня небезпека для життя осіб, які знаходяться під юрисдикцією держави. Порушення визнається, якщо представники держави не зробили превентивних заходів щодо захисту осіб, життя яких перебувало в небезпеці у зв'язку з можливим вчиненням стосовно них кримінальних діянь, коли це можна було передбачити;

– процесуальні зобов'язання, що випливають з права на життя – порушення державою обов'язків захищати право на життя з огляду на неадекватність кримінального розслідування загибелі особи.

Найбільш показовими в цьому контексті виглядають справи, що стосуються конфлікту в Чечні. Європейський суд з прав людини виніс більше 250 рішень, що встановлюють порушення Конвенції у зв'язку зі збройним конфліктом в Чеченській Республіці Російської Федерації. Близько 60% заяв стосуються порушень права на життя.

У низці справ військовослужбовці були визнані винними в незаконних вбивствах родичів заявників: Ташухаджієв проти Росії (25 жовтня 2011 р.), що стосувалося зникнення молодої людини в Чечні після того, як її було затримано групою військовослужбовців у 1996 р.; Індербієва проти Росії та Кадірова та інші проти Росії (27 березня 2012 р.), які стосувалися стверджуваних вбивств і відсутності ефективного розслідування за фактом смерті чотирьох цивільних жінок під час операцій російських військовослужбовців в Чеченській Республіці у 2000 р.; Умарова та інші проти Росії (31 липня 2012 р.), яке стосувалося зникнення людини, чоловіка і батька п'ятьох дітей, і недостатнього розслідування цих подій; Гакаєва та інші проти Росії (10 жовтня 2013 р.), стосувалося стверджуваних викрадень осіб російськими військовослужбовцями в період з 2000 по 2005 р. в різних громадських місцях в Чечні; Петімат, Ізмаілова та інші проти Росії (18 вересня 2014 р.), стосувалося зникнення сімнадцяти осіб в період з 2001 по 2006 р. після того, як вони були арештовані у своїх будинках в Чечні російськими військовослужбовцями; Султигов та інші проти Росії (9 жовтня 2014 р.), стосувалося зникнення сімнадцяти чоловіків і однієї жінки в період між 2000 і 2006 рр., після того, як вони були заарештовані в Чечні російськими військовослужбовцями в ході операцій безпеки або на військових блокпостах. Рішення щодо справи Турлуєва проти Росії від 20 червня 2013 р. стосувалося зникнення молодого чоловіка в жовтні 2009 р. після того, як його востаннє бачили в приміщенні поліцейського полку в Грозному. Суд встановив три порушення ст. 2 (право на життя) Конвенції з огляду на стверджувану смерть молодого чоловіка, нездатність держави захистити його життя, а також через нездатність провести ефективне розслідування його зникнення.

115.4.8. Заподіяння смерті з прямим чи непрямим умислом співробітниками правоохоронних органів стороннім цивільним особам під час проведення антитерористичних операцій кваліфікується за ч. 3 ст. 365 КК України та за відповідними частинами (пунктами) ст. 115 КК України. Необережне заподіяння смерті співробітниками правоохоронних органів стороннім цивільним особам під час проведення антитерористичних операцій кваліфікується за ч. 3 ст. 365 КК України.

(Див.: 115.3.3)

115.4.9. Неприцільна стрільба працівників правоохоронних органів у натовп свідчить про неконкретизований непрямий умисел стосовно можливих наслідків.

(Див.: 115.3.4)

Такі дії кваліфікуються за наслідками, що фактично настали:

за ч. 2 ст. 365 – у випадках ненастання будь-яких наслідків або у випадках спричинення середньої тяжкості тілесних ушкоджень одному потерпілому, легких тілесних ушкоджень одному чи кільком потерпілим;

за ч. 3 ст. 365 – у випадках заподіяння тяжких тілесних ушкоджень одному чи кільком потерпілим, середньої тяжкості кільком потерпілим;

за ч. 3 ст. 365 і ч. 1 ст. 115 – у випадках заподіяння смерті одному потерпілому;

за ч. 3 ст. 365 і п. 1 ч. 2 ст. 115 – у випадку заподіяння смерті двом чи більше потерпілим.

115.4.10. Якщо умисне вбивство (навіть однієї людини) вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного військового чи невійськового нападу на цивільних осіб із метою проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення цього нападу, таке діяння за нормами міжнародного права розглядається як злочин проти людяності. Однак у зв'язку з тим, що зазначені норми міжнародного права не імплементовані до КК України, кожне умисне вбивство, що вчиняється в рамках широкомасштабного або систематичного нападу з метою проведення політики держави або організації, кваліфікується як окремий злочин за ч. 1 або ч. 2 ст. 115 КК України.

(Див.: XX.1.5; XX.4.2; XX.4.3)

Стаття 118. Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця

Умисне вбивство, вчинене при перевищенні меж необхідної оборони, а також у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця, –

карається виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до двох років.

§1. Норми міжнародного права

щодо заподіяння шкоди в умовах необхідної оборони чи затримання правопорушника

118.1.1. Основні принципи Організації Об'єднаних Націй щодо використання сили і вогнепальної зброї посадовими особами правоохоронних органів

(ООН, від 07.09.1990)

«9. Должностные лица по поддержанию правопорядка не применяют огнестрельного оружия против людей, за исключением случаев самообороны или защиты других лиц от неминуемой угрозы смерти или серьезного ранения или с целью предотвращения совершения особо серьезного преступления, влекущего за собой большую угрозу для жизни, с целью ареста лица, представляющего такую опасность, сопротивляющегося их власти, или с целью предотвращения его побега и лишь в тех случаях, когда менее решительные меры недостаточны для достижения этих целей. **В любом случае преднамеренное применение силы со смертельным исходом может иметь место лишь тогда, когда оно абсолютно неизбежно для защиты жизни**.

10. При обстоятельствах, предусмотренных в принципе 9, должностные лица по поддержанию правопорядка представляются в качестве таковых и дают четкое предупреждение о намерении применить огнестрельное оружие, предоставляя достаточно время для ответной реакции на это предупреждение, за исключением тех случаев, когда эти действия создают для должностных лиц по поддержанию правопорядка ненужную опасность или создают опасность смерти или нанесения серьезного ущерба другим лицам, или же были бы явно неуместными или ненужными при создавшихся обстоятельствах инцидента». [Основні принципи Організації Об'єднаних Націй щодо використання сили і вогнепальної зброї посадовими особами правоохоронних органів. (ООН, від 07.09.1990). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_334]

118.1.2. Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку

(ООН, від 17.12.1979)

(див.: 4.0.1)

«Статья 3

Должностные лица по поддержанию правопорядка могут применять силу только в случае крайней необходимости и в той мере, в какой это требуется для выполнения их обязанностей.

Комментарий[1]*:*

a) В этом положении подчеркивается, что применение силы должностными лицами по поддержанию правопорядка должно носить исключительный характер; хотя оно подразумевает, что должностные лица по поддержанию правопорядка могут быть уполномочены на применение силы, какая является разумно необходимой при данных обстоятельствах, в целях предупреждения преступления или при проведении правомерного задержания правонарушителей или подозреваемых правонарушителей или при оказании помощи, при таком задержании не может применяться сила, превышающая необходимые для этих целей пределы.

b) Национальное законодательство, как правило, ограничивает применение силы должностными лицами по поддержанию правопорядка в соответствии с принципом пропорциональности. Это следует понимать таким образом, что при толковании этого положения должны уважаться эти национальные принципы пропорциональности. Это положение ни в коем случае не толкуется таким образом, будто оно уполномочивает на применение такой силы, какая является несоразмерной законной цели, которой нужно достичь.

c) Применение огнестрельного оружия считается крайней мерой. Следует приложить все усилия к тому, чтобы исключить применение огнестрельного оружия, особенно против детей. Как правило, огнестрельное оружие не должно применяться, за исключением случаев, когда подозреваемый правонарушитель оказывает вооруженное сопротивление или иным образом ставит под угрозу жизнь других и когда другие меры, имеющие менее исключительный характер, недостаточны для осуждения или задержания подозреваемого правонарушителя. О каждом случае применения огнестрельного оружия должно быть незамедлительно сообщено компетентным властям». [Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку. (ООН, від 17.12.1979). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_282]

118.1.3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«Стаття 2. Право на життя

1. Право кожного на життя охороняється законом. Нікого не може бути умисно позбавлено життя інакше ніж на виконання смертного вироку суду, винесеного після визнання його винним у вчиненні злочину, за який закон передбачає таке покарання.

2. Позбавлення життя не розглядається як таке, що вчинене на порушення цієї статті, якщо воно є наслідком виключно необхідного застосування сили:

a) для захисту будь-якої особи від незаконного насильства;

b) для здійснення законного арешту або для запобігання втечі особи, яку законно тримають під вартою;

c) при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання.

(…)

Стаття 18. Межі застосування обмежень прав

Обмеження, дозволені згідно з цією Конвенцією щодо зазначених прав і свобод, не застосовуються для інших цілей ніж ті, для яких вони встановлені». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

[1] «Комментарий» є складовою частиною «Кодексу поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку».

118.1.4. Римський статут Міжнародного кримінального суду

(ООН, від 17.06.1998)

(щодо ратифікації див.: частина 6 ст. 124 Конституції України; постанова ВР № 145-VIII від 04.02.2015)

*«**Статья 31. Основания для освобождения от уголовной ответственности***

1. В дополнение к другим основаниям для освобождения от уголовной ответственности, предусмотренным настоящим Статутом, лицо не несет уголовной ответственности, если в момент совершения им деяния:

(…)

c) это лицо действовало разумно для защиты себя или другого лица или, в случае военных преступлений, имущества, которое является особо важным для выживания данного лица или другого лица, либо имущества, которое является особо важным для выполнения задачи военного характера, от неизбежного и противоправного применения силы способом, соразмерным степени опасности, угрожающей этому лицу или другому защищаемому лицу или имуществу. То обстоятельство, что лицо участвовало в операции по защите, проводившейся силами, само по себе не является основанием для освобождения от уголовной ответственности согласно этому подпункту;

d) деяние, которое предположительно представляет собой преступление, подпадающее под юрисдикцию Суда, является вынужденной ответной реакцией на угрозу неминуемой смерти либо неминуемого причинения тяжких телесных повреждений или продолжения причинения таких повреждений для него самого или для другого лица, и это лицо принимает необходимые и разумные меры для устранения этой угрозы, при условии, что это лицо не намерено причинить больший вред, чем тот, который оно стремилось предотвратить. Такая угроза может:

i) либо исходить от других лиц;

ii) либо быть создана другими обстоятельствами, не зависящими от этого лица.

2. Суд определяет применимость оснований для освобождения от уголовной ответственности, предусмотренных в настоящем Статуте, в отношении рассматриваемого им дела.

3. В ходе судебного разбирательства Суд может рассмотреть какое-либо основание для освобождения от уголовной ответственности, иное, чем основания, указанные в пункте 1, если такое основание вытекает из применимого права, как это предусмотрено статьей 21. Процедуры, касающиеся рассмотрения такого основания, должны быть предусмотрены Правилами процедуры и доказывания». (ООН, від 17.07.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо заподіяння шкоди в умовах необхідної оборони чи затримання правопорушника

118.2.1. Справа «Nachova and Others v. Bulgaria»

«95. Відповідно, і з посиланням на пункт 2 (b) статті 2 Конвенції, легітимна мета здійснення законного затримання може виправдати ризик загрози для життя в умовах виключної необхідності. Суд вважає, що в принципі не може бути такої необхідності, коли відомо, що особа, яка підлягає арешту, не становить загрози життю чи заподіяння каліцтва і не підозрюється у вчиненні насильницького злочину, навіть якщо наслідком невикористання смертельної сили може бути втрата можливості затримати втікачів». [Nachova and Others v. Bulgaria (43577/98 and 43579/98). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–69630] (Неофіційний авторський переклад).

118.2.2. Справа «Demiray v. Turkey»

«41. Стаття 2, якщо її розглядати в цілому, показує, що вона охоплює не тільки умисне вбивство, але і ситуації, коли законне використання сили може призвести до необережного позбавлення життя». [Demiray v. Turkey (27308/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–59026] (Неофіційний авторський переклад).

118.2.3. Справа «McCann and others v. The United Kingdom»

«148. Винятки, викладені в п. 2 поширюються на випадки навмисного позбавлення життя, але не тільки. Як вказала Комісія, текст статті 2 Конвенції, взятий в цілому, свідчить, що п. 2 цієї

статті головним чином визначає не ті випадки, за яких хтось може бути навмисно позбавлений життя, а описує ситуації, коли допускається «застосування сили», що може привести до ненавмисного позбавлення життя. Застосовувана сила, однак, повинна бути «абсолютно необхідною» для досягнення однієї з цілей, викладених в підпунктах a), b) і c) ст. 2 Конвенції». [McCann and others v. The United Kingdom (18984/91). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57943] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ

у справах щодо заподіяння шкоди в умовах необхідної оборони чи затримання правопорушника

118.3.1. Справа «Nachova and Others v. Bulgaria»

Фактичні обставини:

Двоє чоловіків романського походження п. Angelov і п. Petkov, родичі заявників, виконували обов'язкову військову повинність в армійському підрозділі, в завдання якого входило будівництво багатоквартирних будинків. Перебуваючи під арештом за неодноразові самовільні відлучки з місця служби, молоді люди втекли з будівництва, де вони утримувалися під вартою, і сховалися в будинку бабусі одного з них, яка мешкає в романському кварталі села. Жоден з них не був озброєний. Кілька днів по тому військова поліцейська частина була проінформована про місце, де ховалися молоді люди і направила в село чотирьох військових поліцейських офіцерів під командуванням майора Г. Офіцерам дали інструкції, згідно з якими з метою затримання втікачів вони могли вдаватися до будь-яких засобів, які диктуються обставинами. Майор Г. був озброєний пістолетом і автоматом Калашникова. Помітивши військову автомашину перед будинком, втікачі спробували сховатися. Після попередження про відкриття вогню, майор Г. вистрілив у чоловіків, що рятуються втечею. Обидва померли по дорозі в госпіталь. Один із сусідів стверджував, що стріляло кілька поліцейських, і що в певний момент Г. навів на нього пістолет і прокричав: «Прокляті цигани!».

Пан Petkov загинув від пострілу в груди, а пан Angelov – від пострілу в спину. У звіті по військовому розслідуванні інциденту було відзначено, що майор Г. діяв відповідно до інструкцій і намагався зберегти чоловікам життя, вимагаючи зупинитися і здатися, а також уникаючи стріляти в життєво важливі органи. Військовий прокурор погодився з висновками і припинив розслідування. Скарги заявників на припинення кримінальної справи були відхилені.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«106. Безумовно, що п. Angelov і п. Petkov служили в спеціальній армійській установі, в якій призовники виконували свої обов'язки будівельників на невійськових об'єктах. Вони були раніше засуджені за ненасильницькі злочини. Вони вчинили втечу з армійської установи без насильства, просто залишивши місце роботи, що знаходилося поза межами місця служби. (…) Жоден із них не був озброєний і не представляв небезпеку для життя офіцерів або третіх осіб, факт, про який офіційні особи арешту повинні були знати на основі наявної в них інформації.

107. З огляду на вищесказане Суд вважає, що за обставин справи будь-яке застосування потенційно смертоносної сили заборонено статтею 2 Конвенції, незалежно від ризику втечі п. Angelov та п. Petkov. Як зазначалося вище, використання потенційно смертоносної сили не можна вважати «виключно необхідним», коли відомо, що особа, яку затримують, не становить ніякої загрози життю чи каліцтва і не підозрюється у вчиненні насильницького злочину.

108. Крім того, поведінка майора Г., офіцера військової поліції, який застрелив жертв, вимагає серйозного осуду з приводу того, що він використовував надмірну силу.

(i) виявляється, що для здійснення арешту існували інші засоби: офіцери мали джип, операція проводилася в маленькому селі в середині дня, і поведінка п. Angelov та п. Petkov, мабуть, була передбачуваною, оскільки, після попередньої втечі, п. Angelov був знайдений за цією самою адресою.

(ii) майор Г. вирішив використовувати автомат і перемкнув його на автоматичний режим, хоча він також мав пістолет. Він не міг би забезпечити з будь-якою розумною точністю використання автоматичної стрільби.

(iii) п. Petkov був поранений у груди, факт, для якого не було надано ніяких правдоподібних пояснень. За відсутності такого пояснення неможливо виключити вірогідність того, що п. Petkov повернувся до здачі в останню хвилину, але все-таки був застрілений.

109. Суд доходить висновку, що держава-відповідач не виконала своїх зобов'язань за ст. 2 Конвенції, правова оцінка застосування сили була в основному помилковою, а п. Angelov та п. Petkov були вбиті в умовах, коли використання вогнепальної зброї для їх арешту було несумісним зі статтею 2 Конвенції. Крім того, використовувалася надмірна сила. Отже, було порушено статтю 2 Конвенції стосовно смерті п. Angelov та п. Petkov». [Nachova and Others v. Bulgaria (43577/98 and 43579/98). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–69630]

118.3.2. Справа «McCann and Others v. the United Kingdom»

Фактичні обставини:

Заявники, громадяни Ірландії і піддані Сполученого Королівства, є батьками пана McCann, пані Farrell і пана Savage, які були застрелені 6 березня 1988 р. у Гібралтарі військовослужбовцями спеціальної повітряно-десантної служби, яка входить до складу Британської армії.

Владі Сполученого Королівства, Іспанії та Гібралтару стало відомо, що IPA (Ірландська республіканська Армія) планує терористичний акт у Гібралтарі. З аналізу розвідувальних даних британська влада і влада Гібралтару дійшли висновку, що 5 березня група IPA (особистості учасників вже були встановлені) проведе терористичний акт, заклавши бомбу з механізмом дистанційного управління в легковий автомобіль. Було вирішено заарештувати членів групи після того, коли вони доставлять автомобіль у Гібралтар, що дало б можливість отримати докази для подальшого судового розгляду. Влада вважала членів групи небезпечними терористами, які майже напевно будуть озброєні і в разі зіткнення з силами безпеки можливо використовуватимуть свою зброю або підірвуть бомбу.

5 березня 1988 р. було встановлено, що Savage припарковав автомобіль у Гібралтарі. Пізніше спостерігачі помітили, що він разом з McCann і Farrell обстежив місце, де знаходився припаркований ним автомобіль. Після того, як всі троє пішли від машини, експерт по знешкодженню бомб доповів після побіжного візуального огляду автомашини, що, на його думку, в ній можливо закладена бомба. Було прийнято рішення про арешт трьох зазначених осіб. Комісар поліції Гібралтару доручив керівництво операцією безпосередньому командиру військовослужбовців спеціальної повітряно-десантної служби (CAC). Двоє військовослужбовців слідували за McCann і Farrell. Коли McCann обернувся, один з них вихопив пістолет і наказав зупинитися. McCann зробив рух рукою до внутрішнього кишені, рука Farrell швидко ковзнула до сумочки. Думаючи, що обидва потягнулися за механізмом дистанційного управління, щоб підірвати бомбу, закладену в автомобіль, співробітники CAC вистрілили кілька разів з близької відстані, вбивши обох.

За Savage слідували двоє інших військовослужбовців. Коли пролунали постріли по McCann і Farrell, він різко розвернувся і лицем до лиця зіткнувся з співробітниками CAC, які прямували за ним. Один з них голосно наказав йому зупинитися і витягнув пістолет. Права рука Savage рушила до стегна. Побоюючись, що він хоче привести в дію механізм дистанційного керування, співробітники CAC вистрілили з близької відстані, що призвело до загибелі Savage.

Ні зброї, ні дистанційного пристрою ні у кого з трьох підозрюваних виявлено не було. В результаті огляду було встановлено, що в машині, раніше припаркованої Savage, не було вибухового пристрою або бомби. Однак інша машина, пізніше виявлена іспанською поліцією в Марбеллі, Іспанія, містила вибуховий пристрій з шістдесяти чотирьох кілограмів вибухівки. Ця машина була взята напрокат Farrell на чуже ім'я.

Розслідування справи про загибель зазначених осіб коронером Гібралтару було відкрито 6 вересня 1988 р. на засіданні журі присяжних, обраних із місцевих жителів, були заслухані показання сімдесяти дев'яти свідків, включаючи військовослужбовців, офіцерів поліції, співробітників служби спостереження, які брали участь у цій операції, а також патологоанатомів, судових експертів та фахівців із вибухових пристроїв. Тридцятого вересня 1988 р. присяжні винесли вердикт про правомірність того, що сталося.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«206. Суд зазначає, що на оперативній нараді 5 березня, де були присутні військовослужбовці A, B, C і D, розглядалася ймовірність того, що акція буде здійснена за допомогою потужного вибухового пристрою, який міститься в автомобілі. Було зроблено ряд ключових оцінок. Зокрема, передбачалося, що терористи не використовуватимуть додатковий автомобіль для попереднього паркування; що бомба буде підірвана за допомогою радіокерованого пристрою; що вибух може бути проведений натисканням кнопки; що швидше за все підозрювані підірвуть бомбу, якщо їх спробують затримати; що вони будуть озброєні і, досить імовірно, застосують зброю, якщо відбудеться зіткнення.

207. В даному випадку всі ці вирішальні припущення, за винятком наміру терористів скоїти злочин, були помилковими. Проте, як було продемонстровано Урядом на основі його досвіду зіткнень з IPA, ці припущення представляли реальні гіпотези в ситуації, коли дійсні факти невідомі і коли влада діє на основі обмеженої розвідувальної інформації.

208. Насправді, мабуть, інші варіанти розвитку подій були опрацьовані недостатньо. Наприклад, оскільки вибух бомби очікувався не раніше 8 березня, коли повинна була відбутися церемонія зміни варти, то також можна було дійти висновку, що ці три терориста були спрямовані з розвідувальною місією. Хоча ця можливість і зачіпалася, вона, мабуть, серйозно не сприймалася.

До того ж на оперативних нарадах або після того, як підозрювані були виявлені, могли бути висловлені припущення, що вони навряд чи мали намір підірвати бомбу і знищити тим самим велике число цивільних осіб в той момент, коли пан McCann і міс Farrell йшли не поспішаючи в напрямку прикордонного району, оскільки це збільшувало б ризик їх виявлення і затримання. Також неправдоподібною є думка про те, що в цей момент вони вже налаштували передавач, який дозволив би їм негайно підірвати передбачувану бомбу в разі спроби їх затримання.

Крім того, навіть якщо врахувати рівень технічної підготовки IPA, то опис детонатора як «пристрою, де треба тільки натиснути кнопку» без тих застережень, які пізніше були зроблені експертами під час розслідування, про значення яких компетентні органи повинні були бути обізнані, являє собою вкрай спрощену характеристику цих пристроїв.

209. Насторожує в даній ситуації і те, що припущення про можливість «підозрювати наявність бомби в автомобілі», яке військовослужбовець C зробив після побіжного зовнішнього огляду автомобіля, було передано іншим військовослужбовцям, згідно зі свідченнями останніх, як виразно встановлений факт наявності такої бомби. Слід згадати, що, хоча військовослужбовець C і мав досвід роботи з вибуховими пристроями, закладеними в автомобілі, він, як з'ясувалося, не був фахівцем у галузі радіозв'язку або вибухових речовин, а його висновок про можливість підозрювати наявність бомби в автомобілі ґрунтувався на тому, що «антена не відповідала автомобілю»; таким чином його оцінка швидше мала гаданий характер.

210. В умовах, коли не отримали достатньої уваги альтернативні варіанти і коли повідомлялося про існування автомобіля з вибуховим пристроєм, який, згідно зі зробленими оцінками, можна буде детонувати натисканням кнопки, цілий ряд робочих гіпотез було повідомлено військовослужбовцям A, B, C і D як встановлені факти, у зв'язку з чим застосування сили, що веде до позбавлення життя, стало майже неминучим.

211. Однак той факт, що не враховувалася можливість помилки, слід розглядати також в поєднанні з отриманою військовослужбовцями установкою, що, якщо вони відкривають вогонь, то повинні вести його, поки підозрюваний не буде мертвий. Як зазначалося коронером в його напутньому слові присяжним під час розслідування, всі четверо військовослужбовців стріляли з метою позбавити життя підозрюваних. Свідок E свідчив, що військовослужбовцям говорили, що велика ймовірність того, що вони будуть змушені стріляти на поразку, оскільки в разі використання пристрою, що приводиться в дію натисканням кнопки, в їх розпорядженні залишається дуже мало часу. У цій обстановці влада, зобов'язана поважати право підозрюваних на життя, повинна була проявляти велику обережність при оцінці інформації перед передачею її військовослужбовцям, оскільки застосування ними зброї означає стрілянину на поразку.

212. Оскільки через обмеження в публічних інтересах, у ході офіційного розслідування детально не розглядалися отримані військовослужбовцями інструкції, залишається неясним, чи були вони зобов'язані визначати, чи виправдано тими конкретними обставинами, з якими вони зіткнулися в момент арешту, застосування вогнепальної зброї на ураження.

Їх рефлекторні дії в цьому життєво важливому питанні позбавлені такого ступеня обережності у використанні вогнепальної зброї, яку слід очікувати від співробітників правоохоронних органів у демократичному суспільстві, навіть коли вони мають справу з небезпечними людьми, підозрюваними в тероризмі, і явно не відповідають вимогам проявляти обережність, яка передбачається інструкціями щодо використання поліцією вогнепальної зброї, в яких підкреслюється відповідальність перед законом кожного офіцера залежно від ситуації, у якій застосована зброя.

Це упущення влади також дає підстави припускати, що не була проявлена необхідна обережність при контролі і проведенні операції арешту.

213. У результаті, беручи до уваги, що було вирішено не перешкоджати в'їзду підозрюваних в Гібралтар, що влада не змогла врахувати можливість помилковості своїх розвідувальних оцінок, принаймні в деяких аспектах, і що, коли військовослужбовці відкрили вогонь, це означало застосування сили, що тягне за собою позбавлення життя, Суд не переконаний, що позбавлення життя трьох терористів являло собою застосування сили, виключно необхідної для захисту людей від незаконного насильства за змістом статті 2 п. 2 (a) Конвенції.

214. Відповідно, Суд констатує, що мало місце порушення статті 2 Конвенції». [McCann and Others v. the United Kingdom (18984/91). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57943]

118.3.3. Справа «Ramsahai and Others v. the Netherlands»

Фактичні обставини:

Рішення стосується смерті Moravia Ramsahai, сина й онука заявників, якого у віці 19,5 року застрелив поліцейський в Амстердамі за таких обставин. Moravia Ramsahai заволодів скутером: погрожуючи власнику пістолетом. Поліція була проінформована про крадіжку. Двоє поліцейських у формі, які знаходилися в патрульній машині, помітили скутер, за кермом якого була особа, схожа на повідомлений опис. Один з офіцерів побіг до підозрюваного та спробував заарештувати його, але після нетривалої боротьби Moravia Ramsahai вдалося вирватися. Офіцер побачив, як він вийняв з-під ременя пістолет, на що він вийняв свій службовий пістолет та наказав Moravia Ramsahai скласти зброю. Молодик відмовився підкоритися. У той же час другий офіцер вийшов з патрульного автомобіля та підійшов до місця події. Тоді, як вбачається, Moravia Ramsahai підняв пістолет та направив його в сторону офіцера, який підійшов, останній також дістав свій пістолет та вистрілив. Потерпілий був поранений в шию і помер після прибуття швидкої допомоги. Пістолет Moravia Ramsahai був знайдений зарядженим та готовим до стрільби.

Було розпочате кримінальне розслідування. Прокурор дійшов висновку, що летальний постріл було зроблено в порядку самооборони, а тому відповідний поліцейський не буде притягнутий до відповідальності. Заявники отримали право на доступ до матеріалів справи. Вони оскаржили рішення прокурора про відмову в порушенні справи проти поліцейського, але це рішення було залишено в силі апеляційним судом, в якому розгляд справи та прийняття рішення не були відкритими.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«283. За твердженням заявників, навіть якщо припустити, що насильство, заподіяне Moravia Ramsahai, мало на меті здійснити його «законний арешт», офіцери поліції зробили це без належного планування. Вони нехтували можливість запросити відповідну інформацію, подальші вказівки або підкріплення, що могло максимально зменшити ризик позбавлення життя.

(…)

286. Суд повторює, що винятки, викладені в пункті 2 статті 2 Конвенції, вказують на те, що це положення поширюється лише на навмисне вбивство. Текст статті 2, прочитаний у цілому, показує, що пункт 2 не визначає випадків, коли дозволяється умисно вбивати, але описує ситуації, коли дозволяється «використовувати силу», що може призвести до непередбаченого результату –

позбавлення життя. Проте застосування сили має бути не більше ніж «виключно необхідним» для досягнення однієї з цілей, викладених в підпунктах а), б) або в) пункту 2 статті 10 Конвенції.

287. У цьому відношенні використання терміна «виключно необхідне» в пункті 2 статті 2 вказує на те, що слід застосувати більш суворе та більш обґрунтоване випробування необхідності, ніж це звичайно застосовується при визначенні того, чи діяння держави є «необхідними в демократичному суспільстві» відповідно до других пунктів статей 8–11 Конвенції. Зокрема, використовувана сила повинна бути строго пропорційною досягненню цілей, викладених в підпунктах 2 (a), (b) та (c) пункту 2 статті 10 Конвенції.

288 (…) Суд погоджується з висновком Палати, що смертельний постріл, зроблений офіцером поліції, був «виключно необхідним» як цей термін має розумітися відповідно до статті 2 Конвенції.

289. Таким чином, Суд вважає, що дії, що призвели до смерті Moravia Ramsahai, не порушували статті 2 Конвенції». [Ramsahai and Others v. the Netherlands (52391/99). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–80563]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 118 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

118.4.1. Положення статей 36–38 КК України щодо необхідної оборони та затримання особи, що вчинила злочин, в цілому відповідають положенням норм міжнародного права, які визнають законним застосування сили із заподіянням смерті, а також практиці ЄСПЛ.

(Див.: 118.1.1–118.1.3)

Зокрема, в оцінці правомірності застосування сили, яка може призвести (призвела) до заподіяння смерті, акти міжнародного права та ЄСПЛ вказують на необхідність дотримання принципу строгої пропорційності між застосованою силою та цілями, які її обумовлюють *(див.:118.3.3 – п. 287)*. Так само нічим іншим, як принципом пропорційності, є передбачена у статтях 35 і 38 КК України умова правомірності необхідної оборони (затримання особи, що вчинила злочин), а саме: відсутність явної невідповідності оборони небезпечності посягання або обстановці захисту (обстановці затримання злочинця).

118.4.2. Норми міжнародного права встановлюють більш жорсткі обмеження для використання сили працівниками правоохоронних органів.

Статті 36–38 КК України поширюються рівномірно як на дії працівників правоохоронних органів під час виконання службових обов'язків, так і на будь-яких осіб, які діють у стані необхідної оборони чи затримання особи, що вчинила злочин, і забороняють умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту (обстановці затримання злочинця).

Натомість норми міжнародного права висувають більш конкретні вимоги щодо правомірності застосування сили саме співробітниками правоохоронних органів.

Прийнятий Генеральною асамблеєю ООН Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку дозволяє (ст. 3) застосовувати силу тільки в разі крайньої необхідності. Це означає, що дії працівників правоохоронних органів у стані необхідної оборони та при затриманні правопорушників визнаються неправомірними, якщо умисно заподіяна правопорушнику шкода є більш значною, ніж відвернена шкода. Статті 36–38 КК України такої вимоги не містять.

Так само ст. 9 Основних принципів Організації Об'єднаних Націй щодо використання сили і вогнепальної зброї посадовими особами правоохоронних органів визнає правомірним навмисне застосування сили зі смертельними наслідками лише тоді, коли воно виключно необхідне для захисту життя.

Невідповідність зазначеним положенням міжнародного права норм національного законодавства щодо правомірності необхідної оборони та затримання особи, що вчинила злочин, означає певну імовірність винесення ЄСПЛ рішень про визнання відповідних дій співробітників українських правоохоронних органів такими, що порушують право людини на життя (ст. 2 Конвенції).

118.4.3. Відповідно до ст. 38 КК України не визнаються злочинними дії потерпілого та інших осіб безпосередньо після вчинення посягання, спрямовані на затримання особи, яка вчинила злочин. Норми міжнародного права, а також практика ЄСПЛ дозволяють конкретизувати умови правомірності застосування працівниками правоохоронних органів вогнепальної зброї (з дотриманням вимоги крайньої необхідності):

1) працівник правоохоронного органу представляється як такий і дає чітке попередження про намір застосувати вогнепальну зброю, надаючи достатньо часу для відповідної реакції на це попередження, за винятком тих випадків, коли ці дії створюють для працівника непотрібну небезпеку або створюють небезпеку смерті або нанесення серйозної шкоди іншим особам, або ж були б явно недоречними або непотрібними при обставинах в умовах інциденту (*див.: 118.1.1 – п. 10*);

2) працівник правоохоронного органу має право (*див.:118.1.1 – п. 9*) застосовувати зброю проти людей в умовах необхідної оборони від:

– неминучої загрози його життю чи життю інших людей;

– неминучої загрози серйозного поранення його чи інших людей (загрози заподіяння тяжких тілесних ушкоджень);

– з метою попередження злочину, що створює реальну загрозу для його життя чи життя інших людей.

3) працівник правоохоронного органу має право застосовувати зброю для (*див.: 118.1.1 – п. 9; 118.1.2 – ст. 3; 118.2.1 – п. 95*):

– затримання правопорушника, який чинить збройний опір;

– затримання неозброєного правопорушника, який іншим чином ставить під загрозу життя людей;

– запобігання втечі правопорушника, який становить загрозу для життя людей чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень.

118.4.4. Заподіяння смерті з необережності при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця, не є кримінально караним. Наразі ЄСПЛ неодноразово вказував, що ст. 2 Конвенції охоплює не тільки умисне вбивство, але і ситуації, коли законне використання сили може призвести до необережного позбавлення життя (див.: 118.2.2 і 118.2.3).

Це означає імовірність визнання ЄСПЛ порушень прав людини за скаргами на відсутність кримінального провадження за фактами заподіяння співробітниками правоохоронних органів смерті з необережності при перевищенні ними меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця.

Стаття 119. Вбивство через необережність

1. Вбивство, вчинене через необережність, –

карається обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Вбивство двох або більше осіб, вчинене через необережність, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

Стаття 120. Доведення до самогубства

1. Доведення особи до самогубства або до замаху на самогубство, що є наслідком жорстокого з нею поводження, шантажу, систематичного приниження її людської гідності або систематичного протиправного примусу до дій, що суперечать її волі, схиляння до самогубства, а також інших дій, що сприяють вчиненню самогубства, –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Те саме діяння, вчинене щодо особи, яка перебувала в матеріальній або іншій залежності від винуватого, або щодо двох або більше осіб, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Діяння, передбачене частинами першою або другою цієї статті, якщо воно було вчинене щодо неповнолітнього, –

карається позбавленням волі на строк від семи до десяти років.

(Стаття 120 із змінами, внесеними згідно із Законом № 2292-VIII від 08.02.2018)

Стаття 121. Умисне тяжке тілесне ушкодження

1. Умисне тяжке тілесне ушкодження, тобто умисне тілесне ушкодження, небезпечне для життя в момент заподіяння, чи таке, що спричинило втрату будь-якого органу або його функцій, каліцтво статевих органів, психічну хворобу або інший розлад здоров'я, поєднаний зі стійкою втратою працездатності не менш як на одну третину, або переривання вагітності чи непоправне знівечення обличчя, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

2. Умисне тяжке тілесне ушкодження, вчинене способом, що має характер особливого мучення, або вчинене групою осіб, а також з метою залякування потерпілого або інших осіб, чи з мотивів расової, національної або релігійної нетерпимості, або вчинене на замовлення, або таке, що спричинило смерть потерпілого, –

карається позбавленням волі на строк від семи до десяти років.

(Стаття 121 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1707-VI від 05.11.2009, № 2227-VIII від 06.12.2017)

Стаття 122. Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження

1. Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження, тобто умисне ушкодження, яке не є небезпечним для життя і не потягло за собою наслідків, передбачених у статті 121 цього Кодексу, але таке, що спричинило тривалий розлад здоров'я або значну стійку втрату працездатності менш як на одну третину, –

карається виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені з метою залякування потерпілого або його родичів чи примусу до певних дій або з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, –

караються позбавленням волі від трьох до п'яти років.

(Стаття 122 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1707-VI від 05.11.2009)

Стаття 123. Умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне у стані сильного душевного хвилювання

Умисне тяжке тілесне ушкодження, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, викликаного жорстоким поводженням, або таким, що принижує честь і гідність особи, а також за наявності системного характеру такого поводження з боку потерпілого, –

карається громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до двох років.

(Стаття 123 із змінами, внесеними згідно із Законом № 2227-VIII від 06.12.2017)

§1. Норми міжнародного права
щодо посягань на здоров'я людини

121.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«Стаття 3. Заборона катування
Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

121.1.2. Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами

(Рада Європи, від 11.05.2011)

(щодо ратифікації див.: Закон від 06.12.2017 № 2227-VIII)

«***Стаття 38. Каліцтво жіночих геніталій***

Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб було криміналізовано такі форми умисної поведінки:

a) видалення, інфібуляція або здійснення будь-якого іншого каліцтва в цілому або частково великих статевих губ, малих статевих губ або клітора;

b) примушування жінки до того, щоб вона зазнала актів, перелічених у підпункті «a», або схилення її до цього;

c) підбурювання, примушування дівчини до того, щоб вона зазнала актів, перелічених у підпункті «a», або схилення її до цього.

(…)

Стаття 42. Неприйнятні виправдання злочинів, у тому числі злочини, учинені в ім'я так званої «честі»

1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб у кримінальному провадженні, розпочатому після вчинення будь-якого з актів насильства, які підпадають під сферу застосування цієї Конвенції, культура, звичаї, релігія, традиція або так звана «честь» не розглядалися як виправдання таких актів. Це охоплює, зокрема, заяви про те, що жертва порушила культурні, релігійні, соціальні чи традиційні норми або звичаї належної поведінки.

2. Сторони вживають необхідних законодавчих заходів для забезпечення того, щоб підбурювання будь-якою особою стосовно дитини вчинити будь-який з актів, зазначений у пункті 1, не зменшувало кримінальної відповідальності такої особи за вчинені акти». [Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами. (Рада Європи, від 11.05.2011). https://rm.coe.int/1680096e45]

121.1.3. Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210)

(Рада Європи, від 11.05.2011)

«***Стаття 38. Каліцтво жіночих геніталій***

198. Зважаючи на характер каліцтва жіночих статевих органів, це вважається одним з тих злочинів, які порушують принцип гендерної нейтральності кримінального законодавства, що становить частину цієї Конвенції. У цій статті передбачено злочин за фактом каліцтва жіночих статевих органів, жертвами якого стають жінки чи дівчатка. Вона спрямована на криміналізацію традиційної практики видалення певних частин жіночих статевих органів, характерної для деяких спільнот, які застосовують її до жіночого населення. Автори вважали за необхідне віднести каліцтво жіночих статевих органів до кримінального злочину в цій Конвенції, бо така практика призводить до незворотної шкоди на все життя й застосовується без згоди жертви.

199. Пунктом «a» криміналізується акт видалення, інфібуляції або будь-яке інше каліцтво в цілому або частково великих статевих губ, малих статевих губ або клітора, зокрема, якщо це роблять медичні працівники, згідно з вимогами Резолюції 61.16 Всесвітньої асамблеї охорони здоров'я ВООЗ з питань прискорення заходів боротьби за ліквідацію каліцтва жіночих статевих органів. Термін «видалення» стосується часткового або повного видалення клітора або малих статевих губ. «Інфібуляція», з іншого боку, означає звуження входу до піхви через створення щільного кільця в результаті обрізання внутрішніх статевих губ. Термін «будь-яке інше каліцтво» означає будь-які інші фізичні зміни на жіночих статевих органах.

200. Підпункт «b», з іншого боку, передбачає факт співучасті з правопорушником в актах, передбачених у пп. «a», шляхом примусу або схиляння жінки до видалення, інфібуляції або каліцтва великих статевих губ, малих статевих губ або клітора. В цій частині застосування положення обмежується лише повнолітніми жертвами.

201. Підпункт «c» криміналізує факт підбурювання, примушування дівчини до того, щоб вона зазнала актів, перелічених у підпункті «a», або схилення її до видалення, інфібуляції або каліцтва великих статевих губ, малих статевих губ або клітора. Ця частина положення обмежується лише жертвами-дівчатками і охоплює ситуації, коли будь-хто (зокрема батьки, дідусі чи бабусі або інші родичі) примушують свою доньку або родичку до цієї процедури. Автори вважали за необхідне розрізнити жертв, які є повнолітніми особами та дівчатками, бо не хотіли криміналізувати підбурювання жінок до будь-яких актів, передбачених у пп. «a».

202. В порядку застосування положень пп. «в», «c» особа не повинна вважатися такою, що вчинила умисне діяння, просто тому, що злочин за фактом підбурювання, примушування або схиляння був передбачуваний. Дії особи також мають спричиняти діяння, передбачені в пп. «a».

(…)

Стаття 42. Неприйнятні виправдання злочинів, в тому числі злочинів в ім'я так званої «честі»

216. Автори заклали в цій Конвенції важливий загальний принцип: нікому в юрисдикції судів однієї із Сторін Конвенції не дозволяється вдаватися до аргументів про свою культуру, релігію або іншу форму особистої причини на виправдання вчинення того, що є просто ознакою кримінального злочину, тобто насильства стосовно жінок. У сфері злочинів в ім'я так званої «честі» автори мали намір забезпечити, щоб злочини, спрямовані на покарання жертви за її поведінку, не мали виправдань. Відповідно, п. 1 цієї статті на Сторони покладено обов'язок забезпечити, щоб аргументи щодо культури, звичаїв, релігії, традиції або так званої «честі» не вважалися виправданням будь-яких актів насильства, охоплених цією Конвенцією. Це означає, що до Сторін висувається вимога забезпечити недопущення кримінальним і кримінально-процесуальним законом можливості для обвинувачуваної особи виправдовувати свої діяння тим, що він (вона) намагалися запобігти або покарати жертву за те, що викликало підозру, відчувалося або дійсно було порушенням культурних, релігійних, соціальних або традиційних норм належної поведінки.

217. Крім того, це положення вимагає від Сторін забезпечити, щоб особисті переконання чи індивідуальні вірування представників суду не призводили до тлумачень закону, які можуть привести до виправдання на будь-яких вищезгаданих засадах. Отже, п. 1 посилює для окремої сфери кримінального права зобов'язання, яке міститься в п. 5 статті 12 Конвенції.

218. Щоб уникнути кримінальної відповідальності, повнолітні члени сім'ї або громадяни нерідко підбурюють неповнолітніх дітей до подібних діянь. Виходячи з цього, автори вважали за необхідне запровадити в п. 2 кримінальну відповідальність підбурювача (підбурювачів) на такі злочини, щоб уникнути прогалин у кримінальній відповідальності. Пункт 2 поширюється на діяння, передбачені в цій Конвенції, коли головним правопорушником виступає дитина, але не поширюється на правопорушення, передбачені у статтях 38 (b), 38 (c), 41». [Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210) (Рада Європи, від 11.05.2011) https://rm.coe.int/1680096e45]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо посягань на здоров'я людини

121.2.1. Справа «Laskey and others v. The United Kingdom»

«43. Суд вважає, що одна з функцій, покладених на державу, полягає в тому, щоб прагнути до регулювання за допомогою кримінального переслідування діяльності, пов'язаної з нанесенням фізичної шкоди. Це так, незалежно від того, чи вчинюються відповідні дії в ході сексуальної поведінки чи іншим способом». [Laskey and others v. The United Kingdom (21627/93; 21628/93; 21974/93). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58021] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо посягань на здоров'я людини

121.3.1. Справа «Laskey and others v. The United Kingdom»
Фактичні обставини:

У 1987 році в ході звичайних розслідувань з інших питань поліція отримала відеофільми, які були зняті під час садомазохістських зустрічей за участю заявників та до сорока чотирьох гомо-

сексуальних чоловіків. У результаті заявникам з декількома іншими чоловіками було пред'явлено звинувачення у низці злочинів, у тому числі спричинення тілесних ушкоджень, які мали місце протягом десятирічного періоду.

Діяння складалися в основному з поганого поводження з геніталіями (наприклад, за допомогою гарячого воску, наждачного паперу, рибальських гачків і голок) і ритуальним побиттям – руками або з різними знаряддями, включаючи кропиву, пояси з шипами. Були випадки, коли заподіяння травм приводили до значної кровотечі і залишали шрами. Ці заходи були узгодженими і проводилися наодинці без будь-яких очевидних цілей, крім досягнення сексуального задоволення.

Заходи проводилися в ряді місць, включаючи приміщення, обладнані як «камери тортур». Відеокамери використовувалися для запису подій, а касети були скопійовані і розподілені серед членів групи. Не було ніяких припущень про те, що стрічки були продані або використовувалися інакше, ніж членами групи.

Заявники визнали себе винними у звинуваченнях у насильстві після того, як суддя постановив, що вони не можуть покладатися на згоду «жертв».

19 грудня 1990 року обвинувачені були засуджені до різних строків тюремного ув'язнення за різними звинуваченнями, у т. ч. за насильство із заподіянням серозних тілесних ушкоджень. Апеляційна інстанція зменшила строки покарання і залишила в іншому вироки без змін.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«35. Заявники стверджували, що їх звинувачення і обвинувальні вироки за насильство і тілесні ушкодження в ході узгодженої садомазохістської діяльності між дорослими порушували статтю 8 Конвенції.

36. (…) Виходячи з того, що звинувачення і засудження заявників є втручанням в їхнє особисте життя, виникає питання, чи було таке втручання «необхідним у демократичному суспільстві» за змістом другого абзацу статті 8 «Право на повагу до приватного і сімейного життя».

(…)

41. Комісія зазначила, що ті ушкодження, які були або могли бути спричинені діяльністю заявників, були суттєвими за ступенем, а також, що поведінка, про яку йшлося, була, з будь-якого погляду екстремального характеру. Тому органи державної влади діяли в межах своєї компетенції, щоб захистити своїх громадян від реального ризику серйозної фізичної шкоди або серйозних травм.

42. Відповідно до сформованої прецедентної практики Суду, поняття необхідності має на увазі, що втручання відповідає нагальній соціальній необхідності і, зокрема, що воно пропорційне законній меті.

(…)

44. Визначення рівня шкоди, який повинен бути допущений законом у ситуаціях, коли жертва погоджується, є питанням для відповідної держави, оскільки те, що поставлено на карту, пов'язано, з одного боку, з міркуваннями громадської охорони здоров'я і загальним стримуючим ефектом кримінального права, а з іншого – з особистою автономією особистості.

45. Заявники стверджували, що в обставинах справи, що розглядається, поведінка є частиною приватної моралі, яка не регулюється державою. У їхньому уявленні питання, за які вони були притягнуті до відповідальності і засуджені, стосувалися тільки особистої сексуальної поведінки.

Суд не переконаний у цьому твердженні. Із фактів, встановлених національними судами, видно, що садомазохістська діяльність заявників мала значний ступінь тілесних ушкоджень або поранень, які не можна було охарактеризувати як дріб'язкові. (…)

46. Суд також не приймає заяву заявників про те, що жертвами проти них не було висунуто звинувачення, оскільки травми не були серйозними й оскільки ніякого медичного лікування не було потрібно.

(…)

47. Заявники також заявили, що вони були засуджені частково через упередженість влади проти гомосексуалістів (…)

Суд не знаходить доказів на підтримку цих тверджень заявників. У цьому відношенні він нагадує зауваження судді при винесенні вироку про те, що «незаконне поводження, яке зараз знаходиться перед судом, буде розглядатися одноковою мірою в разі судового переслідування гетеросексуалів або бісексуалів».

(…)

48. Отже, Суд вважає, що підстави до застосування заходів, вжитих щодо заявників, є легітимними і достатніми для цілей статті 8 п. 2.

49. Залишається встановити, чи були ці заходи пропорційним законній меті або поставленим цілям.

Суд зазначає, що звинувачення в насильстві були численними і стосувалися незаконної діяльності, яка проводилася більше десяти років. Проте тільки кілька епізодів були відібрані для включення в справу звинувачення. Він також зазначає, що (…) апеляцією були скорочені строки покарання. За цих обставин заходи, що були застосовані проти заявників, не можуть розглядатися як непропорційні.

50. У цілому Суд вважає, що національні органи влади мають право вважати, що звинувачення і засудження заявників були необхідні в демократичному суспільстві для захисту здоров'я за змістом статті 8 п. 2 Конвенції». [Laskey and others v. The United Kingdom (21627/93; 21628/93; 21974/93). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58021]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 121–123 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

121.4.1. Умисне заподіяння за згодою потерпілої особи тяжких тілесних ушкоджень кваліфікується за відповідною частиною ст. 121 КК України.

(Див.: 121.3.1)

У наведеному рішенні у справі «Laskey and others v. The United Kingdom», як і в інших рішеннях ЄСПЛ, в яких розглядається заподіяння шкоди здоров'ю, за контекстом фактичних обставин можна дійти висновку, що «серйозна шкода здоров'ю» та «серйозні поранення, «каліцтво» дорівнюють за змістом тяжким тілесним ушкодженням, як вони визначені в ст. 121 КК України.

Якщо такі дії поєднані з іншими суспільно небезпечними діяннями, вчинене кваліфікується за сукупністю злочинів (ст. 121 та, наприклад, ст. 181 КК України).

121.4.2. Включення до ознак тяжкого тілесного ушкодження такого наслідку, як «каліцтво статевих органів» вимагає внесення відповідних змін до Правил судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень (затверджені наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17.01.1995 р. №6)

Наразі слід враховувати, що згідно зі ст. 38 Конвенції про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (*див.: 121.1.2*), а також з урахуванням Пояснювальної доповіді до неї (*див.: 121.1.3*) під каліцтвом статевих органів слід, зокрема, розуміти:

– часткове або повне видалення статевих губ, малих статевих губ або клітора;

– інфібуляцію, тобто звуження входу до піхви через створення щільного кільця в результаті обрізання внутрішніх статевих губ;

– здійснення будь-яких інших фізичних змін на жіночих статевих органах без медичних показань.

121.4.3. При вчинені тяжкого тілесного ушкодження у формі «каліцтво статевих органів» потерпілим може бути особа як жіночої, так і чоловічої статі.

Сумніви в наведеному висновку можуть виникнути з огляду на те, що така дія, як «каліцтво статевих органів», внесена в диспозицію ч. 1 ст. 121 КК України Законом № 2227-VIII від 06.12.2017 «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами». У свою чергу, зазначена Конвенція вимагає від

країн-учасниць криміналізувати «каліцтво жіночих геніталій» (*див.: 121.4.2*). Однак диспозиція ч. 1 ст. 121 КК України не містить обмежень стосовно статті потерпілої особи.

121.4.4. Добровільну згоду повнолітньої потерпілої особи на спричинення їй тілесних ушкоджень необхідно визнати обставиною, що пом'якшує покарання (ч. 2 ст. 66 КК України), з тим, щоб таке покарання визнавалося необхідним і дозволеним втручанням у демократичному суспільстві в приватне життя. За умови пропорційності призначеного покарання це значно зменшить імовірність задоволення Європейським судом скарги на порушення п. 2 ст. 8 Конвенції.
(Див.: 121.3.1 – п. 44).

121.4.5. Згода неповнолітньої особи на спричинення їй тяжких тілесних ушкоджень не може розглядатися як обставина, що пом'якшує покарання. Навпаки, в таких випадках можуть бути такі обставини, які обтяжують покарання:
– вчинення злочину на ґрунті статевої приналежності (у випадку каліцтва жіночих статевих органів) – п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України;
– вчинення злочину щодо особи, яка перебуває в безпорадному стані, або особи, яка страждає на психічний розлад, зокрема на недоумство, має вади розумового розвитку, а також вчинення злочину щодо малолітньої дитини або у присутності дитини – п. 6 ч. 1 ст. 67 КК України;
– вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких стосунках – п. 6–1 ч. 1 ст. 67 КК України.
(Див. також: 121.1.2 – підпункти «b» і «c»)

Стаття 124. Умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця

Умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вчинене у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця, –
карається громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років.

Стаття 125. Умисне легке тілесне ушкодження

1. Умисне легке тілесне ушкодження –
карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк до двохсот годин, або виправними роботами на строк до одного року.
2. Умисне легке тілесне ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності, –
карається штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин або виправними роботами на строк до одного року, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років.
(Стаття 125 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 126. Побої і мордування

1. Умисне завдання удару, побоїв або вчинення інших насильницьких дій, які завдали фізичного болю і не спричинили тілесних ушкоджень, –
карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк до двохсот годин, або виправними роботами на строк до одного року.
2. Ті самі діяння, що мають характер мордування, вчинені групою осіб, або з метою залякування потерпілого чи його близьких, або з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

(Стаття 126 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1707-VI від 05.11.2009)

Стаття 126[1]. Домашнє насильство

Домашнє насильство, тобто умисне систематичне вчинення фізичного, психологічного або економічного насильства щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, що призводить до фізичних або психологічних страждань, розладів здоров'я, втрати працездатності, емоційної залежності або погіршення якості життя потерпілої особи, –

карається громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до двох років.

(Кодекс доповнено статтею 146[1] згідно Закону № 2227-VIII від 06.12.2017)

§1. Норми міжнародного права
щодо протидії домашньому насильству

126[1].1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 3. Заборона катування***
Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню.
(…)
Стаття 8. Право на повагу до приватного і сімейного життя
1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції.
2. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб». Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

126[1].1.2. Захист жінок від насильства
(Рада Європи, Комітет міністрів, Рекомендації Rec(2002)5)
«Додаток до Рекомендацій
Додаткові заходи щодо насильства в сім'ї
Держави-члени покликані:
38. забезпечити, щоб усі жертви насильства мали змогу порушити питання про кримінальне провадження, а також, де це доцільно, це мали можливість зробити державні чи приватні організації, що мають правосуб'єктність, і які діють на його захист разом із жертвами або від їх імені;
39. встановлювати положення, які гарантують, що кримінальне провадження може бути порушено прокурором;
40. заохочувати прокурорів розглядати насильство щодо жінок та дітей як обтяжуючий чи вирішальний чинник під час ухвалення рішення щодо доречності відкриття кримінального провадження в суспільних інтересах;
41. вжити всіх необхідних заходів для забезпечення того, щоб на всіх стадіях провадження, враховувався фізичний та психологічний стан потерпілих і що вони могли отримати медичну та психологічну допомогу;
55. розглядати як кримінальний злочин будь-який акт насильства, здійснений в сім'ї;

56. переглянути і/або, при необхідності, збільшити покарання, передбачені за нанесення умисних тілесних ушкоджень, в тих випадках, коли ці акти були здійснені в сім'ї, незалежно від того, на якого члена сім'ї вони були спрямовані;

57. не допускати, щоб подружня зрада розглядалася як прийнятне виправдання фізичного насильства, що здійснюється в сім'ї;

58. передбачити можливість вжиття заходів з тим, щоб:

a. дозволити силам поліції проникати в житло, в якому перебуває особа, що піддається небезпеці, з метою затримати винуватця насильства і зробити все необхідне для того, щоб він / вона постав/ла перед суддею». [Council of Europe. Recommendation Rec 5 of the Committee of Ministers to member States on the protection of women against violence. https://rm.coe.int/09000016805e2612]

126[1].1.3. Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами

(Рада Європи, від 11.05.2011)

(Щодо ратифікації див.: Закон від 06.12.2017 № 2227-VIII)

«***Стаття 33. Психологічне насильство***

Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб умисну поведінку, яка призводить до тяжкого порушення психічної цілісності шляхом примушування або погроз, було криміналізовано.

Стаття 34. Переслідування

Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб умисну поведінку, яка полягає в повторному здійсненні загрозливої поведінки, спрямованої на іншу особу, що змушує його чи її боятися за свою безпеку, було криміналізовано.

Стаття 35. Фізичне насильство

Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб умисну поведінку, яка полягає у вчиненні актів фізичного насильства проти іншої особи, було криміналізовано.

(…)

Стаття 42. Неприйнятні виправдання злочинів, у тому числі злочини, учинені в ім'я так званої «честі»

1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб у кримінальному провадженні, розпочатому після вчинення будь-якого з актів насильства, які підпадають під сферу застосування цієї Конвенції, культура, звичаї, релігія, традиція або так звана «честь» не розглядалися як виправдання таких актів. Це охоплює, зокрема, заяви про те, що жертва порушила культурні, релігійні, соціальні чи традиційні норми або звичаї належної поведінки.

2. Сторони вживають необхідних законодавчих заходів для забезпечення того, щоб підбурювання будь-якою особою стосовно дитини вчинити будь-який з актів, зазначений у пункті 1, не зменшувало кримінальної відповідальності такої особи за вчинені акти.

Стаття 43. Настання відповідальності за кримінальні правопорушення

Відповідальність за правопорушення, установлені відповідно до цієї Конвенції, настає незалежно від характеру відносин між жертвою та правопорушником.

Стаття 44. Юрисдикція

(…)

4. Для кримінального переслідування правопорушень, установлених відповідно до статей 36, 37, 38 та 39 цієї Конвенції, Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб їхня юрисдикція стосовно підпунктів «d» та «e» пункту 1, не залежала від умови, що кримінальне переслідування може бути розпочато тільки після повідомлення жертви правопорушення або надання інформації державою, на території якої було вчинено правопорушення.

(…)

Стаття 45. Санкції та заходи

1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення покарання ефективними, пропорційними та переконливими санкціями за вчинення правопорушень, установлених відповідно до цієї Конвенції, з урахуванням ступеня їхньої тяжкості. Ці санкції охоплюють, де це доречно, вироки, що передбачають позбавлення волі, що може стати підставою для екстрадиції.

2. Сторони можуть приймати інші заходи стосовно правопорушників, як-от:

– моніторинг або нагляд стосовно засуджених осіб;

– позбавлення батьківських прав, якщо найкращі інтереси дитини, які можуть охоплювати безпеку жертви, не можуть бути гарантовані в будь-який інший спосіб». [Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами. (Рада Європи, від 11.05.2011). https://rm.coe.int/1680096e45]

126[1].1.4. Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210)

(Рада Європи, від 11.05.2011)

«***Стаття 33. Психологічне насильство***

179. У цій статті передбачено злочин з психологічним насильством. Автори погодилися на запровадження кримінальних санкцій за будь-яку умисну поведінку, яка призводить до тяжкого порушення психічної цілісності шляхом примушування або погроз. Слово «умисна» тлумачиться внутрішнім законодавством, але вимога щодо умисної поведінки пов'язана з ознаками злочину.

(…)

181. Це положення стосується тривалої поведінки, а не поодиноких випадків. Воно припускає кримінальну природу характерно жорстокої поведінки протягом тривалого часу – в сім'ї або за її межами. Психологічному насильству нерідко передує або супроводжує фізичне й сексуальне насильство в інтимних стосунках (домашнє насильство). (…)

Стаття 34. Переслідування

182. У цій статті передбачено злочин переслідування, який означає умисну й загрозливу поведінку стосовно іншої особи: така поведінка лякає особу або змушує її боятися за свою безпеку. Це означає загрозливу поведінку, яка повторюється, стосовно визначеної особи, а наслідком такої поведінки стає почуття страху, яке вселяється в неї. Загрозлива поведінка може проявлятися в постійному слідуванні за особою, небажаному спілкуванні з іншою особою або в доведенні до відома цієї особи факту, що за нею стежать. Це передбачає фізичне слідування за особою, появу на місці роботи, в спортивних або навчальних закладах, а також стеження за особою у віртуальному світі (в чатах, на сторінках соціальних мереж тощо). Небажане спілкування передбачає прагнення до будь-якого активного спілкування з жертвою з допомогою будь-яких наявних засобів спілкування, зокрема сучасних засобів зв'язку та інформаційно – комунікаційних технологій.

183. Крім того, до загрозливої поведінки можуть також належати різноманітні види поведінки, такі як псування майна іншої особи, залишення непомітних слідів контакту з особистими речами особи, дії, спрямовані на домашню тварину особи, фальшиві імена або поширення неправдивої інформації в інтернеті.

184. Для цілей цього положення будь-який акт подібної загрозливої поведінки має чинитися умисно і з наміром вселити в цю особу почуття страху.

185. Це положення стосується поведінки, яка повторюється і складається з повторних серйозних випадків. Воно має на меті охоплення кримінальної природи характерної поведінки, окремі ознаки якої самі по собі не завжди тягнуть на кримінальну поведінку. Ним охоплюється поведінка, спрямована безпосередньо на жертву. Водночас Сторони можуть також поширити його дію на поведінку стосовно будь-якої особи в соціальному колі жертви, зокрема членів сім'ї, друзів і колег. Досвід з питань переслідування жертв свідчить про те, що багато хто з переслідувачів, не зупиняється лише на своїй жертві й нерідко переслідує близьких до неї осіб. Це часто поглиблює відчуття страху та втрати контролю над ситуацією, а тому може охоплюватися цим положенням.

(…)

Стаття 35. Фізичне насильство

187. Цією статтею криміналізується будь-який умисний акт фізичного насильства стосовно іншої особи незалежно від контексту, в якому він відбувається.

188. Термін «фізичне насильство» стосується тілесних ушкоджень у результаті застосування безпосередньої й неправомірної фізичної сили. Він також передбачає насильство, яке призводить до загибелі жертви.

(…)

Стаття 42. Неприйнятні виправдання злочинів, в тому числі злочинів в ім'я так званої «честі»

216. Автори заклали в цій Конвенції важливий загальний принцип: нікому в юрисдикції судів однієї із Сторін Конвенції не дозволяється вдаватися до аргументів про свою культуру, релігію або іншу форму особистої причини на виправдання вчинення того, що є просто ознакою кримінального злочину, тобто насильства стосовно жінок. У сфері злочинів в ім'я так званої «честі» автори мали намір забезпечити, щоб злочини, спрямовані на покарання жертви за її поведінку, не мали виправдань. Відповідно, п. 1 цієї статті на Сторони покладено обов'язок забезпечити, щоб аргументи щодо культури, звичаїв, релігії, традиції або так званої «честі» не вважалися виправданням будь-яких актів насильства, охоплених цією Конвенцією. Це означає, що до Сторін висувається вимога забезпечити недопущення кримінальним і кримінально-процесуальним законом можливості для обвинувачуваної особи виправдовувати свої діяння тим, що він (вона) намагалися запобігти або покарати жертву за те, що викликало підозру, відчувалося або дійсно було порушенням культурних, релігійних, соціальних або традиційних норм належної поведінки.

217. Крім того, це положення вимагає від Сторін забезпечити, щоб особисті переконання чи індивідуальні вірування представників суду не призводили до тлумачень закону, які можуть привести до виправдання на будь-яких вищезгаданих засадах. Отже, п. 1 посилює для окремої сфери кримінального права зобов'язання, яке міститься в п. 5 статті 12 Конвенції.

218. Щоб уникнути кримінальної відповідальності, повнолітні члени сім'ї або громадяни нерідко підбурюють неповнолітніх дітей до подібних діянь. Виходячи з цього, автори вважали за необхідне запровадити в п. 2 кримінальну відповідальність підбурювача (підбурювачів) на такі злочини, щоб уникнути прогалин у кримінальній відповідальності. Пункт 2 поширюється на діяння, передбачені в цій Конвенції, коли головним правопорушником виступає дитина, але не поширюється на правопорушення, передбачені у статтях 38 (b), 38 (c), 41.

Стаття 43. Настання відповідальності за кримінальні правопорушення

219. Велику кількість злочинів, передбачених цією Конвенцією, становлять злочини, які зазвичай вчиняють члени сім'ї, інтимні партнери або інші особи в безпосередньому соціальному оточенні жертви. В минулій практиці держав – членів Ради Європи існує багато прикладів застосування винятків у кримінальному провадженні в таких справах (в законодавстві або на практиці) у тих випадках, коли жертва і кривдник були, наприклад, одружені або мали стосунки. Найвідоміший приклад цього – справа за фактом зґвалтування одним із подружжя, що протягом тривалого часу не визнавали зґвалтуванням через стосунки між жертвою та кривдником.

220. Виходячи з цього, автори вважали за необхідне запровадити принцип, за яким форма стосунків між жертвою та кривдником не повинна перешкоджати настанню відповідальності за вчинення будь-яких злочинів, передбачених цією Конвенцією.

Стаття 44. Юрисдикція

221. У цій статті передбачено різні вимоги до Сторін щодо встановлення юрисдикції над порушеннями, яких стосується Конвенція.

(…)

228. У п. 4 автори хотіли заборонити підпорядкування відкриття провадження в найтяжчих злочинах у країні громадянства або постійного місця проживання умовам, якими в звичайному порядку вимагається звернення жертви за заявою або надання інформації державою, на території якої було вчинене правопорушення. Мета цього положення полягає в сприянні притягненню до відповідальності за злочини, вчинені за кордоном. Позаяк деякі країни не мають необхідної волі або ресурсів для розслідування за фактом окремих форм насильства стосовно жінок і домашньо-

го насильства, вимога щодо заяви жертви або висунення обвинувачень відповідними органами часто стає на заваді притягненню до відповідальності. Цей пункт поширюється тільки на правопорушення, передбачені в статті 36 (сексуальне насильство, зокрема зґвалтування), статті 37 (примусовий шлюб), статті 38 (каліцтво жіночих статевих органів), статті 39 (примусовий аборт і примусова стерилізація) та вчинені громадянами відповідної Сторони. П. 2 статті 78 про застереження дозволяє Сторонам не виконувати цю юрисдикцію або робити це лише в окремих випадках або за окремих умов». [Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами. (CETS №210) (Рада Європи, від 11.05.2011) https://rm.coe.int/1680096e45]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо відповідальності за домашнє насильство

126[1].2.1. Справа «Mudric v. The Republic Of Moldova»

«39. Суд нагадує, що жорстоке поводження має досягати мінімального рівня жорстокості, щоб підпадати під дію статті 3 Конвенції. Оцінка рівня жорстокості має відносний характер і залежить від сукупності обставин справи, таких як: характер і контекст поводження, спосіб і метод його реалізації, тривалість поводження, його фізичні та психічні наслідки і в деяких випадках стать, вік і стан здоров'я потерпілого.

(…)

43. Втручання влади в приватне або сімейне життя може стати необхідним для охорони здоров'я і захисту прав особи або з метою попередження незаконних дій при певних обставинах. Зокрема держава повинна мати у своєму розпорядженні відповідну законодавчу базу і застосовувати її для надання захисту від жорстокого поводження з боку приватних осіб.

(…)

47. (…) позитивні зобов'язання держав за статтею 3 включають, з одного боку, створення законодавчої бази, спрямованої на запобігання та покарання за жорстоке поводження з боку приватних осіб та, з іншого, якщо наявний неминучий ризик поганого поводження з конкретною особою або коли вже сталося жорстоке поводження, застосовувати відповідні закони на практиці, тим самим захищаючи жертви та караючи тих, хто винен у жорстокому поводженні». [Mudric v. The Republic Of Moldova (74839/10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–122375] (Неофіційний авторський переклад).

126[1].2.2. Справа «Eremia v. the Republic of Moldova»

«49. (…) Стаття 1 Конвенції у поєднанні зі статтею 3 накладає на держави позитивні зобов'язання щодо забезпечення того, щоб особи, які входять до їхньої юрисдикції, були захищені від усіх форм жорстокого поводження, заборонених згідно зі статтею 3, які вчинюються приватними особами. Це зобов'язання має включати в себе ефективний захист, зокрема, конкретної особи або осіб від злочинних дій третьої сторони, а також розумні заходи для запобігання жорстокому поводженню, про яке влада знала чи повинна була знати.

(…)

51. Крім того, стаття 3 Конвенції передбачає, що органи влади проводять ефективне офіційне розслідування передбачуваного жорстокого поводження, навіть якщо таке поводження було вчинено приватними особами. Для того щоб розслідування було розглянуто як «ефективне», воно, в принципі, повинно було б сприяти встановленню фактів справи, визначенню та покаранню відповідальних осіб. Це не обов'язок результату, а один із засобів. У випадках, передбачених статтями 2 та 3 Конвенції, у яких було розглянуто ефективність офіційного розслідування, Суд часто оцінював, чи негайно відповідні органи негайно реагували на скарги у відповідний час. Було розглянуто питання про відкриття розслідувань, затримки у прийнятті заявок та тривалості часу, необхідного для початкового розслідування.

52. Втручання влади з приватним та сімейним життям може стати необхідним для захисту здоров'я та прав людини або для запобігання злочинних діянь за певних обставин. З цією метою держави повинні підтримувати та застосовувати на практиці адекватну правову базу, що забезпечує захист від насильства приватних осіб». [Eremia v. the Republic of Moldova (3564/11). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–119968] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо відповідальності за домашнє насильство

126[1].3.1. Справа «Mudric v. The Republic Of Moldova»
Фактичні обставини:

Після розлучення, яке було зареєстровано за 22 роки до подій, що відбулися, заявниця проживала у власному будинку біля будинку, що належить пану АМ – її колишньому чоловікові. 31 грудня 2009 року АМ силою увійшов в будинок заявниці та побив її. Те ж саме сталося 19 лютого 2010 року в день, починаючи з якого він залишився в будинку заявниці, тоді як заявниця іноді просила притулку у своїх сусідів.

Заявниця отримала медичний висновок, який свідчить про те, що її побили 19 лютого 2010 року. Заявниця та її адвокат подали численні скарги до місцевого органу поліції, прокуратури та інших органів влади, клопочучи про захист заявниці і покарання пана АМ. Заявниця скаржилася на те, що місцевий орган поліції знав про її положенні, але не вжив жодних дій щодо її захисту.

27 березня 2010 року АМ знову побив заявницю. 30 березня 2010 року місцевий орган поліції повідомив їй про те, що події, на які вона скаржилася, підтвердилися, але вони не можуть покарати АМ, тому що він страждає на психічну хворобу.

9 червня 2010 року комісаріат поліції порушив кримінальне переслідування відносно АМ за фактом порушення недоторканності житла заявниці. Як стверджує влада, 24 червня 2010 року стосовно нього була призначений запобіжний захід у вигляді підписки про невиїзд.

4 січня 2011 року суд визнав АМ винним у порушенні недоторканності житла заявниці та звільнив його від кримінальної відповідальності, оскільки він вчинив злочин у стані неосудності. Також суд розпорядився про те, щоб АМ направили на примусове психіатричне лікування.

Внутрішнє право, що стосується справи. Кримінальний кодекс Молдови:

«Стаття 201[1]. Насильство в сім'ї

(1) Насильство в сім'ї, тобто умисне фізична або вербальна дія або бездіяльність, вчинене одним членом сім'ї по відношенню до іншого члена сім'ї, яка завдала фізичні страждання, пов'язані з легкими тілесними ушкодженнями або іншою незначною шкодою здоров'ю, моральні страждання або матеріальної чи моральної шкоди, –

карається неоплачуваним працею на користь суспільства на строк від 150 до 180 годин або позбавленням волі на строк до 2 років.

(2) Те саме діяння:

a) вчинене щодо двох або більше членів сім'ї;

b) що призвело до заподіяння тілесного ушкодження середньої тяжкості чи іншої середньої тяжкості шкоди здоров'ю, –

карається неоплачуваним працею на користь суспільства на строк від 180 до 240 годин або позбавленням волі на строк до 5 років.

(3) Те саме діяння:

a) призвело до заподіяння тяжкого тілесного ушкодження чи іншої тяжкої шкоди здоров'ю;

b) що спричинило самогубство або замах на нього;

c) що спричинило смерть жертви, карається позбавленням волі на строк від 5 до 15 років».

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«50. Із різних документів у справі видно, що органи влади добре знали про тривалу історію проблем психічного здоров'я АМ. Дійсно, він був під наглядом психіатра і вважався небезпечним для суспільства. Органам влади також було відомо, що АМ має особливо сильні негативні почуття щодо своєї колишньої дружини, заявниці, підозрюючи, що вона хоче отруїти його. Хоча ці факти автоматично не підтверджують жодної безпосередньої небезпеки для заявниці, ризик для її фізичного благополуччя став дуже чітким, коли АМ вдерся в її будинок і побив її.

51. Суд зазначає, що заявниця жінка у віці 72 років. Таким чином, вона була особливо вразливою до нападів АМ, які мали давню історію насильства над нею. АМ входив до її будинку без дозволу і залишався там більше року, тому він мав можливість насильства в будь-який час, і за-

явник знаходила притулок у сусідів. Суд вважає, що такий ризик для фізичного та психологічного благополуччя заявника був неминучим і досить серйозним, щоб вимагати від влади реагування. (…)

52. Проте їх дії були неефективними, що дозволило АМ залишатися в будинку заявника більше року після подання скарги. (…) Жодна кримінальна справа не розпочата щодо насильства як такого.

(...)

54. Це правда, що АМ в кінцевому підсумку визнавався психічно хворою людиною. Проте суди могли призначити його примусовий медичний огляд набагато раніше, якщо кримінальне провадження було розпочато раніше. У матеріалах справи або в зауваженнях Уряду немає прийнятного пояснення про затримку більше ніж одного року для цього.

55. Суд доходить висновку, що спосіб, яким органи влади розглядали справу (…) становили невиконання позитивних зобов'язань влади за статтею 3 Конвенції. Отже, у цій справі було порушення цього положення». [Mudric v. The Republic Of Moldova (74839/10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–122375]

126[1].3.2. Справа «Opuz v. Turkey»

Фактичні обставини:

З боку Н. О. постійно мали місце прояви домашнього насильства проти заявниці (дружини Н. О.) та її матері у формі нанесення побоїв, спроби наїзду автомобілем на обидвох жінок, а також нападу із нанесенням ножових поранень. Жертви повідомляли про ці прояви насильства органам влади і зазначали, що побоюються за своє життя. Кримінальні провадження, які були відкриті проти Н. О. по фактам серії правопорушень, закривалися принаймні двічі після того, як потерпілі відкликали свої скарги внаслідок погроз на свою адресу з боку Н. О. Зрештою, він вбив з вогнепальної зброї матір заявниці, виправдовуючи цей вчинок потребою захистити свою честь. Визнаний винним у вбивстві в 2008 році та засуджений до довічного ув'язнення, він був, однак, звільнений в очікуванні завершення апеляційної процедури і знову вдався до погроз на адресу своєї дружини, яка звернулася за захистом до органів влади. Останні вжили відповідних заходів лише сім місяців потому, коли ЄСПЛ звернувся з проханням надати йому інформацію стосовно цієї справи.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«126. (…) Суд вважає, що, беручи до уваги серйозність злочинів, вчинених Н. О. в минулому, органи прокуратури мали можливість продовжувати провадження у справі суспільного інтересу незалежно від відкликання поданих скарг з боку заявниці та її матері.

(…)

131. (…) Як випливає з подання сторін, найважливішим питанням у цій справі є те, чи місцева влада проявила належну обачність, щоб запобігти насильству стосовно заявника та її матері, зокрема шляхом проведення відповідних превентивних заходів проти Н. О., незважаючи на відкликання скарг потерпілими.

(…)

143. На думку Суду, не видається, що місцева влада достатньо розглянула вищезазначені фактори, коли неодноразово вирішувала припинити кримінальну справу проти Н. О. Натомість співробітники правоохоронних органів вважали дуже важливим утримуватися від втручання у те, що вони сприймали як «сімейну справу». Крім того, немає жодних ознак того, що влада розглянула мотиви відкликання потерпілими своїх скарг. Це, незважаючи на свідчення матері заявника прокурору про те, що вона та її донька відкликали свої скарги через загрози вбивством та тиск, вчинений на них Н. О. (…)

(…)

145. (…) Суд вважає, що, беручи до уваги серйозність злочинів, вчинених Н. О. в минулому, органи прокуратури мали можливість продовжувати провадження у справі заради суспільного інтересу, незважаючи на відкликання скарг потерпілими.

168. Суд повторює свою думку стосовно скарги відповідно до статті 2 Конвенції, зокрема, що законодавча база повинна була дозволити органам прокуратури проводити кримінальні розслідування проти Н. О. незважаючи на скасування скарг заявника на тій підставі, що насильство, вчинене Н. О. був достатньо серйозним, щоб забезпечити судове переслідування, і що існує постійна загроза фізичної недоторканності заявника.

(…)

176. Суд дійшов висновку, що мало місце порушення статті 3 Конвенції в результаті нездатності державних органів вжити захисних заходів у формі ефективного стримування проти серйозних порушень особистої недоторканності заявника її чоловіком. [Opuz v. Turkey (33401/02). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–92945]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 126[1] КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

126[1].4.1. При розслідувані домашнього насильства потерпілі нерідко відкликають свої скарги, що розглядається правоохоронними органами як підстава для припинення провадження. Таке рішення не відповідає нормам міжнародного права, а також позиції з цього питання ЄСПЛ.

Згідно зі ст. 43 Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (від 11.05.2011 р.) відповідальність за правопорушення, установлені відповідно до цієї Конвенції, настає незалежно від характеру відносин між жертвою та правопорушником. «Характер відносин» можна тлумачити як вузько (юридичні відносини – відносини між подружжям, відносини батьків з дітьми тощо), так і широко – зокрема, наявність чи відсутність примирення між суб'єктом і жертвою домашнього насильства (з цього приводу також див.: 44.4.5). На користь такого тлумачення свідчить також зміст п. 4 ст. 44 Конвенції від 11.05.2011 р. (див.:126[1].1.3), а також п. 228 Пояснювальної доповіді до цієї Конвенції (див.:126[1].1.4).

Проведення кримінального провадження щодо актів домашнього насильства, незважаючи на відкликання потерпілою особою своєї скарги, являє собою втручання в приватне і сімейне життя. Однак, як зазначив ЄСПЛ у п. 43 рішення у справі «Mudric v. The Republic Of Moldova», «втручання влади в приватне або сімейне життя може стати необхідним для охорони здоров'я і захисту прав особи або з метою попередження незаконних дій при певних обставинах». (див.: 126[1].2.2 і 126[1].3.1).

Необхідним таке втручання визнається, зокрема, коли воно здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві для запобігання злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб (ч. 2 ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод).

ЄСПЛ у рішенні в справі «Opuz v. Turkey» зазначив, що продовження провадження у справі про домашнє насильство обумовлене суспільним інтересом незалежно від відкликання заявником поданих ним скарг (див.: 126[1].3.2).

126[1].4.2. Під психологічним насильством (ст.126[1] КК України) розуміється умисна систематична (не менше трьох діянь) поведінка у формі: примушування потерпілого до певних дій чи бездіяльності (звільнитися з роботи, не їхати до родичів тощо); погрози вбивством, нанесенням тілесних ушкоджень, побоями, катуванням; погрози заподіяння іншої шкоди здоров'ю (наприклад, погроза зараження венеричною хворобою, вірусом імунодефіциту людини чи іншою невиліковною інфекційною хворобою); погрози позбавленням волі тощо.

(Див.: 126[1].1.4)

Коли до психічного насильства як форми домашнього насильства входить погроза вбивством, якщо були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози, вчинене охоплюється ст. 126[1] і не потребує додаткового застосування ст. 129 КК України.

126[1].4.3. Під фізичним насильством (ст. 126[1] КК України) розуміється умисне систематичне заподіяння тілесних ушкоджень, завдання побоїв, мордування чи катування, а також умисне позбавлення волі.

Умисне заподіяння легких тілесних ушкоджень, умисне завдання побоїв або вчинення інших насильницьких дій, які завдали фізичного болю і не спричинили тілесних ушкоджень, охоплюються ст. 126[1] і не потребують додаткового застосування ст. 125 чи ч. 1 ст. 126 КК України.

У випадках іншого фізичного насильства вчинене кваліфікується за ст. 126[1] та за сукупністю відповідно статей 121, 122, ч. 2, статей 126, 127 чи ст. 146 КК України.

Умисне вбивство члена подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, а також зґвалтування вказаних осіб чи сексуальне насильство стосовно них, кваліфікуються за відповідними частинами статей 115, 152 чи 153 і не потребує додаткового застосування ст. 126[1] КК України.

126[1].4.4. Під економічним насильством (ст. 126[1] КК України) слід розуміти умисне систематичне насильницьке позбавлення подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, засобів існування, примушування потерпілої особи працювати на свою користь, знищення її майна, дії, що ведуть до втрати права на спадок, тощо.

За наявності в таких діях ознак злочинів проти власності (крадіжка, вимагательство, умисне знищення майна потерпілих осіб), вчинене кваліфікується за сукупністю ст. 126[1] і відповідною статтею розд. VI Особливої частини КК України. Також цей злочин (ст. 126[1] КК) у формі економічного насильства може утворювати сукупність з експлуатацією дітей (ст. 150) та використанням малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (ст. 150[1] КК України).

126[1].4.5. Для кваліфікації вчиненого як домашнє насильство місце вчинення злочину, а також чи проживає (проживала раніше) винна особа у тому самому місці, що й потерпілий (потерпіла), чи ні, значення не мають. Наприклад, за ст. 126[1] КК України кваліфікується систематичне завдання побоїв потерпілій особі, яка має ознаки вказані в диспозиції цієї статті, на вулиці,

(Див.: 126[1].1.4 – пункт «b» ст. 3)

126[1].4.6. До «іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах» належать дитина, батько чи мати, дід чи бабуся або будь-які інші члени сім'ї жіночої чи чоловічої статі. На практиці найчастіше такими особами є так звані «співмешканці». Знову ж таки спільне проживання жертви та правопорушника не вимагається.

(Див.: 126[1].1.4 – ст. 42)

126[1].4.7. Цей злочин слід відмежовувати від адміністративного правопорушення «Вчинення домашнього насильства» (ст. 173[2] КпАП). Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» у розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але за певних обставин також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки у кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за ст. 173[2] КпАП, а потім, за те саме діяння – до кримінальної відповідальності за ст. 126[1] КК України, існує імовірність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 127. Катування

1. Катування, тобто умисне заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання шляхом нанесення побоїв, мучення або інших насильницьких дій з метою примусити потерпілого чи іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, у тому числі отримати від нього або іншої особи відомості чи визнання, або з метою покарати його

чи іншу особу за дії, скоєні ним або іншою особою чи у скоєнні яких він або інша особа підозрюється, а також з метою залякування чи дискримінації його або інших осіб –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

(Стаття 127 в редакції Законів № 2322-IV від 12.01.2005, № 270-VI від 15.04.2008; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1707-VI від 05.11.2009)

§1. Норми міжнародного права
щодо заборони катувань

127.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
*«**Статья 5.** Никто не должен подвергаться пыткам или жестоким, бесчеловечным или унижающим его достоинство обращению и наказанию». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

127.1.2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)
*«**Стаття 7.** Нікого не може бути піддано катуванню чи жорстокому, нелюдському або принижуючому гідність поводженню чи покаранню. Зокрема, жодну особу не може бути без її вільної згоди піддано медичним чи науковим дослідам». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

127.1.3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
*«**Стаття 3. Заборона катування***
Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

127.1.4. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання
(ООН, від 10.12.1984)
(ратифіковано Указом ПВР від 26.01.87)
*«**Стаття 1***
1. Для цілей цієї Конвенції термін «катування» означає будь-яку дію, якою будь-якій особі навмисне заподіюються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне, щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дії, які вчинила вона або третя особа чи у вчиненні яких вона підозрюється, а також залякати чи примусити її або третю особу, чи з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду, коли такий біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди. В цей термін не включаються біль або страждання, що виникли внаслідок лише законних санкцій, невіддільні від цих санкцій чи спричиняються ними випадково.

2. Ця стаття не завдає шкоди будь-якому міжнародному договору чи будь-якому національному законодавству, в яких є або можуть бути положення про більш широке застосування.

Стаття 2
1. Кожна держава-сторона вживає ефективних законодавчих, адміністративних, судових та інших заходів для запобігання актам катувань на будь-якій території під її юрисдикцією.

2. Жодні виключні обставини, якими б вони не були, стан війни чи загроза війни, внутрішня політична нестабільність чи будь-який інший надзвичайний стан не можуть бути виправданням катувань.

3. Наказ вищого начальника або державної влади не може служити виправданням катувань.

(…)

Стаття 4

1. Кожна держава-сторона забезпечує розглядання всіх актів катування згідно з її кримінальним законодавством як злочини. Те саме стосується спроби піддати катуванням та тих дій будь-якої особи, що являють собою співучасть у катуванні.

2. Кожна держава-сторона встановлює відповідні покарання за такі злочини з урахуванням їх тяжкого характеру.

(…)

Стаття 15

Кожна держава-сторона забезпечує невикористання будь-якої заяви, що, як установлено, була зроблена під час катування, як доказу в ході будь-якого судового розгляду, за винятком випадків, коли вона використовується проти особи, звинуваченої у здійсненні катувань, як доказ того, що таку заяву було зроблено». [Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання. (ООН, від 10.12.1984). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_085]

127.1.5. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 20 – Стаття 7 (заборона катувань або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання)»

(Сорок четверта сесія – 1992 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«2. Цель положений статьи 7 Международного пакта о гражданских и политических правах заключается как в защите достоинства, так и в обеспечении физической и психической неприкосновенности личности. Государство участник обязано путем принятия законодательных и других необходимых мер обеспечивать защиту любого лица от действий, запрещенных в статье 7, независимо от того, совершаются ли эти действия лицами, действующими в рамках своих официальных полномочий, вне рамок этих полномочий или в личном качестве. Содержащееся в статье 7 запрещение дополняется позитивными требованиями пункта 1 статьи 10 Пакта, в котором предусматривается, что «все лица, лишенные свободы, имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности».

3. Текст статьи 7 не допускает никаких ограничений. Комитет также подтверждает, что даже в случаях чрезвычайного положения, о которых говорится в статье 4 Пакта, никаких отступлений от положений статьи 7 не допускается, и положения этой статьи должны оставаться в силе. Аналогичным образом Комитет отмечает, что никакие оправдания или смягчающие обстоятельства не могут приводиться в качестве основания для нарушения статьи 7 по любым причинам, включая приказ вышестоящего должностного лица или органа государственной власти.

4. В Пакте не содержится какого либо определения понятий, охватываемых статьей 7, и Комитет не считает необходимым разрабатывать перечень запрещенных действий или устанавливать четкие разграничения между различными формами наказания или обращения; эти разграничения зависят от характера, цели и жестокости применяемого обращения.

5. Предусмотренное статьей 7 запрещение касается не только действий, причиняющих жертве физическую боль, но и действий, вызывающих психические страдания. Кроме того, по мнению Комитета, это запрещение должно распространяться и на телесные наказания, включая чрезмерную порку, назначаемую в качестве наказания за преступление или в качестве воспитательной или дисциплинарной меры. В этом отношении следует подчеркнуть, что статья 7 защищает, в частности, детей, учащихся и пациентов в учебных заведениях и медицинских учреждениях.

6. Комитет отмечает, что продолжительное одиночное заключение содержащегося под стражей или лишенного свободы лица может приравниваться к актам, запрещенным статьей 7. (…)

(…)

13. (…) Лица, нарушающие статью 7 в форме побуждения к совершению запрещенных действий или отдачи приказа об их совершении, или проявления терпимости к их совершению, или собственно совершения таких действий, должны нести ответственность. Следовательно, лица, отказавшиеся выполнять приказы, не должны подвергаться наказанию или какому либо неблагоприятному обращению». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №20 – Стаття 7 (заборона катувань або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання)» (Сорок четверта сесія – 1992 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

127.1.6. Декларація про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання

(ООН, від 09.12.1975)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Статья 1***

1. Для целей настоящей Декларации пытка означает любое действие, посредством которого человеку намеренно причиняется сильная боль или страдание, физическое или умственное, со стороны официального лица или по его подстрекательству с целью получения от него или от третьего лица информации или признаний, наказания его за действия, которые он совершил или в совершении которых подозревается, или запугивания его или других лиц. В это толкование не включаются боль или страдание, возникающие только из-за законного лишения свободы, ввиду состояния, присущего этому или вследствие этого, в той степени, насколько это совместимо с Минимальными стандартными правилами обращения с заключенными.

2. Пытка представляет собой усугубленный и преднамеренный вид жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания.

Статья 2

Любое действие, представляющее собой пытку или другие жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания, является оскорблением человеческого достоинства и должно быть осуждено как нарушение целей Устава Организации Объединенных Наций и нарушение прав человека и основных свобод, провозглашенных во Всеобщей декларации прав человека.

Статья 3

Никакое государство не может разрешать или терпимо относиться к пыткам или другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания. Исключительные обстоятельства, такие, как состояние войны или угроза войны, внутренняя политическая нестабильность или любое другое чрезвычайное положение, не могут служить оправданием для пыток или других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

(…)

Статья 7

Каждое государство должно обеспечить такое положение, при котором все действия совершения пыток, как это определено в статье 1, рассматривались бы в соответствии с его уголовным правом как преступления. То же должно относиться к действиям, которые представляют собой участие в пытках, соучастие в них, подстрекательство или намерение подвергнуть пытке.

Статья 8

Любое лицо, которое утверждает, что оно подверглось пытке или другому жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство виду обращения и наказания со стороны официального лица или по его подстрекательству, должно иметь право на то, чтобы предъявить жалобу компетентным органам соответствующего государства, и на то, чтобы дело было беспристрастно рассмотрено ими.

Статья 9

Каждый раз, когда есть разумные основания полагать, что имела место пытка, как это определено в статье 1, компетентные органы соответствующего государства должны немедленно начать беспристрастное расследование, даже если официально не было предъявлено жалобы.

Статья 10

Если расследование в соответствии со статьей 8 или статьей 9 устанавливает очевидность того, что имела место пытка, как определено в статье 1, против такого нарушителя или нарушителей должен быть в соответствии с национальным законодательством возбужден уголовный процесс. Если будет обнаружено, что обвинения в других видах жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания имеют основания, то против такого нарушителя или нарушителей должно быть возбуждено уголовное, дисциплинарное или другое соответствующее преследование.

(…)

Статья 12

Любое заявление, которое, как установлено, было сделано под пыткой или в результате другого жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство вида обращения и наказания, не может привлекаться в качестве свидетельства против лица, которого касается любое судебное преследование, или против любого другого лица, имеющего отношение к судебному преследованию». [Декларація про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання. (ООН, від 09.12.1975). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_084]

127.1.7. Європейська конвенція про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню

(Рада Європи, від 26.11.1987)

(ратифіковано Законом від 24.01.1997)

«Стаття 1

Цим створюється Європейський комітет з питань запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню (далі «Комітет»). Комітет, шляхом здійснення інспекцій, перевіряє поводження з позбавленими волі особами з метою посилення, у разі необхідності, захисту таких осіб від катувань чи нелюдського або такого, що принижує їхню гідність, поводження чи покарання.

Стаття 2

Кожна Сторона дозволяє інспектувати, відповідно до цієї Конвенції, будь-яке місце, яке знаходиться під її юрисдикцією і в якому утримуються особи, позбавлені волі органом державної влади». [Європейська конвенція про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню. (Рада Європи, від 26.11.1987). http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_068]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо заборони катувань

127.2.1. Справа «Al-Adsani v. The United Kingdom»

«60. Інші сфери міжнародного публічного права свідчать про зростаюче визнання першорядної важливості заборони катувань. Таким чином, катування заборонені статтею 5 Загальної декларації прав людини і статтею 7 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права. Конвенція ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання в статті 2 містить вимогу про те, що кожна Держава вживає ефективні законодавчі, адміністративні, судові та інші заходи для недопущення актів катувань на будь-якій території, що знаходиться під її юрисдикцією, а в статті 4 – вимогу про те, що кожна держава-учасниця забезпечує, щоб усі акти катування розглядалися згідно з її кримінальним законодавством як злочини. До того ж існує цілий ряд юридичних суджень про те, що заборона

катувань отримала статус загальної норми, чи jus cogens. Наприклад, у своєму рішенні від 10 грудня 1998 р. у справі «Звинувачення проти Фурундзія» Міжнародний Кримінальний Суд по колишній Югославії послався, inter alia, на цілий ряд норм договорів і встановив, що «з огляду на важливість об'єкта, які він захищає, цей принцип (заборони катувань) увійшов у ряд загальних норм, або jus cogens, тобто норм, які мають більше значення в системі пріоритету норм, ніж право договорів і навіть «звичайні загальні правила». [Al-Adsani v. The United Kingdom (35763/97). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–59885] (Неофіційний авторський переклад).

127.2.2. Справа «Прітті проти Сполученого Королівства (Pretty v. The United Kingdom)»

«50. Як видно з аналізу практики Суду, найпоширеніше застосування статті 3 має місце тоді, коли обставини у справі свідчать про небезпеку, що людина може зазнати тієї чи іншої забороненої форми поводження у зв'язку з умисними діями представників держави або державних органів. У загальних рисах, можна стверджувати, що стаття покладає передусім неґативний обов'язок на державу утримуватися від завдання серйозної шкоди особам, які перебувають під її юрисдикцією. Однак, у світлі фундаментального значення статті 3, Суд уже з достатньою гнучкістю розглянув можливість застосування цієї статті в інших потенційних ситуаціях.

51. Зокрема, Суд визнав, що зобов'язання Високих Договірних Сторін за статтею 1 Конвенції ґарантувати кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в Конвенції, взяті у поєднанні з вимогами статті 3, означають, що держави повинні вживати заходів з метою не допустити катування або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання стосовно осіб, які перебувають під їхньою юрисдикцією; зокрема, це стосується такого поводження і з боку приватних осіб». [Pretty v. The United Kingdom (2346/02). http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=596]

127.2.3. Справа «Аднаралов проти України»

«43. Як неодноразово зазначав Суд, стаття 3 Конвенції є втіленням однієї з основних цінностей демократичних суспільств. Навіть за найважчих обставин, таких як боротьба з тероризмом та організованою злочинністю, Конвенція категорично забороняє катування та нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження чи покарання». [Аднаралов проти України (10493/12). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a52]

127.2.4. Справа «Лабіта проти Італії»

«120. (…) Щоб покарання або поводження вважалося «нелюдським» або «таким, що принижує гідність», страждання чи приниження, про яке йдеться, в будь-якому випадку має виходити за межі того неминучого елементу страждання чи приниження, пов'язаного з відповідною формою законного поводження або покарання. Ще один момент, який слід брати до уваги, – це питання про те, чи поводження мало на меті принизити потерпілого або познущатися з нього, проте відсутність будь-яких намірів такого роду не може вважатися переконливим доказом на користь відсутності порушення статті 3 Конвенції». [Лабіта проти Італії (Labita v. Italy) (26772/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58559]

127.2.5. Справа «Chahal v. The United Kingdom»

«У статті 3 сформульована норма, яка втілює одну з основних цінностей демократичного суспільства (…). Суд повністю усвідомлює, з якими величезними труднощами стикається в наші дні Держава, захищаючи населення своєї країни від насильства з боку терористів. Однак, навіть враховуючи ці обставини, Конвенція забороняє катування і нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження або покарання, незалежно від поведінки жертви. На відміну від більшості норм Конвенції та протоколів № 1 і № 4 до неї, в статті 3 ані слова ні про які винятки, і ніякі відступи від неї відповідно до статті 15 неможливі навіть у разі надзвичайного стану, який загрожує існуванню нації». [Chahal v. The United Kingdom (22414/93). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58004] (Неофіційний авторський переклад).

127.2.6. Справа «Ошурко проти України»

«67. Загалом, відповідальність за дії, заборонені статтею 3 Конвенції, покладається на Договірну Сторону лише тоді, коли вони вчинені особами, які виконують публічні функції. Проте, зобов'язання Високих Договірних Сторін за статтею 1 Конвенції гарантувати кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, передбачені Конвенцією, взяте у поєднанні з вимогами статті 3, означає, що вони повинні вживати належних заходів з метою недопущення катування або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання стосовно вищевказаних осіб з боку приватних осіб.

68. У низці справ Суд доходив висновку про існування позитивного обов'язку держави забезпечувати захист від нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження.

69. Такий захист вимагає вжиття розумних та ефективних заходів з метою запобігання поганому поводженню, про яке органи влади знали чи повинні були знати. Зокрема, Суд встановив, що держава несе відповідальність за кожну особу, яка тримається під вартою, оскільки вона, перебуваючи під владою державних службовців, знаходиться у вразливому становищі і органи влади зобов'язані її захищати. Проте, цей обов'язок необхідно тлумачити таким чином, щоб не накласти на органи влади непомірний або надмірний тягар». [Ошурко проти України (33108/05). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_725]

127.2.7. Справа «Нечипорук і Йонкало проти України»

«149. При визначенні того, чи можна кваліфікувати певну форму поганого поводження як катування, слід враховувати закріплену в статті 3 відмінність між цим поняттям та поняттям «нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження». Як уже зазначалося в попередніх справах, видається, що розрізнення цих понять у Конвенції свідчить про намір надати особливої ганебності умисному нелюдському поводженню, яке спричиняє дуже тяжкі й жорстокі страждання. На додаток до жорстокості поводження ознакою катування є також наявність мети такого поводження, як це визнано в Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, стаття 1 якої визначає катування як навмисне завдання сильного болю або страждання з метою inter alia отримання відомостей, покарання або залякування». [Нечипорук і Йонкало проти України (42310/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_683]

127.2.8. Справа «İlhan v. Turkey»

«85. Крім того, при кваліфікації того чи іншого виду жорстокого поводження як катування, слід враховувати різницю, яка втілена в статті 3 Конвенції, між цим поняттям та поводженням, що є нелюдським або таким, що принижує гідність. Як зазначалося у попередніх справах, видається, що Конвенція мала за мету, шляхом цієї різниці, надати особливу стигму для навмисного нелюдського поводження, що спричиняє дуже серйозні та жорстокі страждання. Окрім жорстокості поводження, є цільовий елемент, що визначається в Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, яка набрала чинності 26 червня 1987 року, і яка визначає катування як навмисне заподіяння сильного болю чи страждання з метою, зокрема, отримання інформації, покарання або залякування (стаття 1 Конвенції Організації Об'єднаних Націй)». [İlhan v. Turkey (22277/93). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58734] (Неофіційний авторський переклад).

127.2.9. Справа «Gäfgen v. Germany»

«107. У зв'язку з цим Суд визнає мотивацію поведінки працівників поліції врятувати життя дитини. Однак слід підкреслити, що, беручи до уваги положення статті 3 та практику Суду, заборона на жорстоке поводження з особою застосовується незалежно від поведінки потерпілого або мотивації влади. Особа не може бути піддана катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню навіть у тих випадках, коли це обумовлено мотивами того, що життя іншої особи піддається ризику. Жоден відступ не допускається навіть у випадку надзвичайної ситуації, пов'язаної із загрозою існуванню нації. Стаття 3, яка була сформульована одно-

значно, визнає, що кожна людина має абсолютне, невід'ємне право не бути підданою катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню. за будь-яких обставин, навіть самих складних. Філософська основа, яка лежить в основі абсолютного характеру права, передбаченого статтею 3, не дозволяє будь-яких винятків, у т.ч. щодо виправдання балансом інтересів, незалежно від поведінки зацікавленої особи та характеру злочину, що розглядається.

108. Беручи до уваги відповідні обставини, що характеризують поводження, яким заявник піддавався, Суд переконаний, що реальна загроза негайного жорстокого поводження з метою отримання інформації від заявника досягла мінімального ступеня тяжкості для винесення оскарженого в рамках статті 3. Суд повторює, що відповідно до своєї прецедентної практики (…) загроза може розглядатися як катування, оскільки природа катування охоплює як фізичні болі так і психічні страждання. Зокрема, страх перед фізичними катуваннями може стати психічним катуванням. Проте, віднесення конкретної загрози до психологічного катування чи до нелюдського або нелюдського поводження, залежить від усіх обставин справи, зокрема, зокрема ступінь інтенсивності загрози та тяжкості психічних страждань. Суд вважає, що метод допиту, на який був підданий заявник за обставин цієї справи, був досить серйозним, щоб вважатися нелюдським поводженням, забороненим Статтю 3, але не досягнув рівня жорстокості, необхідної для досягнення порога катування. [Gäfgen v. Germany (22978/05). ECHR 2010-VI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=00199015]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо заборони катувань

127.3.1. Справа «Алексахін проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо висвітлені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
«51. Суд зазначає, що у цій справі національні суди встановили, що заявник зазнав тяжких тілесних ушкоджень, що загрожували його життю під час їх заподіяння. Жорстоке поводження полягало у застосуванні сльозогінного газу, ударі ногою та низці ударів. У результаті такого поводження заявник зазнав сильного болю та став інвалідом.

52. Суд також зазначає, що немає доказів того, що поведінка заявника вимагала застосування сили, не кажучи вже про настільки жорстокі дії. За таких обставин це дуже жорстоке поводження беззаперечно було націлене на залякування та приниження заявника, та, можливо, сприяння отриманню зізнання, оскільки згідно з поясненнями Х. він вважав, що заявник брав участь у бійці, а отже, міг вчинити злочин.

53. Ці елементи є достатніми для Суду, щоб дійти висновку про те, що заявника було піддано катуванню всупереч статті 3 Конвенції (…)». [Алексахін проти України (31939/06). https://minjust.gov.ua/files/28115]

127.3.2. Справа «Скороходов проти України»
Фактичні обставини:

На час подій заявник працював експедитором у приватній компанії. Згідно із твердженнями заявника, 28 листопада 2005 року Р., заступник директора компанії, та Л., начальник її служби безпеки, вирішили відібрати в заявника пояснення у зв'язку зі зникненням готівки в одному з магазинів компанії. Під час спору, що виник, заявника було побито.

Того ж дня заявника було доправлено до лікарні, йому було діагностовано закриту черепно-мозкову травму та зафіксовано численні тілесні ушкодження. Про подію було повідомлено міліцію.

14 червня 2006 року заступник прокурора Харківської області скасував постанову міліції про відмову в порушенні кримінальної справи від 21 травня 2006 року як необґрунтовану. Він зазначив, що матеріалами перевірки не спростовувалися послідовні твердження заявника, що Р. і Л. били його дерев'яною битою та робили порізи ножем, примушуючи його зізнатися у тому, що він вкрав готівку з магазину. Заступник прокурора також дійшов висновку, що наявних доказів було

достатньо для порушення щодо Р. і Л. кримінальної справи за вчинення злочину, передбаченого частиною 1 статті 127 Кримінального кодексу України (катування). Отже, ним було порушено кримінальну справу та передано її до міліції для проведення слідства. До працівника міліції, який виносив попередні постанови про відмову в порушенні кримінальної справи, було застосовано дисциплінарне стягнення. Станом на момент розгляду в ЄСПЛ національне слідство у цій справі все ще тривало.

Рішення ЄСПЛ:

«36. Отже, органи влади, які були уповноважені порушити та розслідувати кримінальну справу, не здійснили справжньої спроби оперативна та ретельно розслідувати справу, встановити факти та у разі необхідності притягнути до відповідальності винних осіб. Що стосується посилання Уряду на статтю 27 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Суд вважає, що у цій справі, коли в органів влади були підстави провести розслідування за фактом можливого катування – злочину, передбаченого статтею 127 Кримінального кодексу України 2001 року, заявник не був зобов'язаний паралельно підтримувати обвинувачення щодо Р. і Л. у приватному порядку, що могло би призвести до притягнення до кримінальної відповідальності за менш серйозний злочин.

37. Вищенаведених міркувань для Суду достатньо, аби дійти висновку, що національні органи влади не провели ефективного розслідування тверджень заявника про жорстоке поводження. Отже, було порушення процесуального аспекту статті 3 Конвенції». [Скороходов проти України (56697/09). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_983]

127.3.3. Справа «Савін проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо висвітлені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«61. Самих цих висновків, незалежно від додаткових тверджень заявника щодо участі у його побитті ще двох працівників міліції, Суду достатньо, щоб дійти висновку про те, що у цій справі заявника було піддано катуванню. Ключовими твердженнями, що спонукають Суд до такого висновку, є, по-перше, тяжкість жорстокого поводження, яке погіршило стан здоров'я заявника такою мірою, що він став інвалідом, та, по-друге, умисний характер жорстокого поводження, оскільки воно було спрямоване на отримання від заявника зізнавальних показань щодо вчинення злочину(…)

62. Тому Суд вважає, що заявника було піддано катуванню всупереч статті 3 Конвенції».

[Савін проти України (34725/08). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_931]

127.3.4. Справа «Bati and Others v. Turkey»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«110. Суд зазначає, що заявники скаржилися, що їх піддавали різним формам жорстокого поводження в поліцейській дільниці, в тому числі (...) вони були позбавлені сну, їм погрожували смертю чи зґвалтуванням.

(…)

114. (…) у світлі послідовних заяв заявників та всіх матеріалів, що перебувають на його розгляді, Суд задовольняється тим, що вони були затримані, позбавлені сну протягом декількох днів і зазнали насильства, що хоч воно і не таке, яке обов'язково залишило би фізичні сліди, які виявляються на медичному огляді, можуть завдати шкоди їхній психічній недоторканності.

(…)

122. (…) таке поводження було навмисно завдане уповноваженими особами держави при виконанні ними своїх службових обов'язків з метою домогтися від цих осіб зізнання чи відомостей

про правопорушення, в яких вони підозрювалися. (…) Отже, воно було катуванням у значенні статті 3 Конвенції». [Bati and Others v. Turkey (33097/96 і 57834/00). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–61805]

127.3.5. Справа «Поміляйко проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:

«51. Суд у цій справі вважає, що заявниця постраждала від серйозного порушення її фізичної недоторканості та гідності. При оцінюванні тяжкості жорстокого поводження, про яке йдеться, Суд надає ваги: статі заявниці та тій непереборній силі, яку являли собою троє тренованих чоловіків, якими були працівники міліції, що піддали її насильству; меті жорстокого поводження, якою було отримання визнання у вчиненні злочину; характеру жорстокого поводження, яке включало одягнений на голову заявниці поліетиленовий пакет та спробу або симуляцію удушення; ступінь тілесних ушкоджень заявниці, зафіксованих у лікарні після її виписки; психологічному тиску на заявницю, який виник внаслідок одночасного допиту (а, можливо й жорстокого поводження) її співробітниці, та, насамкінець, приниженню гідності заявниці у зв'язку з її мимовільним сечовипусканням у становищі повної безпорадності. Суд вважає ці міркування достатніми для того, аби дійти висновку, що заявниця зазнала жорстокого поводження серйозного настільки, щоб становити катування.

52. Відповідно, було порушення матеріально-правового аспекту статті 3 Конвенції». [Поміляйко проти України (60426/11). https://minjust.gov.ua/files/57254]

127.3.6. Справа «X against the Federal Republic of Germany»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
(неофіційний авторський переклад)

«1. (…) Оскільки в цій справі затримана особа проводить голодування, це неминуче може призвести до конфлікту між правом особи на фізичну недоторканність та зобов'язанням Високої Договірної Сторони за ст. 2 Конвенції – конфлікт, який не вирішується безпосередньо Конвенцією. Комісія нагадує, що згідно з німецьким законодавством цей конфлікт вирішено таким чином, що примусове годування обов'язкове, якщо існує очевидна небезпека для життя особи. Оцінка вищезазначених умов покладається на лікаря, але насильницьке годування може здійснюватися лише після отримання дозволу суду.

У цій справі заявника було передано у в'язницю Wittlich 3 жовтня 1977 р., оскільки головний лікар попередньої в'язниці більше не міг нести відповідальність за здоров'я заявника. У в'язниці Wittlich заявник був обстежений того дня, коли він прибув, і відповідальний лікар дійшов висновку, що стан заявника вимагав примусового годування. Відповідно це було здійснено за допомогою сили, необхідної для подолання опору заявника.

Комісія переконана, що органи влади діяли виключно в інтересах заявника, вибираючи між повагою до волі заявника не приймати будь-яке харчування та таким чином понести ризик того, що може бути спричинена тяжка шкода здоров'ю або навіть смерть, або щоб вжити заходів з метою забезпечення його виживання, хоча такі дії можуть порушити людську гідність заявника.

(…)

Відповідно, Комісія робить висновок, що факти справи не вказують на порушення ст. 3 Конвенції. З цього випливає, що ця частина заяви є явно необґрунтованою у значенні ст. 27 (2) Конвенції». [X against the Federal Republic of Germany (10565/83). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–86040]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 127 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

127.4.1. Норми міжнародного права та практика ЄСПЛ про поняття катування

Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання (Конвенція ООН 1984 р.) вказує на три ознаки катування.

Перша ознака катування характеризує зміст діяння: це будь-яка «дія, якою будь-якій особі заподіюються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне».

Друга ознака катування характеризує спеціальну мету вчинення вказаного діяння. Це може бути як одна, так і кілька цілей з числа вказаних:

a) отримати від потерпілої або від третьої особи відомості чи визнання;

b) покарати особу за дії, які вчинила вона або третя особа чи у вчиненні яких вона підозрюється;

c) залякати чи примусити потерпілу особу або третю особу;

d) «причина, заснована на дискримінації будь-якого характеру».

Третя ознака катування характеризує суб'єкта – «біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди».

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод у ст. 3 визначення катування не містить, але відрізняє катування від нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання. Слід зазначити, що КК України не містить статті, яка б передбачала відповідальність за такий злочин, як нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження або покарання. Лише у ч. 2 ст. 365 КК України вчинення дій, що ображають особисту гідність потерпілого, належать до кваліфікованого складу перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу.

Рішення ЄСПЛ щодо відповідальності за катування або нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження або покарання поділяються на дві групи.

До першої групи належать рішення, в яких ЄСПЛ, визнаючи певні дії нелюдським чи таким, що принижує гідність, поводженням, не визнає їх як катування.

Наприклад, у справі «Ірландія проти Сполученого Королівства» ЄСПЛ вказав на таке: «[до потерпілих], зокрема, застосовувалося п'ять особливих методів допиту, що полягали в «позбавленні особи орієнтації в просторі» і «позбавленні його сенсорного відчуття». Застосовувалися одночасно, навмисно і протягом довгих годин, вони завдавали як фізичних і моральних страждань, так і спричиняли тяжкі психічні розлади під час допитів. Викликавши у постраждалих від них осіб почуття страху, пригніченості і неповноцінності, ці методи набували характеру – «принижують людську гідність». Отже, Суд дійшов висновку про те, що вони розцінюються як «нелюдське і принижуюче людську гідність поводження» в сенсі ст. 3 ЄКПЛ. Однак, на думку Суду, ці методи не були катуванням («тортурами») у зв'язку з тим, що заподіяні ними страждання не досягали такого ступеня інтенсивності і жорстокості, які передбачає це поняття». [Ірландія проти Сполученого Королівства (ECH-1978-S-001)]

Друга група рішень ЄСПЛ характеризується тим, що вони містять узагальнене визначення ознак катування: «(…) катування як навмисне завдання сильного болю або страждання з метою inter alia отримання відомостей, покарання або залякування» *(див.: 127.2.7 – п. 49)*; «навмисне заподіяння сильного болю чи страждання з метою, зокрема, отримання інформації, покарання або залякування *(див.: 127.2.8 – п. 85)*.

Третя група рішень містить опис конкретних діянь, які окремо чи в сукупності були визнані катуванням:

– «численні та такі, що наносилися протягом тривалого часу, побої руками та ногами, а також кийком по багатьох частинах тіла, забої, синці та переломи ребер, що призвело до смерті». [Юрій Ілларіонович Щокін проти України (4299/03). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–170589]

– «заподіяння численних ушкоджень, які були достатньо серйозними аби вважатися поганим поводженням, що призвело до самогубства чи замаху на самогубства потерпілого за відсутності даних про його психічне захворювання з суїцидальними спробами». [Олексій Михайлович Захаркін проти України (1727/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_817]

– зґвалтування представником держави особи, що тримається під вартою. «Таке зґвалтування має розглядатися як особливо тяжка і мерзотна форма жорстокого поводження з урахуванням легкості, з якою злочинець може використовувати уразливість і слабкий опір жертви. Крім того, зґвалтування залишає глибокі психологічні шрами у жертви, які не проходять з плином часу також швидко, як інші форми фізичного і психічного насильства. Заявник також зазнала сильну фізичну біль від насильного проникнення, що призвело до приниження її почуттів не тільки фізично, а й емоційно». [Айдин (Aydin) проти Туреччини (23178/94). http://docs.pravo.ru/document/view/19381586]

– «тримання потерпілої роздягненою при принизливих обставин, що посилювало її загальне відчуття вразливості, що супроводжувалося поливанням її водою під високим тиском, розкручуючи в автомобільній шини». [Aydın v. Turkey (57/1996/676/866). ECHR 1997-IX. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58371] (Неофіційний авторський переклад).

– «застосування до особи електроструму є особливо тяжкою формою жорстокого поводження, здатною викликати сильний біль і нестерпні страждання, а отже, має вважатися катуванням, навіть якщо воно не призводить до жодних тривалих розладів здоров'я. Більше того, видається, що застосування до заявника сили у цій справі мало на меті його приниження, підкорення та примушення його до надання визнавальних показів щодо вчинення тяжкого злочину. [Жизіцький проти України» (57980/11). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a72; див. також: пункт 157 рішення ЄСПЛ у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» (42310/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_683]

– «ушкодження заявника були надзвичайно серйозними та призвели до тяжких та невиправних наслідків для його здоров'я. Їх було завдано йому для того, щоб залякати та принизити його. За таких обставин жорстоке поводження, якого зазнав заявник, слід кваліфікувати як катування». [Савіцький проти України (38773/05). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_878]

– «численні кровонабряки (загалом було шістнадцять кровонабряків, найбільший з яких мав розмір 21 х 20 см) та численні садна, отримані заявником, хоча і були класифіковані національними судами як «легкі тілесні ушкодження», свідчать про жорстокість поводження, якого він зазнав (…). Фізичний біль заявника від побиття (…) безсумнівно було посилено відчуттям безпорадності, напруження та страху, оскільки його було піддано жорстокому поводженню вночі у відділі міліції з боку підготовлених працівників міліції, жорстокості яких він не міг протистояти. При оцінці жорстокості поводження із заявником також враховується той факт, що воно було навмисним та мало за мету отримання від нього зізнання у вчиненні злочину, в якому його підозрювали. За цих обставин Суд встановив, що в цілому та враховуючи цілі і жорстокість поводження, воно становило катування у розумінні статті 3 Конвенції. [Тесленко проти України (55528/08). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_791]

– потерпілий «жив у постійному стані фізичного болю і тривоги через свою невпевненість з приводу своєї долі і в умовах постійних побоїв під час тривалих допитів, яким він піддавався протягом тривалого часу в поліції. Суд вважає, що таке поводження було навмисно застосовано до першого заявника агентами держави при виконанні ними своїх обов'язків і з метою отримання визнання або інформації про злочини, у вченені яких він підозрювався. Суд вважає, що насильство, заподіяне першому заявнику, взяте в цілому і з урахуванням його мети і тривалості, було особливо серйозним і жорстоким і здатним викликати «важку» біль і страждання. Тому воно є катуванням за змістом статті 3 Конвенції». [Dikme v. Turkey (20869/92). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58751] (Неофіційний авторський переклад).

– «заявник піддавався «палестинському повішенню», іншими словами, що він був роздягнений догола і підвішений за руки, зв'язані за спиною. (…) Вочевидь, це було вчинено з метою одержання зізнання чи інформації від заявника. Крім сильного болю, який він мав відчувати в той час, медичні документ показують, що це призвело до паралічу обох рук, який тривав деякий час.

Суд вважає, що таке поводження було настільки серйозним та жорстоким, що його можна назвати лише катуванням». [Aksoy v. Turkey (21987/93). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58003] (Неофіційний авторський переклад).

Окремо слід зазначити, що ЄСПЛ не вважає свої визначення поняття «катування» остаточними, а, навпаки, звертає увагу на те, що діяння, які раніше не визнавалися катуванням, в майбутньому швидше за все будуть кваліфікуватися як катування.

Досить чітко ця позиція сформульована в рішенні у справі «Selmouni v. France»:

«101. Раніше Суд розглядав справи, в яких він зробив висновок про те, що поводження не було катуванням. Однак, беручи до уваги той факт, що Конвенція є живим інструментом, який повинен тлумачитися з урахуванням сучасних умов, Суд вважає, що певні акти, які раніше були кваліфіковані не як катування, а як поводження «нелюдське чи таке, що принижує гідність», надалі можуть бути кваліфіковані інакше. Він вважає, що необхідність все більш високого стандарту в галузі захисту прав людини та основоположних свобод відповідно і неминуче вимагає більшої твердості при оцінці порушень фундаментальних цінностей демократичних суспільств». [Selmouni v. France (25803/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58287] (Неофіційний авторський переклад).

Оскільки наведене рішення ЄСПЛ винесено 20 років тому (у 1999 р.), ми можемо вважати, що майбутнє, про яке йшлося у рішенні ЄСПЛ, вже настало. Тому у випадках, коли обставини справи не дають можливість поза розумним сумнівом розмежувати зазначені вище поняття, слід робити висновок на користь визнання вчиненого діяння катуванням. Певним орієнтиром у цьому можуть бути висновки, що наведені нижче.

127.4.2. Катуванням визнається застосування з метою залякування та приниження сльозогінного газу, ударів ногою, в результаті чого були спричинені тяжкі тілесні ушкодження, що загрожували життю під час їх заподіяння.

(Див.: 127.3.1)

127.4.3. Катуванням визнається зв'язування рук заявника за спиною та завдання йому тяжких ударів по голові та інших частинах тіла з метою отримання зізнавальних показань щодо вчинення злочину в результаті чого потерпілий став інвалідом.

(Див.: 127.3.3)

127.4.4. Катуванням визнається позбавлення сну протягом кількох днів та інше насильство, спроможне спричинити психічні страждання, але не здатне залишити фізичні сліди, які можна засвідчити медичними документами (наприклад, симуляція удушення з використанням поліетиленового пакету, що одягається на голову жертви).

(Див.: 127.3.4; 127.3.5)

127.4.5. Не визнано порушенням ст. 3 Конвенції примусове годування адміністрацією пенітенціарної установи особи, яка утримується в такій установі та оголосила голодування, що створило небезпеку для її життя.

(Див.: 127.3.6)

127.4.6. Суб'єктом катування виступають не тільки службові особи, як це можна було розуміти з тексту ст. 1 Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання. Суб'єкт цього злочину загальний – фізична осудна особа, якій до вчинення злочину виповнилося шістнадцять років.

ЄСПЛ розглядає скарги, пов'язані з катуванням, коли:

а) катування було вчинене державними службовцями чи іншими особами, які виступають як офіційні, якщо вони були виконавцями чи співучасниками вчиненого діяння;

б) державні органи не виконали обов'язку вживати належних заходів з метою недопущення катування з боку приватних осіб (див.: 127.2.2; 127.2.6);

б) державні органи не виконали обов'язку належним чином та своєчасно розслідувати катування, вчинене приватними особами (див.: 127.3.1).

127.6.7. За наявності ознак катування потерпіла особа не зобов'язана паралельно підтримувати обвинувачення у приватному порядку, що може призвести до притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності за менш тяжкий злочин

(Див.: 127.3.2)

127.4.8. Навіть за найважчих обставин, таких як боротьба з тероризмом та організованою злочинністю, і навіть у разі надзвичайного стану, який загрожує існуванню нації, Конвенція категорично забороняє катування та нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження чи покарання.

(Див.: 127.1.4; 127.2.1; 127.2.3; 127.2.5)

127.4.9. Відсутня ознака катування, якщо працівники правоохоронного органу застосували до заявника непропорційну фізичну силу, але не встановлено або переконливо не доведено, що вони мали намір покарати або залякати заявника.

(Див.: 365.4.1)

127.4.10. Застосування амністії чи помилування стосовно службових осіб, засуджених за «серйозні злочини проти основоположних прав людини», що захищені Конвенцією та протоколами до неї, не відповідає, як зазначає у своїх рішеннях ЄСПЛ, «тенденціям міжнародного права». В усякому випадку амністія чи помилування службових осіб, засуджених за катування (ст.127 КК України) суперечить позиції Комітету ООН з прав людини.

(Див.: 85.4.1)

127.4.11. Якщо катування вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного військового чи невійськового нападу на цивільних осіб з метою проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення цього нападу, таке катування за нормами міжнародного права розглядається як злочин проти людяності. Однак у зв'язку з тим, що зазначені норми міжнародного права не імплементовані до КК України, кожне катування, що вчиняється в рамках широкомасштабного або систематичного нападу з метою проведення політики держави або організації, кваліфікується як окремий злочин за ч. 2 ст. 127 КК України.

(Див.: ХХ.1.5; ХХ.4.2; ХХ.4.3)

127.4.12. Правова позиція ЄСПЛ: відсутні ознаки катування у випадку, коли при затриманні працівники поліції застосували до заявника непропорційну фізичну силу, але не було встановлено або переконливо доведено, що вони мали намір покарати або залякати заявника.

(Див.: 365.3.3 та 365.4.3)

Стаття 128. Необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження

Необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження –

карається громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до двох років.

Стаття 129. Погроза вбивством

1. Погроза вбивством, якщо були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози, –

карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Те саме діяння, вчинене членом організованої групи або з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

(Стаття 129 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1707-VI від 05.11.2009)

Стаття 130. Зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби

1. Свідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, –

карається арештом на строк до трьох місяців або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Зараження іншої особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби особою, яка знала про те, що вона є носієм цього вірусу, –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Дії, передбачені частиною другою цієї статті, вчинені щодо двох чи більше осіб або неповнолітнього, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

4. Умисне зараження іншої особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

Стаття 131. Неналежне виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби

1. Неналежне виконання медичним, фармацевтичним або іншим працівником своїх професійних обов'язків внаслідок недбалого чи несумлінного ставлення до них, що спричинило зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, –

карається обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило зараження двох чи більше осіб, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Стаття 132. Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби

Розголошення службовою особою лікувального закладу, допоміжним працівником, який самочинно здобув інформацію, або медичним працівником відомостей про проведення медичного огляду особи на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, або захворювання на синдром набутого імунодефіциту (СНІД) та його результатів, що стали їм відомі у зв'язку з виконанням службових або професійних обов'язків, –

карається штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

§1. Норми міжнародного права

щодо розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби

132.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«Стаття 8. Право на повагу до приватного і сімейного життя

1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції.

2. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для за-

побігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

132.1.2. Конвенція про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних

(Рада Європи, від 28.01.1981)
(ратифіковано Законом від 06.07.2010)
(Див.: 182.1.6)

132.1.3. Тимчасове положення про СНІД

(ООН, Всесвітня медична асоціація, від 30.10.1987)
(див.: 0.4.1)

«7. Доступ к информации о пациенте должен быть ограничен медицинским персоналом, имеющим объективную необходимость в доступе к такой информации для оказания помощи пациенту или для охраны здоровья лиц, тесно связанных с пациентом. Должна быть обеспечена анонимность личности больных СПИДом и вирусоносителей, за исключением тех случаев, когда здоровье общества требует обратного». [Тимчасове положення про СНІД (ООН, Всесвітня медична асоціація, від 30.10.1987). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_331]

132.1.4. Рекомендація про ВІЧ/СНІД і сфері праці №200

(Міжнародна організація праці, від 02.06.2010)

«I. Определения

1. Применительно к настоящей рекомендации:

(…)

d) термин «стигма» означает социальное клеймо, которое при упоминании в связи с каким-либо лицом обычно приводит к социальной изоляции и является препятствием на пути всестороннего участия в социальной жизни лица, инфицированного ВИЧ или пострадавшего от этого заболевания;

(…)

26. Результаты анализов на ВИЧ должны быть конфиденциальной информацией, и они не должны ставить под угрозу доступ к рабочим местам, непрерывность трудового стажа, стабильность рабочих мест и возможности продвижения по службе». [Рекомендація про ВІЧ/СНІД і сферу праці N 200 (Міжнародна організація праці, від 02.06.2010). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/993_528]

132.1.5. Рекомендація з етичних питань, що стосуються ВІЛ-інфекції у сфері охорони здоров'я та суспільного життя N R (89)

(Комітет Міністрів Ради Європи, 24.10.1989)

«B. Конфіденційність

Органам громадського здоров'я рекомендуються:

– *стосовно повідомлення про випадки*

– забезпечити, щоб звітність про випадки ВІЛ-інфекції та, якщо це вимагається органами охорони здоров'я, про серопозитивність, використовувалась лише для епідеміологічних цілей і, таким чином, здійснюється в суворій відповідності з відповідними правилами конфіденційності та, зокрема, що дані передаються на не ідентифікованій основі:

. щоб уникнути будь-якого можливого дискримінаційного використання важливих даних,

. щоб уникнути небажання індивідів пройти добровільні тестування,

– *стосовно відносин між пацієнтом та медичним працівником*

– рішуче підтримувати повагу до конфіденційності, при необхідності запроваджуючи конкретну політику та просуваючи освітні програми для працівників охорони здоров'я для з'ясування питань конфіденційності щодо ВІЛ-інфекції.

– *стосовно сповіщення партнера*

– забезпечити, щоб за загальним правилом не повідомлення партнера без згоди пацієнта та розглянути процедури консультації відповідно до національних кодексів медичної етики та правил у крайньому випадку, коли пацієнт відмовляється співпрацювати щодо повідомлення третьої сторони;

– забезпечити, щоб автономія та гідність пацієнта були повністю дотримані в цьому контексті, а також конфіденційність;

– привернути увагу працівників охорони здоров'я до вирішальної ролі великих виступів для консультування для успішного повідомлення про партнерів;

– привернути увагу працівників охорони здоров'я до важливості надання допомоги пацієнтам у розумінні їхньої відповідальності перед партнерами». [Рекомендація з етичних питань, що стосуються ВІЛ-інфекції у сфері охорони здоров'я та суспільного життя N R (89) (Комітет Міністрів Ради Європи, 24.10.1989). http://hrlibrary.umn.edu/instree/coerecr89.html]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби

132.2.1. Справа «Y v. Turkey»

«68. Суд повторює, що захист персональних даних, зокрема медичних даних, має принципове значення для того, щоб людина користувалася своїм правом на повагу до приватного життя. Дотримання конфіденційності даних про здоров'я є життєво важливим не лише для поваги до особистого життя пацієнта, а й для збереження його впевненості в медичній професії та в медичних службах взагалі. Отже, національне законодавство має надати належні гарантії для запобігання такому спілкуванню або розголошення персональних даних про здоров'я, яке може суперечити гарантіям статті 8 Конвенції. Ці міркування особливо актуальні у сфері захисту конфіденційності інформації про ВІЛ-інфекцію. Розкриття такої інформації може суттєво вплинути на особисте та сімейне життя людини, соціальну ситуацію та зайнятість, викриваючи його чи її розбещення та ризик остракізму. Тому інтереси захисту конфіденційності такої інформації завжди будуть вагомі, щоб визначити, чи є втручання пропорційним легітимній меті. З огляду на надзвичайно інтимний і чутливий характер інформації про ВІЛ-статус людини таке втручання не може бути сумісним зі статтею 8 Конвенції, якщо це не виправдовується переважною вимогою інтересами суспільства.

(…)

73. Суд нагадує, що захист персональних даних, особливо медичних даних, має принципове значення для того, щоб людина користувалася своїм правом на повагу до приватного та сімейного життя, як це передбачено статтею 8 Конвенції. Це також підтверджує важливість практичних та ефективних заходів щодо запобігання несанкціонованому доступу до медичних даних. Суд зазначає, що він уже встановив, що люди, які живуть з ВІЛ, є вразливою групою, яка має історію забобонів та стигматизації. Таким чином, це підтверджує важливість конфіденційності медичної інформації, що стосується таких осіб, з метою зменшення ризику стигматизації стосовно зазначеного медичного стану та забезпечення доступу до медичної допомоги без дискримінації.

74. Тим не менше, Суд також наголошує, що право на повагу до медичної таємниці не є абсолютним. Зокрема, у випадках лікування хворих у системі лікарень та системи охорони здоров'я, в тому числі ВІЛ-позитивних пацієнтів, передача інформації про стан хворого може за певних обставин бути актуальною та необхідною для цілей не тільки для гарантування відповідного медичного лікування, а й для забезпечення захисту прав та інтересів осіб, які беруть участь у лікуванні, та інших пацієнтів, шляхом прийняття необхідних запобіжних заходів. Необхідно дбати про те, щоб одержувач інформації відповідав певним правилам щодо конфіденційності, що стосується працівників охорони здоров'я». [Y v. Turkey (648/10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–183961] (Неофіційний авторський переклад).

132.2.2. Справа «Z проти Фінляндії»

«95. (…) Суд враховує те, що захист особистої інформації, не лише медичної, надзвичайно важливий для реалізації особою свого права на повагу до приватного та сімейного життя, гарантованого ст. 8 Конвенції. Повага до конфіденційності інформації про стан свого здоров'я є невід'ємним принципом правових систем країн – учасниць Конвенції. Визначальною є не лише повага до медичної таємниці пацієнта, а й забезпечення його довіри до медичної професії та медичних послуг загалом.

Без такого захисту особи, які потребують медичної допомоги, можуть свідомо уникати надання інформації особистого та інтимного характеру, необхідної для отримання належного лікування, та навіть отримання такої допомоги і через це наражати себе та своє здоров'я, а в разі інфекційного захворювання – і здоров'я суспільства, на небезпеку. Отже, внутрішнє законодавство повинно забезпечувати гарантії, достатні для запобігання передання або розголошення медичної таємниці, що може суперечити положенням ст. 8 Конвенції (див. п. «c» ст. 3, 5, 6 та 9 Конвенції про захист особи у зв'язку з автоматичною обробкою особистих даних).

96. Викладені міркування особливо важливі, якщо йдеться про нерозголошення інформації, яка стосується захворювання особи на ВІЛ, оскільки розголошення таких відомостей може суттєво вплинути на приватне та сімейне життя особи, на її соціальний статус і зайнятість, наражаючи таку особу на ризик стати вигнанцем у суспільстві. Також з цієї підстави особа може втратити бажання дізнатись про свій діагноз та отримати медичну допомогу, нехтуючи всіма тими профілактичними заходами, до яких вдається суспільство, щоб запобігти пандемії. Тому зацікавленість у конфіденційності такої інформації матиме вагоміше значення при визначенні того, чи втручання у здійснення цього права відповідало меті закону, яка переслідується. Таке втручання може бути визнане таким, що відповідає ст. 8 Конвенції, якщо тільки воно виправдане певними важливішими суспільними інтересами. Враховуючи особливо інтимну та вразливу природу інформації про захворювання особи на ВІЛ, будь-які державно-владні заходи, які примушують надавати чи розголошувати таку інформацію без згоди пацієнта, зобов'язують суд бути дуже уважним і ретельно досліджувати вказані обставини, як це нормативно гарантовано для забезпечення ефективного захисту.

97. Водночас Суд визнає те, що інтереси розслідування злочину та гласності судового процесу можуть переважати над інтересами як пацієнта як в цілому, так стосовно недопущень розголошення медичної таємниці.

(…)

99. Стосовно доступу громадськості до особистої інформації Суд визнає, що при встановленні справедливого співвідношення між зацікавленістю громадськості у гласності судового процесу, з одного боку, та зацікавленістю сторони у справі чи третьої особи у нерозголошенні такої інформації, з іншого, першість в оцінюванні повинна належати уповноваженим органам влади. Обсяг цієї оцінки залежатиме від таких факторів, як природа і значущість конфліктних інтересів і ступінь небезпеки такого втручання». [Z проти Фінляндії (22009/93 [1997] ECHR 10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–145423]

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби

132.3.1. Справа «Y v. Turkey»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«71. Суд, по-перше, зазначає, що між сторонами немає розбіжностей у тому, що ВІЛ-позитивний статус заявника є приватним питанням, оскільки це був особистий та чутливий елемент інформації, безпосередньо пов'язаний зі своїм здоров'ям.

72. По-друге, він зазначає що родичі заявника передали цю інформацію персоналу швидкої допомоги, до якої вони зателефонували. Скарга заявника полягала в тому, що персонал швидкої медичної допомоги за своєю ініціативою передав цю інформацію працівникам лікарні і що інформація була передана не тільки медичним працівникам, але й іншим співробітникам лікарні.

(…)

75. У цій справі Суд зазначає, що національне законодавство гарантує повагу приватного життя та конфіденційність медичної інформації, а також покарання за будь-яке порушення цього принципу. Конфіденційність приватного життя закріплена в турецькому кримінальному праві як покарання за злочин розголошення секретної інформації (…). Крім того, Медичний кодекс етики та положення про права пацієнтів гарантують дотримання конфіденційності медичної інформації (…). Суд далі враховує, що відповідно до турецьких законодавчих і нормативних положень медична таємниця є обов'язковою не лише для лікарів, але й, більш широко, для всіх осіб, які володіють інформацією про стан здоров'я пацієнта через їхнє положення або професію.

76. Крім того, Суд зазначає, що інформація про ВІЛ-позитивний статус заявника була передана працівникам «швидкої допомоги» його родичами. Він вважає, що співробітників «швидкої допомоги» не можна звинувачувати за те, що вони передали цю інформацію персоналу лікарні. У зв'язку з цим Суд вважає, що необхідність сприяти ефективному лікуванню та моніторингу пацієнта може виправдати передачу інформації серед різних медичних працівників, що займаються наданням різних видів послуг з охорони здоров'я. Фактично, з матеріалів справи випливає, що передача інформації між персоналом швидкої медичної допомоги та персоналом лікарні була виконана в інтересах заявника для його медичного лікування та в інтересах персоналу лікарні з точки зору їхньої безпеки під час здійснення необхідних медичних процедур.

77. Що стосується твердження про те, що інформація була розповсюджена навколо лікарні, до якої заявник був прийнятий, Суд зазначає з документів, що містяться у матеріалах справи, та інформації, що є у його розпорядженні, про те, що інформація про ВІЛ-позитивний статус заявника увійшла в його медичну картку та дійсно передавалася різним медичним працівникам, які беруть участь у справі. Тим не менш Суд вважає, що в даній справі це було обумовлено необхідністю забезпечення безперервності лікування.

78. Аналогічним чином, Суд не може ігнорувати той факт, що самі медичні працівники ризикують заразитися ВІЛ під час виконання ними своїх обов'язків, а надання їм відповідної інформації допомагає зменшити цей ризик. Тому Суд вважає, що безпека працівників лікарень та захист громадського здоров'я, як це було подано урядом, може бути обґрунтованою причиною поширення інформації про ВІЛ-позитивний статус пацієнта серед медичного персоналу, залученого до його лікування, з метою запобігання будь-якому ризику інфікування.

79. Тим не менше Суд вважає, що конфіденційна інформація, яка стосується даної справи, повинна бути передана таким чином, щоб запобігти будь-якій формі стигматизації пацієнта та забезпечити належні гарантії з цією метою. Він зазначає, що медична таємниця та конфіденційність медичних даних гарантуються національним законодавством, таким чином, коли інформація, що охоплюється такою секретністю, розподіляється між різними медичними працівниками, у цілому такий персонал, в принципі, повинен дотримуватися конфіденційності даних, що передаються їм, і що за порушення вони підлягають дисциплінарній відповідальності або кримінальному провадженню.

80. З огляду на обставини цієї справи та з огляду на те, що заявник був без свідомості під час доставлення до лікарні, Суд вважає, що ніщо не дозволяє припустити, що інформація, про яку йде мова, не була розповсюджена в інтересах заявника з урахуванням необхідного діагнозу та лікування та на основі вимог безпеки персоналу лікарень. Відповідно, обмін інформацією про ВІЛ-позитивний статус заявника серед залучених медичних працівників не може вважатися такими, що порушують його право на повагу до свого приватного життя. Крім того, немає жодних доказів того, що особи, які не були залучені до надання йому медичного лікування, були поінформовані про його ВІЛ-позитивний статус.

(…)

84. З цього випливає, що ця частина заяви є явно необґрунтованою і повинна бути відхилена відповідно до пунктів 3 та 4 статті 35 Конвенції». [Y v. Turkey (648/10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–183961]

132.3.2. Справа «Z проти Фінляндії»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«В. Професійні права та обов'язки лікаря стосовно нерозголошення ним медичної інформації при наданні показань

46. Відповідно до ст. 23 §1 (3) р. 17 Кодексу судочинства [Фінляндії], лікар як свідок не може без згоди пацієнта надавати будь-яку інформацію, яку він отримав внаслідок своєї професійної діяльності та яка, за своєю природою, повинна зберігатись у таємниці.

Однак §3 передбачає, що лікар може бути зобов'язаний надавати показання як свідок у справі про злочини, за вчинення яких передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк не менше як 6 років (такою, зокрема, є справа, що стосується умисного вбивства та замаху на умисне вбивство).

У таких випадках ч. 2 ст. 27 Закону «Про досудове слідство» від 1987 р. надає право лікарям давати показання навіть під час досудового розслідування.

47. Частина 1 ст. 28 Закону встановлює:

«Якщо свідкові явно відомо про обставини, які мають важливе значення для обґрунтування вини підозрюваного, та він відмовляється надавати таку інформацію, навіть незважаючи на те, що зобов'язаний надати її, згідно з ч. 2 ст. 27, або має право на надання такої інформації, суд може за клопотанням головного слідчого зобов'язати такого свідка розповісти все, що йому відомо у цій справі. В таких випадках весь або частина допиту цього свідка проводиться у суді».

Сторона, яка бере участь у досудовому слідстві, та її адвокат можуть бути присутніми на судових засіданнях, де розглядається таке клопотання головного слідчого, та на судовому засіданні, під час якого свідок надає показання (ч. 2 ст. 28).

(…)

102. Суд зазначає, що накази, які зобов'язали лікарів і психіатра заявниці давати показання, стали наслідком того, що заявниця скористалась своїм правом не давати показання проти свого чоловіка, гарантованим законодавством Фінляндії. Метою цього заходу було виключно отримати від лікарів інформацію про те, коли Х. дізнався або мав підстави вважати, що хворий на ВІЛ. Їхні показання на час розслідування справи могли мати вирішальне значення для вирішення питання про те, чи був Х. винним у вчиненні лише статевих злочинів, чи додатково ще й у вчиненні замаху на умисне вбивство стосовно двох злочинів, вчинених до 19 березня 1992 р., коли вже результати аналізів були відомі і вказували на те, що Х. ВІЛ-інфікований.

Не повинно викликати сумнівів те, що уповноваженим державним органам було надано право вважати, що інтерес громадськості свідчив на користь розслідування та обвинувачення Х. у вчиненні замаху на вбивство стосовно всіх п'яти злочинів, а не лише трьох з них.

103. Також Суд звертає увагу на те, що, відповідно до чинного законодавства Фінляндії, медичні консультанти заявниці могли бути зобов'язані давати показання стосовно заявниці без її згоди лише за дуже обмеженого кола підстав, а саме в разі розслідування справи, висунення обвинувачень у вчиненні злочинів, за які передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк не менше шести років. Оскільки вони відмовились давати показання поліції, то остання повинна була отримати санкцію від судового органу – міського суду на те, щоб заслухати їх як свідків. Допит відбувся з фіксуванням за допомогою відеозапису у міському суді, який заздалегідь ухвалив рішення про те, що протокол судового засідання, включно з розшифруванням стенографічного запису (зі стенограмою), не підлягають розголошенню. Особи, які брали участь у даному процесі, були зобов'язані вважати цю інформацію конфіденційною та такою, що не підлягає розголошенню. Порушення цього обов'язку могло спричинити цивільну чи кримінальну відповідальність згідно із законодавством Фінляндії. Втручання у приватне та сімейне життя заявниці, зумовлене

оскаржуваними заходами, було істотно обмежене та супроводжувалось ефективними і достатніми гарантіями від порушення. У зв'язку з цим Суд не бачить жодних підстав для дослідження того, в яких межах лікарі заявниці були зобов'язані давати показання. Як уже зазначалось, оцінювання доцільності одержання доказів здебільшого є справою державних органів влади, і Суд не повинен підміняти їхні міркування з цього приводу своїми.

104. Враховуючи викладені обставини, особливо конфіденційний характер судового процесу проти Х. і його виняткову природу, Суду не достатньо поданих заявницею аргументів, які вказували на те, що накази про дачу показань могли віднаджувати потенційних чи фактичних носіїв ВІЛ-інфекції від проведення аналізів на ВІЛ та отримання медичної допомоги.

105. З огляду на викладене, Суд вважає, що накази, які зобов'язували медичних консультантів заявниці давати показання, ґрунтувались на належних і достатніх підставах, що відповідали основній потребі в забезпеченні законодавчої мети, яка переслідувалась. Також Суд переконаний у тому, що між цими заходами та законодавчою метою існував обґрунтований співмірний зв'язок. Отже, вжиття цих заходів не суперечило ст. 8 [Конвенції]». [Z проти Фінляндії (22009/93 [1997] ECHR 10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–145423]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 132 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

132.4.1. Інформування лікарів та інших медичних працівників про проведення медичного огляду особи на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, або захворювання на синдром набутого імунодефіциту (СНІД) та його результати, не утворює складу цього злочину, якщо таке інформування було необхідне для належного лікування цієї особи, а також для забезпечення захисту прав та інтересів осіб, які беруть участь у лікуванні, та інших пацієнтів, шляхом прийняття необхідних запобіжних заходів.

(Див.:132.2.1;132.3.1)

132.4.2. Розголошення в судовому процесі за вимогою суду відомостей про проведення медичного огляду особи на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, або захворювання на синдром набутого імунодефіциту (СНІД) та його результатів, не утворює складу цього злочину.

(Див.:132.2.2;132.3.2)

132.4.3. Щодо розмежування цього злочину від незаконного розголошення лікарської таємниці та від порушення недоторканності приватного життя (див. 145.4.1).

Стаття 133. Зараження венеричною хворобою

1. Зараження іншої особи венеричною хворобою особою, яка знала про наявність у неї цієї хвороби, –

карається виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені особою, раніше судимою за зараження іншої особи венеричною хворобою, а також зараження двох чи більше осіб або неповнолітнього, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

Стаття 134. Незаконне проведення аборту або стерилізації

1. Проведення аборту особою, яка не має спеціальної медичної освіти, –

карається штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Примушування до аборту без добровільної згоди потерпілої особи –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

3. Незаконне проведення аборту, що спричинило тривалий розлад здоров'я, безплідність або смерть потерпілої особи, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

4. Примушування до стерилізації без добровільної згоди потерпілої особи –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

5. Дія, передбачена частиною четвертою цієї статті, якщо вона спричинила смерть потерпілої особи чи інші тяжкі наслідки, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Стаття 134 в редакції Закону № 2227-VIII від 06.12.2017)

§1. Норми міжнародного права
щодо незаконного проведення аборту або стерилізації

134.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 3. Заборона катування***
Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню.
(…)
Стаття 8. Право на повагу до приватного і сімейного життя
1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції.
2. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

134.1.2. Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами
(Рада Європи, від 11.05.2011)
(Щодо ратифікації див.: Закон від 06.12.2017 № 2227-VIII)
«***Стаття 39. Примусовий аборт та примусова стерилізація***
Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб було криміналізовано такі форми умисної поведінки:
а) проведення аборту жінці без її попередньої та інформованої згоди;

b) проведення хірургічного втручання, метою або наслідком якого є припинення здатності жінки до природної репродукції без її попередньої та інформованої згоди або розуміння процедури.

(…)

Стаття 42. Неприйнятні виправдання злочинів, у тому числі злочини, учинені в ім'я так званої «честі»

1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб у кримінальному провадженні, розпочатому після вчинення будь-якого з актів насильства, які підпадають під сферу застосування цієї Конвенції, культура, звичаї, релігія, традиція або так звана «честь» не розглядалися як виправдання таких актів. Це охоплює, зокрема, заяви про те, що жертва порушила культурні, релігійні, соціальні чи традиційні норми або звичаї належної поведінки.

2. Сторони вживають необхідних законодавчих заходів для забезпечення того, щоб підбурювання будь-якою особою стосовно дитини вчинити будь-який з актів, зазначений у пункті 1, не зменшувало кримінальної відповідальності такої особи за вчинені акти». [Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами. (Рада Європи, від 11.05.2011). https://rm.coe.int/1680096e45]

134.1.3. Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210)

(Рада Європи, від 11.05.2011)

«***Стаття 39. Примусовий аборт і примусова стерилізація***

203. У цій статті до кримінальних злочинів віднесені окремі умисні діяння стосовно природної спроможності жінок народжувати дітей. Це ще одне положення, яким порушується принцип гендерної нейтральності кримінального законодавства в частині цієї Конвенції.

204. У пп. «а» до кримінальних злочинів віднесли примусовий аборт у жінок і дівчаток. Це стосується умисного переривання вагітності без попередньої та інформованої згоди жертви. Переривання вагітності охоплює будь-які з різноманітних процедур, які призводять до звільнення від усіх продуктів запліднення. Для того щоб потрапити під дію цього положення, аборт повинен відбуватися без попередньої та поінформованої згоди жертви. Це стосується будь-якого аборту, який виконується без цілковито поінформованої згоди жертви.

205 Пп. «в», з іншого боку, передбачає кримінальний злочин за фактом примусової стерилізації жінок і дівчаток. Цей злочин наявний у разі хірургічного втручання, мета або наслідок якого – припинення здатності жінки до природної репродукції без її попередньої та поінформованої згоди або розуміння процедури. Термін «стерилізація» стосується будь-якої процедури, в результаті якої жінка втрачає природну здатність народити дитину. Подібно до пп. «а», стерилізація має відбуватися без попередньої та поінформованої згоди жертви. Це охоплює будь-яку стерилізацію, яка виконується без цілковито поінформованого рішення з боку жертви за стандартами «Застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину» (ETS №164).

206. У цій Конвенції не переслідувався намір криміналізувати будь-яке медичне втручання чи хірургічні процедури, наприклад ті, що проводяться з метою врятувати життя або допомогти недієздатним жінкам, які не можуть надавати свою згоду. Мета цього положення скоріше полягає в тому, щоб наголосити на значенні поваги до репродуктивних прав жінок, яким потрібно дозволяти вільно ухвалювати рішення щодо того, скільки та з яким інтервалом вони хочуть народжувати дітей, та забезпечувати їм доступ до відповідної інформації з питань природної репродукції та планування сім'ї.

(…)

Стаття 42. Неприйнятні виправдання злочинів, в тому числі злочинів в ім'я так званої «честі»

216. Автори заклали в цій Конвенції важливий загальний принцип: нікому в юрисдикції судів однієї із Сторін Конвенції не дозволяється вдаватися до аргументів про свою культуру,

релігію або іншу форму особистої причини на виправдання вчинення того, що є просто ознакою кримінального злочину, тобто насильства стосовно жінок. У сфері злочинів в ім'я так званої «честі» автори мали намір забезпечити, щоб злочини, спрямовані на покарання жертви за її поведінку, не мали виправдань. Відповідно, п. 1 цієї статті на Сторони покладено обов'язок забезпечити, щоб аргументи щодо культури, звичаїв, релігії, традиції або так званої «честі» не вважалися виправданням будь-яких актів насильства, охоплених цією Конвенцією. Це означає, що до Сторін висувається вимога забезпечити недопущення кримінальним і кримінально-процесуальним законом можливості для обвинувачуваної особи виправдовувати свої діяння тим, що він (вона) намагалися запобігти або покарати жертву за те, що викликало підозру, відчувалося або дійсно було порушенням культурних, релігійних, соціальних або традиційних норм належної поведінки.

217. Крім того, це положення вимагає від Сторін забезпечити, щоб особисті переконання чи індивідуальні вірування представників суду не призводили до тлумачень закону, які можуть привести до виправдання на будь-яких вищезгаданих засадах. Отже, п. 1 посилює для окремої сфери кримінального права зобов'язання, яке міститься в п. 5 статті 12 Конвенції.

218. Щоб уникнути кримінальної відповідальності, повнолітні члени сім'ї або громадяни нерідко підбурюють неповнолітніх дітей до подібних діянь. Виходячи з цього, автори вважали за необхідне запровадити в п. 2 кримінальну відповідальність підбурювача (підбурювачів) на такі злочини, щоб уникнути прогалин у кримінальній відповідальності. Пункт 2 поширюється на діяння, передбачені в цій Конвенції, коли головним правопорушником виступає дитина, але не поширюється на правопорушення, передбачені у статтях 38 (b), 38 (c), 41». [Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210). (Рада Європи, від 11.05.2011). https://rm.coe.int/1680096e45]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо незаконного проведення аборту або стерилізації

134.2.1. Справа «V. C. проти Словаччини»

«106. Суд зазначає, що стерилізація є серйозним втручанням у стан репродуктивного здоров'я людини. Оскільки вона стосується однієї з основних функцій організму людини, вона впливає на різноманітні аспекти особистої цілісності особи, включаючи її фізичне та психічне благополуччя і емоційне, духовне та сімейне життя. Вона може бути законно проведена на прохання відповідної особи, наприклад, у якості методу контрацепції, або ж з терапевтичною метою у випадках, в яких було переконливо доведено медичну необхідність.

107. Тим не менш, у відповідності із зазначеною вище практикою Суду, позиція відрізняється у випадку проведення такого лікування без згоди психічно здорового повнолітнього пацієнта. Такі дії слід розглядати як несумісні з вимогою поваги до людської свободи і гідності, яка є однією з основоположних засад, на яких заснована Конвенція». [V. C. проти Словаччини (18968/07). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117793]

134.2.2. Справа «I. G. and Others v. Slovakia»

«129. Суд повторює, що статтями 1 і 3 Конвенції накладаються Договірні Сторони процесуальні зобов'язання проводити ефективне офіційне розслідування, яке має бути ретельним та оперативним. Проте нездатність за результатами робити висновки не означає, що воно неефективне: зобов'язання про розслідування не є зобов'язанням результату, а є засобом. Крім того, у конкретній сфері, наприклад, медичній, обов'язок здійснення ефективного розслідування також може бути задоволений, якщо правова система надає жертвам засоби правового захисту в цивільних судах окремо або разом із засобом правового захисту в кримінальних судах, що дозволить встановити відповідальність відповідних лікарів та відповідне цивільне відшкодування». [I. G. and Others v. Slovakia (15966/04). ECHR 212-XI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–114514] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо незаконного проведення аборту або стерилізації

134.3.1. Справа «V. C. проти Словаччини»
Фактичні обставини:

У 2000 році заявник, жінка рома, була стерилізована у державній лікарні під час пологів її другої дитини за допомогою кесарева розтину. Стерилізація полягала в розбиранні та ущільненні її фаллопієвих труб, щоб запобігти запліднення. Заявник стверджувала, що вона не розуміє термін «стерилізація» і що підписала згоду на операцію після того, як працівник лікарні повідомив, що, якщо вона знову завагітніє, то може померти. Заявник безуспішно зверталася з проханням про відшкодування в цивільних справах, стверджуючи, що її стерилізація суперечила національному законодавству та міжнародним стандартам з прав людини і що вона не була належним чином інформована про процедуру, її наслідки або альтернативні рішення. Її наступна конституційна скарга також була відхилена.

Рішення ЄСПЛ:

I. СТВЕРДЖУВАНЕ ПОРУШЕННЯ СТАТТІ 3 КОНВЕНЦІЇ

87. Заявниця скаржилась про те, що у зв'язку з її стерилізацією її піддали нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню, і що органи влади не забезпечили всебічного, справедливого та ефективного розслідування обставин її проведення. (…)

A. Стверджуване жорстоке поводження із заявницею

(…)

109. У даній справі заявницю було стерилізовано в державній лікарні відразу після того, як вона народила свою другу дитину за допомогою кесаревого розтину. Лікарі вважали за необхідне проведення процедури, оскільки можлива третя вагітність могла складати серйозну небезпеку для її життя та життя її дитини, зокрема, небезпеку розриву матки.

110. Перегляд оцінки стану здоров'я репродуктивних органів заявниці, проведеної лікарями, не є завданням Суду. Тим не менш, слід зазначити, що стерилізація, як правило, не вважається операцією з урятування життя. Ознак, що ситуація у даній справі була іншою, немає; це було підтверджено одним з лікарів у національних судах. Оскільки невідкладної ситуації, пов'язаної з неминучим ризиком непоправної шкоди життю або здоров'ю заявниці не було, і оскільки заявниця була психічно здоровою повнолітньою пацієнткою, її інформована згода була необхідною передумовою для проведення процедури, навіть якщо припустити, що існувала «необхідність» з точки зору медицини.

111. Наявні документи свідчать про те, що заявницю попросили надати свою згоду у письмовій формі через дві з половиною години після того, як вона прибула до лікарні, і коли вона перебувала у процесі родової діяльності та знаходилась у лежачому положенні. Відповідний друкований запис у реєстрі пологів просто зазначав: «пацієнтка просить проведення стерилізації».

112. На думку Суду, такий підхід несумісний з принципами поваги до людської гідності та свободи, закріпленими в Конвенції, а також з вимогою отримання інформованої згоди, передбаченої у згаданих вище міжнародних документах. Зокрема, із наданих документів не вбачається, що заявницю було повністю проінформовано про її стан здоров'я, пропоновану процедуру та її альтернативи. Крім того, той факт, що заявницю попросили надати згоду на таке втручання тоді, коли в неї відбувалась родова діяльність і незадовго до проведення кесаревого розтину, вочевидь не дозволяв їй прийняти своє власне добровільне рішення після обмірковування всіх відповідних питань та, як вона могла цього бажати, після обміркування наслідків та обговорення цього питання зі своїм партнером.

113. У цьому зв'язку аргументам уряду про історію вагітностей заявниці та тому факту, що вона не проходила регулярних оглядів, не можна надати вирішального значення. На думку уряду, стерилізація заявниці була направлена на запобігання можливого погіршення її здоров'я, що загрожувало б її життю. Така загроза не була неминучою, оскільки вона могла матеріалізуватись лише в разі нової вагітності. Її можна було попередити і за допомогою альтернативних, менш інвазійних методів. За таких обставин, обійтися без інформованої згоди заявниці на підставі при-

пущення з боку персоналу лікарні, що у майбутньому вона поводитиметься безвідповідально по відношенню до свого здоров'я, було неможливо.

(…)

116. Суд зазначає, що процедура стерилізації грубо втрутилась у фізичну цілісність заявниці, оскільки її тим самим було позбавлено репродуктивної функції. На момент проведення стерилізації заявниці було двадцять років, тобто, вона перебувала на ранній стадії репродуктивного життя.

117. Процедура з точки зору медицини не була неминуче необхідною. Заявниця не надала на неї своєї інформованої згоди. Замість цього їй було запропоновано підписати друковані слова «пацієнтка просить проведення стерилізації», коли вона перебувала у лежачому положенні та потерпала від болі, пов'язаної із кількагодинною родовою діяльністю. Її підштовхнуло підписати документ те, що медичні працівники сказали їй, що вона або її дитина помруть у разі наступної вагітності.

118. Таким чином, процедура стерилізації, а також спосіб, в який заявниці було запропоновано погодитися на неї, могли пробудити в ній відчуття страху, страждання та неповноцінності, а також тягти за собою сильні страждання. Що стосується, зокрема, останнього зазначеного фактору, то через своє безпліддя заявниця зазнала труднощів у стосунках зі своїм партнером, а потім і чоловіком. Вона зазначила, що її безпліддя стало однією з причин розлучення у 2009 році. Процедура стерилізації мала серйозні медичні та психологічні наслідки для заявниці, які включали симптоми помилкової вагітності та вимагали лікування у психіатра. З причини нездатності більше мати дітей, ромська громада піддала заявницю остракізму.

119. Хоча свідчень про те, що медичні працівники діяли з наміром жорстокого поводження із заявницею немає, вони, тим не менш, грубо знехтували її правом як пацієнта на самостійність та вибір. Суд вважає, що описане вище поводження, якому її піддали, досягло порогу жорстокості, необхідного для того, щоб підпасти під сферу застосування статті 3.

120. Таким чином, мало місце порушення статті 3 Конвенції у зв'язку зі стерилізацією заявниці». [V. C. проти Словаччини (18968/07). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117793]

134.3.2. Справа «I. G. and Others v. Slovakia»

Фактичні обставини:

Заявники ромського етнічного походження. Перший заявник, пані І. Г., народилася у 1983 році. Другий заявник, пані М. К., народилася в 1981 році. Третій заявник, пані Р. Х., народилася в 1972 році.

Заявники були стерилізовані в гінекологічному та акушерському відділенні Центру лікарень та охорони здоров'я міста Krompachy (лікарня «Krompachy»), медичного закладу, який тоді було підпорядкування Міністерству охорони здоров'я Словаччини.

Перший заявник була стерилізована 23 січня 2000 року коли їй було 16 років. Після її прийому та попередньої перевірки гінекологом вона була переведена до операційної кімнати, де було виконано кесарів розтин. Під час цієї операції перший заявник була стерилізована шляхом лігатури труб. Це була друга вагітність заявника, а також її другі пологи кесаревим розтином. Коли вона отямилася від анестезії, її повідомили про народження дівчини. Наступного дня лікар, яка робила операцію, попросила її підписати документ. Заявниці пояснили, що вона повинна підписати документ, тому що пройшла кесарів розтин, і всі жінки, у яких був кесарів розтин, повинні були його підписати. Через деякий час перший заявник з'ясувала, що вона була стерилізована і перевірила свої медичні документи зі своїм адвокатом. В документах була форма «Погодження стерилізації». Форма була заповнена за допомогою друкарської машинки і підписана першою заявницею. Друга половина попередньо надрукованої форми містить рішення районної комісії по стерилізації в лікарні «Krompachy» від 23 січня 2000 року. Це рішення затвердило стерилізацію першої заявниці тому, що у заявниці було дві дитини, що вона раніше перенесла кесарів розтин і що у неї був вузький таз. Перша заявниця живе постійно боячись, що її партнер залишить її, тому що вона не може більше мати дітей.

Друга заявниця була стерилізована за схожих обставинах в лікарні «Krompachy» 10 січня 1999 року. На дату операції вона була неповнолітньою. Коли партнер другої заявниці дізнався, що через стерилізацію вона не зможе мати іншу дитину, він залишив її. Через нездатність мати більше дітей, її соціальний статус у своїй громаді знизився, і для неї було дуже важко знайти нового партнера.

Третя заявниця була стерилізована за схожих обставинах в лікарні «Krompachy» 11 квітня 2002 року.

19 лютого 2008 року прокуратура Кошицької області відхилила скаргу заявників, вважаючи, що стерилізація була проведена відповідно до чинного законодавства і що заявники були належним чином проінформовані про їх стерилізацію. Жодної об'єктивної чи суб'єктивної ознаки будь-якого кримінального правопорушення не встановлено в жодному з окремих випадків стерилізації. 16 березня 2008 року заявники оскаржили це рішення до Генеральної прокуратури. 19 травня 2008 року Генеральна прокуратура дала відповідь про те, що не знайдено жодних підстав для іншого висновку. Зокрема, органи прокуратури розглянули всі відповідні аспекти справи та правильно дійшли висновку, що не було вчинено жодного злочину. Генеральна прокуратура висловила думку про те, що заявники не могли вважатися потерпілими сторонами для цілей кримінального провадження, оскільки не було завдано шкоди їхньому здоров'ю, а також будь-якої іншої шкоди, і їх права не були порушені.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад.)

«112. Перша та друга заявниці скаржилися на те, що вони були піддані нелюдському та такому, що принижує гідність, поводженню через стерилізацію без повної та інформованої згоди їх та їх представників і органи влади не провели ретельного, справедливого та ефективного розслідування про обставини, пов'язані зі стерилізацією. Вони спиралися на статтю 3 Конвенції, яка говорить: «Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню».

А. Стверджується жорстоке поводження з першою і другою заявницею

113. Перша та друга заявниці стверджували, що вони були вразливими та що їхня стерилізація була образливою та принизливою. Вона порушила їх фізичну і психологічну гідність і мала тривалі наслідки з точки зору фізичних та психічних страждань. Проведені процедури суперечили внутрішньому законодавству та міжнародно визнаним медичним стандартам. Їхні підписи на формі запитів на стерилізацію не можна вважати дійсними, і у будь-якому випадку вони не становили обґрунтованої згоди на процедуру.

114. Уряд стверджував, що процедури стерилізації були проведені в медичному закладі відповідно до закону та з метою захисту здоров'я та життя заявників. Самі заявники просили про стерилізацію та підписали відповідні документи. Хоча формальної згоди їх законних опікунів не отримано, як вимагається законом, у цьому не було потреби з точки зору статті 3 Конвенції, оскільки з огляду на факт, що вони жили з партнерами та мали дітей, їх можна вважати достатньо зрілим, щоб прийняти рішення про власне здоров'я. Тому вони не були піддані поводженню, що суперечать статті 3 Конвенції.

(…)

122. Перша заявниця була стерилізована під час кесарева розтину. Її стерилізація не була засобом порятунку життя, ні згоди заявника, ні згоди її законних опікунів не було отримано до цього. Таким чином, процедура несумісна з вимогою поваги до свободи і гідності людини. Той факт, що лікарі вважали процедуру стерилізації необхідною для життя і здоров'я першої заявниці в разі подальшої вагітності, не може вплинути на її оцінку.

123. Суд визнає, що заявниця відчувала себе приниженою, коли дізналася, що вона була стерилізована без попередньої обґрунтованої згоди її законного опікуна. Беручи до уваги характер втручання, його обставини, вік заявниці, а також той факт, що вона належить до групи вразливих груп населення (роми), Суд вважає, що поводження із заявником має рівень серйозності, що дозволяє його кваліфікацію як таке, що принижує гідність за змістом статті 3 Конвенції.

124. Відповідно, мало місце істотне порушення статті 3 Конвенції у зв'язку зі стерилізацією першої заявниці.

125. З причин, викладених у пункті 122 вище, у контексті справи першої заявниці, які є однаково важливими стосовно другої заявниці, а також з огляду на наслідки, які вона спричинила для неї, Суд дійшов висновку, що стерилізація другої заявниці була також несумісна з вимогою поваги до її людської свободи і гідності і досягла рівня тяжкості шкоди, що заподіяна таким лікуванням шкоди в рамках статті 3.

126. Відповідно, було суттєво порушено статтю 3 Конвенції внаслідок стерилізації другого заявника.

B. Стверджується невиконання ефективного розслідування

127. Перша та друга заявниці стверджували, що дії органів влади стосовно їхньої стерилізації не відповідали стандартам ефективного розслідування і, таким чином, порушили їх обов'язок за процедурним аспектом статті 3 Конвенції.

128. Уряд стверджував, що відповідні питання справи були детально розглянуті трьома рівнями органів прокуратури в контексті кримінального розслідування, а також у контексті цивільного судочинства. Останнє призвело до висновку, що стерилізація першої та другої заявниць суперечила відповідному законодавству. Уряд стверджував, що органи влади провели ефективне розслідування заяв про нелюдське та таке, що принижує гідність, поводження з заявниками і що вони продемонстрували належну увагу в цьому контексті.

(…)

130. У цій справі цивільні суди розглянули обставини, пов'язані зі стерилізацією першої та другої заявниць, і вони визнали, що в обох випадках це було порушенням встановлених законом вимог. Вони надали другій заявниці компенсацію і дійшли висновку, що перша заявниця не мала права на компенсацію, оскільки вона пройшла гістеректомію через кілька днів після її стерилізації.

131. Справа також розглядалася трьома рівнями органів прокуратури та Конституційним судом. Хоча органи прокуратури дійшли висновку, що в контексті стерилізації жінок-ромів, включаючи першу та другу заявниць, не було вчинено жодного злочину, вони звернулися до відповідних фактів. Таким чином, перша і друга заявниці мали можливість оскаржувати дії працівників лікарень, які, на їх думку, були незаконними. Їх скарги перевірені національними органами влади. Таким чином, питання відповідальності медичних працівників було вирішено в цивільному судочинстві.

132. Що стосується вимоги провести розслідування якнайшвидше, Суд зазначає, що цивільний процес у справі про першу заявницю тривав п'ять років і вісім місяців, протягом якого розглядалася справа двічі судами на двох рівнях юрисдикції. Розгляд справи другої заявниці тривав шість років і п'ять місяців. Апеляційний суд двічі скасував рішення суду першої інстанції як помилкове. Кримінальне провадження тривало понад п'ять років і три місяці. Це правда, що розслідування було складним, з огляду на предмет та кількість залучених людей, а також участь декількох органів влади, включаючи слідчих поліції, прокурорів на трьох рівнях та Конституційний суд. Однак Конституційний Суд двічі встановив, що органи прокуратури не змогли правильно розібратися зі справою. У результаті розслідування було значно пролонговано.

133. З урахуванням вищевикладеного, спосіб, яким внутрішня влада розслідувала справу, був несумісним з вимогою розумної оперативності.

134. Отже, відбулося порушення процедурних аспектів статті 3 Конвенції стосовно як першого, так і другого заявників». [I. G. and Others v. Slovakia (15966/04). ECHR 212-XI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–114514]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 134 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

134.4.1. Не може визнаватися добровільною згода потерпілої особи на проведення аборту чи стерилізації, якщо така згода отримана без повного і всебічного інформування про можливі

наслідки операції та наявність альтернативних засобів, а також коли особа знаходилися в стані, що дає підстави сумніватися в її здатності розуміти зазначені наслідки та альтернативи.
(Див.: 134.3.1)

134.4.2. Імовірність задоволення ЄСПЛ скарги на порушення прав людини особи внаслідок незаконного проведення аборту або стерилізації значно підвищується, коли органами влади не виконаний обов'язок проведення оперативного та ретельного розслідування за ст. 134 КК України.
(Див.: 134.2.2 і 134.3.1)

134.4.3. У випадку поширення практики незаконного проведення аборту або стерилізації стосовно певної групи жінок за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, інвалідності, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками вчинене утворює сукупність даного злочину (ст. 134) та злочину, передбаченого ст. 161 КК України.
(Див.: 134.3.1)

134.4.4. У випадку проведення аборту або стерилізації з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі вчинене кваліфікується як геноцид (ст. 442 КК України).
(Див.: параграфи 1–3 до ст. 442 КК України)

134.4.5. Якщо примушування до стерилізації вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного військового чи невійськового нападу на цивільне населення з метою проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, таке діяння за нормами міжнародного права розглядається як злочин проти людяності. Однак у зв'язку з тим, що зазначені норми міжнародного права не імплементовані до КК України, кожне таке діяння, що вчиняється в рамках широкомасштабного або систематичного нападу з метою проведення політики держави або організації, кваліфікується як окремий злочин за ч. 4 або ч. 5 ст. 134 КК України.
(Див.: XX.1.5; XX.4.2; XX.4.3)

134.4.6. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК України, в яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («порушення встановленого законом порядку»), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість за необхідності за належної правової допомоги передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.
(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підп. 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

Стаття 135. Залишення в небезпеці

1. Завідоме залишення без допомоги особи, яка перебуває в небезпечному для життя стані і позбавлена можливості вжити заходів до самозбереження через малолітство, старість, хворобу або внаслідок іншого безпорадного стану, якщо той, хто залишив без допомоги, зобов'язаний був піклуватися про цю особу і мав змогу надати їй допомогу, а також у разі, коли він сам поставив потерпілого в небезпечний для життя стан, –

карається обмеженням волі на строк до двох років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені матір'ю стосовно новонародженої дитини, якщо матір не перебувала в обумовленому пологами стані, –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили смерть особи або інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

Стаття 136. Ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані

1. Ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані, при можливості надати таку допомогу або неповідомлення про такий стан особи належним установам чи особам, якщо це спричинило тяжкі тілесні ушкодження, –

караються штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин, або арештом на строк до шести місяців.

2. Ненадання допомоги малолітньому, який завідомо перебуває в небезпечному для життя стані, при можливості надати таку допомогу або неповідомлення про такий стан дитини належним установам чи особам –

караються штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили смерть потерпілого, –

караються обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

(Стаття 136 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 137. Неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей

1. Невиконання або неналежне виконання професійних чи службових обов'язків щодо охорони життя та здоров'я неповнолітніх внаслідок недбалого або несумлінного до них ставлення, якщо це спричинило істотну шкоду здоров'ю потерпілого, –

карається штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Абзац другий частини першої статті 137 в редакції Закону № 2556-VI від 23.09.2010)

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили смерть неповнолітнього або інші тяжкі наслідки, –

караються обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Частина друга статті 137 в редакції Закону № 2556-VI від 23.09.2010)

Стаття 138. Незаконна лікувальна діяльність

Заняття лікувальною діяльністю без спеціального дозволу, здійснюване особою, яка не має належної медичної освіти, якщо це спричинило тяжкі наслідки для хворого, –

карається виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

Стаття 139. Ненадання допомоги хворому медичним працівником

1. Ненадання без поважних причин допомоги хворому медичним працівником, який зобов'язаний, згідно з установленими правилами, надати таку допомогу, якщо йому завідомо відомо, що це може мати тяжкі наслідки для хворого, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або громадськими роботами на строк до двохсот годин, або виправними роботами на строк до двох років.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило смерть хворого або інші тяжкі наслідки, –

карається обмеженням волі на строк до чотирьох років або позбавленням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Стаття 139 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 140. Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником

1. Невиконання чи неналежне виконання медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків внаслідок недбалого чи несумлінного до них ставлення, якщо це спричинило тяжкі наслідки для хворого, –

карається позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило тяжкі наслідки неповнолітньому, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Стаття 141. Порушення прав пацієнта

Проведення клінічних випробувань лікарських засобів без письмової згоди пацієнта або його законного представника, або стосовно неповнолітнього чи недієздатного, якщо ці дії спричинили смерть пацієнта або інші тяжкі наслідки, –

карається обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

(Стаття 141 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 142. Незаконне проведення дослідів над людиною

1. Незаконне проведення медико-біологічних, психологічних або інших дослідів над людиною, якщо це створювало небезпеку для її життя чи здоров'я, –

карається штрафом до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до чотирьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо неповнолітнього, двох або більше осіб, шляхом примушування або обману, а так само якщо вони спричинили тривалий розлад здоров'я потерпілого, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

Стаття 143. Порушення встановленого законом порядку трансплантації анатомічних матеріалів людини

1. Порушення встановленого законом порядку трансплантації анатомічних матеріалів людини –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років,

з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Вилучення у людини шляхом примушування або обману її анатомічних матеріалів з метою їх трансплантації –

карається позбавленням волі на строк до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частиною другою цієї статті, вчинені щодо особи, яка перебувала в безпорадному стані або в матеріальній чи іншій залежності від винного, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до семи років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

4. Незаконна торгівля анатомічними матеріалами людини –

карається позбавленням волі на строк до п'яти років.

5. Дії, передбачені частинами другою, третьою чи четвертою цієї статті, вчинені за попередньою змовою групою осіб, або участь у транснаціональних організаціях, які займаються такою діяльністю, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади і займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 143 в редакції Закону № 2427-VIII від 17.05.2018)

Стаття 144. Насильницьке донорство

1. Насильницьке або шляхом обману вилучення крові у людини з метою використання її як донора –

карається позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до двох років, з штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян чи без такого.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо неповнолітнього або особи, яка перебувала в безпорадному стані чи в матеріальній залежності від винного, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

3. Дії, передбачені частинами першою і другою цієї статті, вчинені за попередньою змовою групою осіб або з метою продажу, –

караються позбавленням волі на строк до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

§1. Норми міжнародного права
щодо правопорушень у сфері медицини

139.1.1. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 1612.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.1973)
*«**Стаття** 7*

Нікого не може бути піддано катуванню чи жорстокому, нелюдському або принижуючому гідність поводженню чи покаранню. Зокрема, жодну особу не може бути без її вільної згоди піддано медичним чи науковим дослідам». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

139.1.2. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 20 – Стаття 7 (заборона катувань або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання)»

(Сорок четверта сесія – 1992 рік)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«7. В статье 7 содержится однозначное запрещение проведения медицинских или научных опытов без свободного согласия соответствующего лица. Комитет отмечает, что в докладах госу-

дарств участников обычно содержится мало информации по этому вопросу. Следует уделять больше внимания необходимости и путям обеспечения соблюдения данного положения. Комитет также отмечает, что особую защиту в связи с проведением таких опытов следует обеспечить для лиц, не способных давать предусмотренное законом согласие, в частности, лиц, которые подвергаются какой либо форме содержания под стражей или лишения свободы. Эти лица не должны являться объектом медицинских или научных опытов, которые могут причинить вред их здоровью». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 20 – Стаття 7 (заборона катувань або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання)» (Сорок четверта сесія – 1992 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

139.1.3. Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину

(Рада Європи, від 04.04.1997)

(підписано від України 22.03.2002)

*«**Стаття 5. Загальне правило***

Будь-яке втручання у сферу здоров'я може здійснюватися тільки після добровільної та свідомої згоди на нього відповідної особи.

Такій особі заздалегідь надається відповідна інформація про мету і характер втручання, а також про його наслідки та ризики.

Відповідна особа у будь-який час може безперешкодно відкликати свою згоду.

Стаття 6. Захист осіб, які неспроможні дати згоду

1. З урахуванням статей 17 і 20 нижче, втручання по відношенню до особи, яка є недієздатною давати згоду, може здійснюватися тільки за умови, що воно матиме безпосередню користь для такої особи.

2. Якщо відповідно до законодавства неповнолітня особа є недієздатною давати свою згоду на втручання, таке втручання може здійснюватися тільки із дозволу її представника або органу влади, або особи, або закладу, визначеного законом.

Думка неповнолітньої особи враховується як визначальний чинник, важливість якого збільшується пропорційно віку та ступеню зрілості цієї особи.

3. Якщо відповідно до законодавства повнолітня особа внаслідок психічного захворювання, хвороби або через аналогічні причини є недієздатною давати згоду на втручання, втручання може здійснюватися тільки із дозволу її представника або органу влади, або особи, або закладу, визначеного законом.

Відповідна особа у міру можливості бере участь у процедурі надання дозволу.

4. Представнику, органу влади, особі чи закладу, зазначеним у пунктах 2 і 3 вище, надається інформація, згадана у статті 5, на таких самих умовах.

5. Дозвіл, зазначений у пунктах 2 і 3 вище, у будь-який час може бути відкликаний у найвищих інтересах відповідної особи.

(…)

Стаття 8. Надзвичайна ситуація

Якщо через надзвичайну ситуацію відповідна згода не може бути отримана, будь-яке необхідне з медичної точки зору втручання може негайно здійснюватися в інтересах здоров'я відповідної особи.

Стаття 9. Попередньо висловлені побажання

Якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним раніше.

(…)

Стаття 13. Втручання в геном людини

Втручання з метою видозміни геному людини може здійснюватися лише у профілактичних, діагностичних або лікувальних цілях, і тільки якщо воно не має на меті внести будь-яку видозміну у геном нащадків.

Стаття 14. Заборона селекції статі

Використання медичних репродуктивних технологій з метою селекції статі майбутньої дитини не дозволяється, за винятком випадків, коли необхідно уникнути серйозного спадкового захворювання, пов'язаного зі статтю.

(…)

Стаття 16. Захист осіб, на яких проводяться наукові дослідження

Наукове дослідження на людині може проводитися тільки за умови виконання усіх таких вимог:

i) відсутність альтернативи, ефективність якої була б аналогічною ефективності досліджень на людях;

ii) ризики, на які може наражатися така особа, мають бути сумірні потенційній користі від дослідження;

iii) проект дослідження має бути затверджений компетентним органом після проведення незалежної експертизи його наукової цінності, включаючи оцінку важливості мети дослідження, та багатодисциплінарного розгляду його прийнятності з етичної точки зору;

iv) особи, на яких проводяться дослідження, мають бути поінформовані про їхні права та гарантії, встановлені законодавством для їхнього захисту;

v) необхідна згода, передбачена у статті 5, має бути надана чітко, конкретно, і вона має бути задокументована. Така згода може бути безперешкодно відкликана у будь-який час.

Стаття 17. Захист осіб, які неспроможні дати згоду на дослідження

1. Дослідження на особах, які є недієздатними давати згоду, зазначену у статті 5, можуть проводитися тільки за умови виконання усіх таких вимог:

i) вимоги, викладені у підпунктах i-iv статті 16, мають бути виконані;

ii) результати дослідження можуть реально та безпосередньо позитивно вплинути на здоров'я такої особи;

iii) дослідження порівнянної ефективності не можуть бути проведені на особах, здатних давати згоду;

iv) необхідний дозвіл, передбачений у статті 6, було надано конкретно та у письмовій формі;

v) відсутність заперечень з боку відповідної особи.

2. У виняткових випадках та згідно із вимогами захисту, встановленими законом, якщо дослідження не може безпосередньо позитивно вплинути на здоров'я відповідної особи, його проведення може бути дозволене за умови виконання вимог, зазначених у підпунктах i, iii, iv та v пункту 1 вище, та за умови задоволення таким додатковим вимогам:

i) дослідження має на меті – шляхом суттєвого поглиблення наукових знань про стан здоров'я особи, її захворювання або розлад – сприяти отриманню результатів, що дозволяють поліпшити стан здоров'я відповідної особи чи інших осіб такої самої вікової категорії, або осіб, що страждають таким самим захворюванням чи розладом або перебувають у такому самому стані;

ii) відповідна особа внаслідок дослідження наражається на мінімальний ризик та мінімальні проблеми.

(…)

Стаття 19. Загальне правило

1. Видалення у живого донора органів і тканин для цілей трансплантації може здійснюватися тільки з метою лікування реципієнта та за умови відсутності необхідного органа чи необхідної тканини померлої особи та іншого альтернативного методу лікування порівнянної ефективності.

2. Необхідна згода, передбачена у статті 5, повинна надаватися чітко та конкретно або у письмовій формі, або у відповідному офіційному органі.

Стаття 20. Захист осіб, які неспроможні дати згоду на видалення органу

1. Видалення органу або тканини у особи, яка є недієздатною давати на це згоду, передбачену у статті 5, забороняється.

2. У виняткових випадках та згідно із вимогами захисту, встановленими законом, видалення регенеративної тканини у особи, яка є недієздатною давати на це згоду, може бути дозволене за умови виконання таких вимог:

і) відсутність сумісного донора, який є дієздатним давати відповідну згоду;

іі) реципієнт є братом або сестрою донора;

ііі) трансплантація здійснюється для збереження життя реципієнта;

іv) дозвіл, передбачений у пунктах 2 і 3 статті 6, було надано конкретно та у письмовій формі відповідно до закону та за погодженням із компетентним органом;

v) відсутність заперечень з боку відповідного потенційного донора.

Стаття 21. Заборона отримання фінансової вигоди

Тіло людини та його частини як такі не повинні бути джерелом отримання фінансової вигоди.

Стаття 22. Використання видаленої частини тіла людини

Якщо під час втручання видаляється якась частина тіла людини, вона може передаватися на збереження та використовуватися з іншою метою, ніж та, заради якої її було видалено, тільки за умови дотримання відповідних процедур інформування та надання згоди.

(…)

Стаття 26. Обмеження на здійснення прав

1. Здійснення прав і положень про захист, що містяться у цій Конвенції, не підлягає жодним обмеженням, за винятком тих, які встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах громадської безпеки, з метою запобігання злочинам, для захисту здоров'я населення чи з метою захисту прав і свобод інших людей.

2. Передбачені у попередньому пункті обмеження не можуть застосовуватися до статей 11, 13, 14, 16, 17, 19, 20 і 21». [Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину. (Рада Європи, від 04.04.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_334]

139.1.4. Додатковий протокол до Конвенції про права людини та біомедицину щодо трансплантації органів і тканин людини (ETS N 186)

(Рада Європи, від 24.01.2002)

(підписання Україною 26.06.2006)

«Статья 2. Сфера применения и определения

1. Настоящий Протокол применяется к трансплантации органов и тканей человека, осуществляемой в лечебных целях.

2. Положения настоящего Протокола, применимые к тканям, также применяются к клеткам, включая кровообразующие зародышевые клетки.

3. Протокол не применяется:

a. к репродуктивным органам и тканям;

b. эмбриональным органам и тканям;

c. крови и производным крови.

4. Для целей настоящего Протокола:

– термин «трансплантация» означает полный процесс удаления органа или ткани у одного лица и имплантацию этого органа или ткани другому лицу, включая все процедуры по подготовке, сохранности и хранению;

– за исключением положений статьи 20, термин «удаление» относится к удалению в целях имплантации.

(…)

Статья 9. Общие правила

Удаление органов и тканей у живого лица может быть осуществлено исключительно с лечебной пользой для получателя, если не имеется подходящего органа или ткани у умершего лица и нет альтернативных лечебных методов аналогичной эффективности.

Статья 10. Потенциальные доноры органов

Удаление органа у живого донора может быть осуществлено для пользы получателя, с которым донор состоит в близких родственных отношениях, как определено законодательством, или при отсутствии таких отношений согласно условиям, определенным законодательством, и с согласия соответствующего независимого органа.

Статья 11. Оценка риска для донора

Для оценки и уменьшения физического и психологического риска для здоровья донора до удаления органа или ткани проводится соответствующее медицинское обследование и вмешательство.

Удаление не может быть осуществлено, если имеется серьезный риск для жизни или здоровья донора.

Статья 12. Информация для донора

Донору и, если применимо, лицу или органу, обеспечивающему разрешение согласно пункту 2 статьи 14 настоящего Протокола, заранее предоставляется соответствующая информация о цели и характере удаления, а также его последствиях и рисках.

Им также предоставляется информация о правах и гарантиях, предусмотренных законодательством для защиты донора. В частности, им предоставляется информация о праве получить независимую консультацию о рисках у медицинских специалистов, имеющих соответствующий опыт и не занятых в процессе удаления органа или ткани или их последующей трансплантации.

Статья 13. Согласие живого донора

При соблюдении положений статей 14 и 15 настоящего Протокола орган или ткань могут быть удалены у живого донора только после того, как соответствующее лицо даст свободное, информированное и определенное согласие на это в письменной форме или официальному органу.

Соответствующее лицо может в любой момент отозвать согласие.

Статья 14. Защита лиц, не способных дать согласие на удаление органа или ткани

1. Удаление органа или ткани не может быть осуществлено у лица, которое не способно дать согласие в соответствии со статьей 13 настоящего Протокола.

2. Как исключение и согласно условиям защиты, предусмотренным законодательством, удаление регенеративной ткани у лица, не способного дать согласие, может быть разрешено при соблюдении следующих условий:

i. не существует совместимого донора, способного дать согласие;

ii. получатель является братом или сестрой донора;

iii. пожертвование органа является жизненно необходимым для получателя;

iv. специальное разрешение его или ее представителя, власти, лица или органа, предусмотренных законодательством, дано в письменном виде и заверено компетентным органом;

v. соответствующий потенциальный донор не возражает.

Статья 15. Удаление клетки у живого донора

Законодательством может быть предусмотрено, что положения пункта 2 статьи 14 подпункты i и ii не применяются к клеткам в той мере как это установлено, если их удаление подразумевает только минимальный риск и минимальную тяжесть для донора.

Статья 16. Свидетельство о смерти

Органы и ткани не могут быть удалены у умершего лица, если это лицо не признано умершим в соответствии с законодательством.

Доктора, свидетельствующие о смерти лица, не должны непосредственно участвовать в удалении органов или тканей у умершего лица или в последующих процедурах трансплантации или несут ответственность за потенциальных получателей органа или ткани.

Статья 17. Согласие и разрешение

Органы и ткани не удаляются у умершего лица, если требующееся в соответствии с законодательством согласие или разрешение на такое удаление не будет получено.

Удаление не может быть осуществлено, если умершее лицо возражало против этого.

(…)

Статья 21. Запрещение извлечения финансовой выгоды

1. Тело человека и его части не должны использоваться для извлечения финансовой выгоды или получения сравнимых преимуществ.

Вышеупомянутое положение не препятствует платежам, которые не образуют финансовую выгоду или сравнимые преимущества, в частности:

– компенсации потерь заработков и других законных расходов живых доноров, вызванных удалением или связанных с медицинскими освидетельствованиями;

– выплате законных сборов за законные медицинские или связанные с ними технические услуги, оказываемые в связи с трансплантацией;

– компенсации в случае непредусмотренного ущерба, понесенного в результате удаления органов или тканей у живого лица.

2. Объявления о необходимости или доступности органов или тканей с целью предложения или получения финансовой выгоды и сравнимых преимуществ запрещены.

Статья 22. Запрещение торговли органами и тканями

Торговля органами и тканями запрещена.

(…)

Статья 24. Нарушения прав или принципов

Стороны обеспечивают соответствующую судебную защиту для предотвращения или пресечения незаконного нарушения прав и принципов, установленных настоящим Протоколом, с уведомлением в кратчайшие сроки». [Додатковий протокол до Конвенції про права людини та біомедицину щодо трансплантації органів і тканин людини (ETS N 186). (Рада Європи, від 24.01.2002). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_684]

139.1.5. Резолюція 43/173 «Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином»

(ООН, від 09.12.1988)

(див: 0.4.1).

Приложение

Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме

Сфера применения Свода принципов

Настоящие Принципы применяются для защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме.

(…)

Принцип 22

Ни одно задержанное или находящееся к заключении лицо не должно даже с его согласия подвергаться каким-либо медицинским или научным опытам, могущим повредить его здоровью.

(…)

Общее положение

Ничто в настоящем Своде принципов не должно истолковываться в смысле ограничения или отхода от любого права, как оно определено в Международном пакте о гражданских и политических правах». [Резолюція 43/173 «Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином» (ООН, від 09.12.1988). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_206]

139.1.6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«***Стаття 2. Право на життя***

1. Право кожного на життя охороняється законом. (…)

Стаття 3. Заборона катування

Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню.

Стаття 8. Право на повагу до приватного і сімейного життя

1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції.

2. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для за-

побігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо правопорушень у сфері медицини

139.2.1. Справа «Calvelli and Ciglio v. Italy»

«48. Суд повторює, що перше речення статті 2, яке є одним з найбільш основоположних положень Конвенції, а також закріплює одну з основних цінностей демократичних суспільств, що входять до складу Ради Європи, зобов'язує державу не тільки утримуватися від «навмисного» позбавлення життя, але і вживати відповідних заходів для захисту життя осіб, які перебувають під її юрисдикцією.

49. Ці принципи застосовуються і у сфері громадської охорони здоров'я. Таким чином, вищезазначені позитивні зобов'язання вимагають від держав прийняття правил, які зобов'язують лікарні, державні або приватні, вживати належних заходів для захисту життя своїх пацієнтів. Вони також вимагають створення ефективної незалежної судової системи, щоб можна було визначити причину смерті пацієнтів, що знаходяться під опікою медичної професії, в державному чи приватному секторі, а також винних у цьому осіб». [Calvelli and Ciglio v. Italy (32967/96). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–60329] (Неофіційний авторський переклад).

139.2.2. Справа «VO v. France»

«88. Суд повторює, що перше речення статті 2 Конвенції, яке є одним з найбільш основоположних положень Конвенції, а також закріплює одну з основних цінностей демократичних суспільств, що входять до складу Ради Європи, вимагає від держави не тільки утримуватися від навмисного позбавлення життя, але і вживати належних заходів для захисту життя тих, хто перебуває під її юрисдикцією.

89. Ці принципи застосовуються і у сфері громадської охорони здоров'я. Позитивні зобов'язання вимагають від держав прийняття правил, які спонукають лікарні, приватні або державні, вживати належних заходів для захисту життя пацієнтів. Вони також вимагають створення ефективної незалежної судової системи, щоб можна було визначити причину смерті пацієнтів, що знаходяться під опікою медичної професії, в державному або приватному секторі, і відповідальних осіб.

90. (…) Суд неодноразово заявляв, що ефективна судова система, як того вимагає стаття 2, може і за певних обставин включати в себе звернення до кримінального права. Однак якщо порушення права на життя або фізичну недоторканність вчинене ненавмисно, позитивне зобов'язання, що накладається статтею 2 для створення ефективної судової системи, необов'язково вимагає застосування кримінального права в кожному випадку. У конкретній сфері медичної недбалості зобов'язання може, наприклад, також бути обмежено, якщо правова система надає жертвам засоби правового захисту в цивільних судах, або самостійно, або в поєднанні з засобом правового захисту в кримінальних судах, якщо забезпечена будь-яка відповідальність винних лікарів, наприклад цивільне відшкодування збитків та публікація рішення. Також можуть бути передбачені дисциплінарні заходи». [VO v. France (53924/00). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–61887] (Неофіційний авторський переклад).

139.2.3. Справа «Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia»

«136. Свобода погодитися або відмовитися від медичної допомоги чи обрати альтернативну форму лікування є життєво важливими для принципів самовизначення та особистої автономії. Компетентний дорослий пацієнт вільний вирішити, наприклад, чи слід проводити хірургічне втручання або лікування, зокрема переливання крові. Для того щоб ця свобода була значущою, пацієнти повинні мати право робити вибір, який узгоджується з власними поглядами та цінностями, незалежно від того, наскільки ірраціональним, нерозумним чи необачним такий вибір може здаватися іншим. (…) вільний вибір і самовизначення самі по собі є основними складовими життя, і за відсутності будь-яких вказівок на необхідність захисту третіх сторін, наприклад на

обов'язкову вакцинацію під час епідемії, держава повинна утримуватися від втручання в особисту свободу вибір у сфері охорони здоров'я, оскільки таке втручання може лише зменшити, а не підвищити цінність життя». [Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia (302/02). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–99221] (Неофіційний авторський переклад).

139.2.4. Справа «Pretty v. The United Kingdom»

«39. У всіх справах, які розглядав Суд, він постійно наголошував на обов'язку держави забезпечувати захист життя. Суд не визнав переконливим твердження, що ґарантоване статтею 2 «право на життя» може тлумачитися як таке, що містить у собі неґативний аспект. Хоча, наприклад, у контексті статті 11 Конвенції, Суд визнав, що свобода об'єднання включає не лише право приєднуватися до об'єднання, а й відповідну свободу людини від примусового включення її в об'єднання, Суд зауважує, що поняття свободи передбачає певну можливість вибору щодо її здійснення. Формулювання статті 2 Конвенції відрізняється від статті 11. Вона не стосується питань, пов'язаних з якістю життя, чи вибору, який людина робить стосовно свого життя. Тією мірою, якою ці аспекти визнаються настільки принциповими для умов людського існування, що вимагають від держави втручання, вони можуть відбиватися в правах, ґарантованих іншими статтями Конвенції або в інших міжнародних документах з прав людини. Статтю 2 неможливо, якщо не перекручувати її текст, тлумачити як таку, що надає діаметрально протилежне право, а саме: право померти; не може вона й створювати право на самовизначення, тобто надавати людині право обирати не життя, а смерть.

40. Тому Суд вважає, що жодного права померти – чи то з допомогою третьої особи, чи з допомогою державного органу – випливати зі статті 2 Конвенції не може.

41. На переконання заявниці, відмова визнати, що Конвенція ґарантує право померти, означає, що ті країни, які дозволяють суїцид зі сторонньою допомогою, порушують Конвенцію. У цій справі Суд не зобов'язаний оцінювати, чи забезпечує правовий режим у тій або іншій країні захист права на життя. (…) Проте, навіть якщо переважаючі обставини у певній країні, які дозволяють суїцид зі сторонньою допомогою, визнані такими, що не порушують статті 2 Конвенції, це не може допомогти (…) , коли розглядається зовсім інше твердження – що Сполучене Королівство порушить свої зобов'язання за статтею 2, якщо не дозволить вчинити самогубство зі сторонньою допомогою, – не доведено». [Pretty v. The United Kingdom (2346/02). http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=596]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо порушень прав людини в галузі медицини

139.3.1. Справа «Isiltan v. Turkey»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
(неофіційний авторський переклад)
«ЩОДО ЗАКОНУ

1. Заявник скаржиться на порушення права своєї доньки на життя, оскільки вона загинула внаслідок операції в лікарні, а суди на підставі висновків адміністративних органів відмовилися притягнути лікарів до кримінальної відповідальності. Із цього приводу він посилається на статтю 2 Конвенції. Він стверджує про порушення статей 10 і 11 національного нормативного акта про медичну етику в тому, що хірурги почали операцію, незважаючи на неможливість лікування в Туреччині.

(…)

У зв'язку з цим Комісія зазначає, що кримінальна скарга заявника проти медичної команди, яка здійснила операцію, була розглянута слідчим, який на підставі висновку експерта, спеціаліста з нейрохірургії, видав постанову про відхилення кримінальної скарги заявника.

За відсутності будь-яких нових доказів, поданих до Комісії, і будь-яких ознак того, що адміністративні та судові органи довільно оцінили надані їм докази, Комісія повинна дійти висновку, спираючись на факти справи, як вони були встановлені національними органами влади.

Комісія зауважує, що Conseil d'Etat дійшов висновку, що не було вини хірургів у смерті пацієнтки. При цьому він високо оцінив медичні експертні звіти, які були послідовними.

Звичайно, Комісія усвідомлює всю глибину трагічності обставин справи.

Однак сам по собі факт, що донька заявника померла після операції, яка проведена хірургами для лікування злоякісної пухлини, за конкретних обставин справи недостатній, щоб зробити висновок про порушення права на життя у значенні статті 2 Конвенції.

Із цього випливає, що ця заява є явно необґрунтованою у значенні пункту 27 статті 27 Конвенції». [Isiltan v. Turkey (20948/92). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–26340]

139.3.2. Справа «Арская проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«69. Щодо припущення комісії із службового розслідування та головного лікаря про те, що сам син заявниці був відповідальним за смертельний наслідок у зв'язку з його неодноразовою відмовою від лікування, Суд зазначає, що свобода погоджуватись або відмовлятись від призначеного лікування є надзвичайно важливим принципом самовизначення та особистої незалежності. У сфері медичної допомоги відмова від певного лікування може неминуче призвести до летального результату, але нав'язування лікування без згоди психічно здорової дорослої людини є нехтуванням фізичною недоторканністю людини таким чином, що це може порушити права, закріплені в п. 1 статті 8 Конвенції. Однак стаття 2 Конвенції закріплює принцип недоторканності життя, що особливо очевидно у випадку лікаря, який виконує свої обов'язки, щоб врятувати життя, і повинен діяти в інтересах його або її пацієнтів. Таким чином, Суд постановив, що ця стаття зобов'язує органи влади запобігати прийняттю людиною рішення щодо позбавлення себе життя, якщо таке рішення не було прийнято без примусу і з повним розумінням того, про що йде мова. Звідси випливає, що одним з основних питань у визначенні правомірності відмови пацієнта від медичного лікування є питання про його або її здатність приймати рішення.

70. Однак у цьому випадку комісія із службового розслідування та головний лікар не перевіряли чи був С. спроможний приймати раціональне рішення щодо його лікування і, як наслідок, чи дійсно відмова С. була обов'язковою для лікарів і чи повинні були вони утриматись від вжиття заходів, необхідних для запобігання його смерті. Вони не розглядали питання про здатність С. розуміти, хоча навіть в матеріалах справи здоровий глузд С. було поставлено під сумнів. Крім того, той факт, що лікарі запросили до С. психіатра, припускає, що вони сумнівалися в розумовій здатності С. приймати раціональні рішення. Примітно, що психіатр зробив висновок, що С. страждав від психічного розладу і не дійшов висновку, що С. був достатньо психічно здоровим, щоб сформувати судження щодо свого лікування. Незважаючи на це, симптоми, які спостерігалися медичними працівниками, та висновки психіатра не завадили лікарям та особам, які проводили розслідування, прийняти відмову пацієнта від лікування як обґрунтовану.

71. За цих умов неможливо зробити висновок, що комісія з розслідування та головний лікар зробили належну спробу розглянути всі відповідні факти, що стосуються смерті сина заявниці, та встановити відповідальних осіб, як того вимагає стаття 2 Конвенції.

(…)

73. Примітно, що згадане питання осудності С. у зв'язку з відмовою від лікування було нарешті винесено на експертизу більше як через шість років після інциденту. До компетенції Суду не належить розгляд питання щодо достовірності судово-психіатричної експертизи від 14 вересня 2007 року, під час якої після значного періоду часу довелося мати справу з таким складним питанням на основі обмеженого матеріалу. Проте Суд зазначає, що найбільш надійну відповідь на це питання можна було б отримати в ході безпосереднього огляду пацієнта під час його госпіталізації.

(…)

87. Крім того, Суд зазначає, що при розгляді питання щодо злочинної недбалості лікарів місцева влада багато в чому спиралась на той факт, що син заявниці неодноразово відмовлявся від життєво необхідного лікування, яке йому було запропоновано своєчасно. Як зазначалося вище,

незважаючи на симптоми психічного розладу С., лікарі прийняли ці відмови як цілком свідомі, не піддаючи сумніву здатність С. приймати раціональні рішення, що стосуються його лікування. Примітно, що якщо б С. погодився на лікування, результат міг би бути іншим.

88. Навіть незважаючи на те, що після смерті С. місцеві органи влади зрештою дійшли висновку, що його психічний стан не впливав на його здатність приймати рішення, Суд вважає, що питання щодо юридичної значимості відмови С. від життєво важливого лікування необхідно було розглянути у доречний час, а саме коли медичний персонал утримувався від надання запропонованого лікування відповідно до рішення пацієнта. З точки зору статті 2 Конвенції чітка позиція з цього питання була необхідною на той час, щоб виключити ризик прийняття пацієнтом рішення без повного усвідомлення важливості визначеного лікування. Значною мірою це ключове питання було неналежним чином розглянуто лікарями під час госпіталізації С. через те, що національне законодавство у цій сфері недостатньо ефективно визначало умови, за яких відмова від лікування була правочинною і обов'язковою для медичного персоналу. Ця справа свідчить, зокрема, що нормативно-правова база не гарантувала відповідним чином, що здатність пацієнта приймати рішення буде оперативно і об'єктивно встановлена за допомогою справедливої і належної процедури.

ЄСП дійшов висновку про порушення ст. 2 Конвенції». [Арская проти України (Arskaya v. Ukraine). (45076/05). http://old.minjust.gov.ua/file/37842.docx]

139.3.3. Справа «Бендерський проти України»

Фактичні обставини:

У серпні 1998 року заявник, хворий на рак сечового міхура, та Міжрегіональний науковий центр клінічної лімфохірургії ЛТД (далі – Центр) м. Харцизька підписали договір про надання медичних послуг у період з 27 серпня до 4 жовтня 1998 року. 1 вересня 1998 року заявника було прооперовано.

Після операції, попри лікування в Центрі, а згодом у місцевій лікарні, стан здоров'я заявника погіршився. 22 березня 1999 року його було госпіталізовано до протипухлинного Центру в Донецьку, де йому видалили сечовий міхур. Під час цієї операції в сечовому міхурі заявника було виявлено марлеву серветку розміром 10 х 20 см.

29 вересня 1999 року заявник звернувся до Куйбишевського районного суду із позовом до Міжрегіонального наукового центру клінічної лімфохірургії щодо розірвання договору про надання медичних послуг та відшкодування шкоди, завданої здоров'ю неналежним лікуванням.

У своєму позові заявник наголошував, що в період між двома операціями його не оперували та що стан його здоров'я (гострий та сильний біль, гнійне запалення, втрата свободи пересування та здатності працювати фізично) погіршився через наявність стороннього тіла в його організмі. Зокрема, заявник також наголосив, що його психічні страждання безпосередньо пов'язані, між іншим, з його соціальною ізоляцією, а шок – з виявленням серветки.

У своїх свідченнях Центр-відповідач відповів, що серветки не використовувалися під час операції. Що стосується серветки, то вона могла потрапити в сечовий міхур заявника під час перев'язок вдома так, що цього не помітили. За твердженнями Центру запалення сечового міхура було викликано не зазначеною серветкою, а нирковою інфекцією, яка пов'язана з пієлонефритом.

Рішенням від 6 липня 2001 року суд відмовив у позові заявнику як недоведеному.

Постановою від 17 липня 2001 року слідчий прокуратури м. Харцизька відмовив у порушенні кримінальної справи щодо персоналу Центру через відсутність ознак злочину в їх діях. У своїй постанові слідчий спирався на висновки суду в рішенні від 6 липня 2001 року та на пояснення персоналу Центру.

Рішення ЄСПЛ:

«42. Суд нагадує, що відповідно до практики, яка відображає принцип належного здійснення правосуддя, судові рішення мають в достатній мірі висвітлювати мотиви, на яких вони базуються. Межі такого обов'язку можуть різнитися залежно від природи рішення та мають оцінюватись в світлі обставин кожної справи. Конвенція не гарантує захист теоретичних та ілюзорних прав, а гарантує захист прав конкретних та ефективних. Право може вважатися ефективним, тільки якщо зауваження сторін насправді «заслухані», тобто належним чином вивчені судом.

43. У даній справі заявнику довелося доводити в судах, що серветку було введено під час операції в Центрі-відповідачі та залишено в сечовому міхурі. Тому для вирішення справ такого типу медичний експертний висновок, безперечно, має вирішальне значення. В даній справі експертний висновок чітко визначив дві умови для проведення операції на сечовому міхурі без застосування серветок. Також стосовно введення серветки в міхур висновок встановив баланс ймовірностей, що свідчить на користь тверджень заявника. Зокрема, згідно з висновком, більш ймовірним є те, що серветку було введено до сечового міхура під час операції; цю ймовірність можна виключати, лише якщо операція проводиться без застосування серветок; малоймовірно, що серветка потрапила до сечового міхура під час перев'язок вдома, за виключенням випадку, коли тампонування здійснено з тиском.

44. Суд зазначає, що в справі під час судового засідання було обговорено та медичними експертами та судами розглянуто дві версії введення серветки, а саме: операційним шляхом та шляхом перев'язок вдома. Суд зазначає, що експертний висновок встановив єдину умову введення серветки під час перев'язок: тампонування свища, здійсненого під значним тиском та за допомогою якогось предмета.

Суд зазначає, що суд заслухав двох лікарів-урологів, які лікували заявника в період між двома операціями.

Ці лікарі, описуючи процедуру перев'язування, не згадали про тампонування. Крім того, вони зазначили, що серветки, використовувані для перев'язок, загалом були у формі «панталонів».

Проте серветка, знайдена в сечовому міхурі заявника, являла собою шматок складеної марлі. З цього приводу лікарі підкреслили, що серветка була з матеріалу, який використовувався під час хірургічних операцій.

45. Суд зазначає, що в своїх позовних заявах заявник чітко посилався на свідчення лікарів, пропонуючи суддям вирішити питання, чи мало місце тампонування сечового міхура під час перев'язок. Проте суди не задовольнили такі вимоги заявника, ні в будь-який інший спосіб не прокоментували свідчення лікарів. Проте, щодо «введення стороннього тіла в сечовий міхур заявника під час операції в Центрі…» суди обмежилися констатацією того, «що є інші засоби введення стороннього тіла в цей орган, навіть якщо вони є малоймовірними». Суд вважає, що судові рішення не містять жодного натяку на будь-яку перешкоду, яка перешкоджала судам детальніше розглянути справу в напрямі, зазначеному заявником.

Зокрема, суди не встановили, що експертний медичний висновок є неповним та не містить суттєвої інформації.

46. Суд вважає, що твердження заявника стосовно відсутності тампонування, який базується на свідченнях лікарів-урологів, був якщо не вирішальним, то принаймні дуже вважливим для вирішення спору, та вимагав, таким чином, особливої та чіткої реакції судів.

За відсутності будь-якої реакції на такий аргумент Суд вважає, що українські судові органи не забезпечили заявнику право на справедливий судовий розгляд в сенсі пункту 1 статті 6 Конвенції». [Бендерський проти України (22750/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_313]

139.3.4. Справа «Glass v. The United Kingdom»

Фактичні обставини:

Перший заявник – хлопчик із тяжкою формою інвалідності; другий заявник – його мати. У липні 1998 року син був у терміновому порядку госпіталізований і прооперований через гостру дихальну недостатність. Лікарі вважали, що він був при смерті, і визнали, що в такому стані йому вже не потрібний подальший курс інтенсивної терапії. Оскільки мати дитини не погодилася з таким висновком лікарів, адміністрація лікарні запропонувала їй, щоб висновок про стан здоров'я дитини і необхідне для нього лікування зробив незалежний фахівець. Пані Glass відмовилася від цієї пропозиції. Стан дитини покращився, і він зміг повернутися додому. Згодом його кілька разів госпіталізували до тієї ж лікарні з інфекцією дихальних шляхів. Знову виникли сильні розбіжності між лікарняними персоналом і пані Glass з приводу методів лікування дитини в разі кризи. В одному випадку, коли виникла кризова ситуація: лікарі вважали, що дитина перебуває в передсмертному стані і з метою зниження болю ввели в його організм діаморфін усупереч бажанню матері. Крім того, в карту хворого без відома матері був внесений запис: «пацієнта до тями не

приводити (DNR)». Цього разу між персоналом лікарні і членами сім'ї дитини спалахнули сварки. Дитина пережила кризу і стан покращився до такої міри, що її можна було забрати додому.

Заявниця звернулася до суду з клопотанням про судову перевірку дій і рішень персоналу лікарні, але суддя відхилив клопотання на тій підставі, що інцидент завершився. У дозволі на подачу апеляційної скарги заявниці було відмовлено.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«70. Суд зазначає, що другий заявник, будучи матір'ю першого заявника – дитини з важкими формами інвалідності, виступав як законний представник останнього. У цій якості другий заявник мав повноваження діяти від імені першого і захищати його інтереси, у тому числі в галузі медичного лікування. (…) зіткнувшись із можливістю введення діаморфіну першому заявнику, другий заявник висловив рішучий опір цій формі лікування. Ці заперечення були проігноровані, навіть незважаючи на рішучу і тривалу незгоду. Слід зазначити, що уряд вказав на те, що лікарі зіткнулися з надзвичайною ситуацією (яка оскаржується заявниками) і повинні були діяти швидко в інтересах першого заявника. Однак цей аргумент не применшує факту втручання. Це скоріше аргумент, який стосується необхідності втручання і повинен бути розглянутий у цьому контексті.

(…)

77. Що стосується легітимності поставленої мети, Суд вважає, що дії, вжиті персоналом лікарні, були призначені як клінічне рішення для задоволення інтересів першого заявника. У зв'язку з цим він (…) відхилив будь-яке припущення, що намір лікарів був прискорити смерть першого заявника, чи то шляхом введення йому діаморфіну, чи то шляхом повідомлення DNR.

78. Звертаючись до питання «необхідності» втручання, Суд вважає, що ситуація, яка виникла в лікарні Сент-Мері в період з 19 по 21 жовтня 1998 року, не може бути ізольована від попередніх обговорень наприкінці липня і на початку вересня 1998 року, між членами лікарняного персоналу і другого заявника про статус першого заявника та про те, як його слід лікувати в разі надзвичайної ситуації. Лікарі в лікарні явно були стурбовані небажанням другого заявника дотримуватися їхніх порад, зокрема погодитися їх думкою, що морфін, можливо, доведеться вводити її синові, щоб полегшити його страждання у кризовій ситуації. У зв'язку з цим не можна випускати з уваги, що лікар записав у своїх записках 8 вересня 1998 року, що звернення до судів може знадобитися для виходу з глухого кута з другим заявником.

(…)

82. Далі Суд зауважує, що факти справи не підтверджують заяви Уряду про те, що під час розмов із лікарями, які відбулися раніше, заявниця висловила згоду на призначення діаморфіну заявникові. Навіть не з'ясовуючи того факту, чи справді ці розмови зосереджувалися навколо призначення діаморфіну заявникові, все одно не можна стверджувати з упевненістю, що така згода була добровільною, прямо висловленою і свідомою. У будь-якому разі, заявниця чітко повідомила про відкликання своєї згоди, а лікарі і Траст повинні були поставитися з повагою до зміни нею своєї думки й утримуватися від спроб подолати її опозицію, що було проявом вельми байдужого ставлення.

83. Суд вважає, що, беручи до уваги обставини справи, рішення медичного персоналу відхилити заперечення другого заявника на пропоноване втручання за відсутності дозволу суду призвело до порушення статті 8 Конвенції. Беручи до уваги цей висновок, він не вважає за необхідне окремо розглядати скаргу заявників щодо запису DNR. Однак відповідно до рішення про прийнятність Суд вважає, що запис був спрямований тільки проти застосування інтенсивного серцевого масажу та інтенсивної респіраторної підтримки і не виключав використання інших методів, таких як надання кисню, щоб зберегти життя першому заявнику». [Glass v. The United Kingdom (61827/00). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–61663]

139.3.5. Справа «Asiye Genç v. Turkey»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«74. Заявник нікого не звинувачує в навмисному заподіянні смерті новонародженої дитини. Крім того, скарга не стосується питання про відсутність компенсації.

Однак заявник стверджує, що бездіяльність медичного персоналу виходить далеко за межі простої недбалості або помилки судового розгляду, і що смерть дитини безпосередньо пов'язана з відмовою відповідних лікарів надавати йому лікування.

(…)

77. Посилаючись на фактичні елементи справи та докази, подані у матеріалах справи, Суд, таким чином, зазначає, що в цій справі (…) життя сина заявника було поставлено під загрозу сукупністю обставин, що, на думку влади, становлять три різних аспекти:

– відсутність ефективної координації між лікарнями, що супроводжується неуважністю, яка характеризується бюрократичними проблемами;

– брак обладнання в неонатальних відділах відповідних лікарень, що ускладнюється тим, що деякі інкубатори були недоступними;

– повна відсутність термінових медичних оглядів.

78. Таким чином, державна лікарня в Gümüşhane не могла не усвідомлювати ризику життя немовля у разі відмови прийняти його в лікарню. Суд вважає неприйнятним спекулювати на ймовірності виживання малюка, якби він отримав негайне лікування, однак зазначає, що, незважаючи на ризик для життя немовля, працівники, про яких йшлося, не вживали необхідних заходів для забезпечення належного лікування.

79. Така відсутність координації між лікарнями продовжувалася протягом наступних епізодів, що характеризується невдалими спробами передачі дитини між державною лікарнею КТУ міста Farabi та Медико-хірургічним і акушерським центром міста Trabzon. Ці установи відмовилися прийняти дитину на тій підставі, що у них немає ресурсів.

(…)

81. Унаслідок цих недоліків новонароджена дитина, якій загрожувала смерть, зробила декілька безплідних поїздок у машині швидкої допомоги. Унаслідок цього дитина померла у цій самій машині швидкої допомоги.

82. Із цього випливає, що сина заявника слід розглядати як жертву, оскільки він був позбавлений будь-якого доступу до відповідної невідкладної медичної допомоги. Іншими словами, дитина загинула не внаслідок недбалості або помилки в процесі лікування, а тому, що їй просто не надали лікування, це означає, що така ситуація була аналогічна відмові в надані медичної допомоги.

83. (…) проти працівника, який відмовився надавати медичну допомогу, не було висунуто жодного кримінального обвинувачення і не проведено розслідувань за статтею 2 Конвенції.

(…)

87. На закінчення Суд доходить висновку, що з огляду, по-перше, на обставини, що призвели до ненадання надзвичайної невідкладної медичної допомоги, а по-друге, на недостатній характер внутрішніх розслідувань, проведених у зв'язку з цим, держава вважається винною в невиконанні своїх зобов'язань за статтею 2 Конвенції. Отже, відбулося порушення цього положення». [Asiye Genç v. Turkey (24109/07). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–151025]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 139–144 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

139.4.1. Проведення потенційно небезпечних медико-біологічних, психологічних або інших дослідів (ст.142 КК України) над особами, які утримуються під вартою, відбувають покарання у виді позбавлення волі, має визнаватися незаконним навіть за наявності згоди таких осіб на проведення вказаних дослідів.

(Див.: 139.1.1; 139.1.2; 139.1.5)

139.4.2. Відмова хворого від призначеного лікування виключає кримінальну відповідальність за ненадання допомоги хворому медичним працівником (ст.139 і ст. 140 КК України) лише у випадках, коли від лікування відмовляється психічно здорова доросла людина, а сама відмова оформлена в нормативно установленому порядку.

(Див.: 139.2.3; 139.3.2)

139.4.3. Відсутність розслідування спричинення тяжких наслідків для хворого при обставинах, що вказують на можливість неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст.140 КК України), визнається порушенням п. 1 ст. 6 Конвенції «Право на справедливий суд».

(Див.: 139.3.3)

139.4.4. Проведення операції, лікування чи інших медичних маніпуляції з пацієнтом без його згоди порушує права людини в сенсі ст. 3 та (або) ст. 8 Конвенції. Кримінально-правова кваліфікація таких діянь залежить від характеру лікування (медичного втручання) та наявності чи відсутності наслідків для хворого.

(Див.: 139.3.4)

Кримінально-правова кваліфікація нав'язування пацієнтам медичних процедур (у т.ч. у формі їх проведення без згоди особи чи його законних представників) залежить від характеру лікування (медичного втручання) та наявності чи відсутності наслідків для хворого:

– за ст. 141 КК України у випадках проведення клінічних випробувань лікарських засобів без письмової згоди пацієнта або його законного представника, або стосовно неповнолітнього чи недієздатного, якщо ці дії спричинили смерть пацієнта або інші тяжкі наслідки;

– відповідні частини ст. 142 КК України у випадках незаконного проведення медико-біологічних, психологічних або інших дослідів над людиною, якщо це створювало небезпеку для її життя чи здоров'я;

– відповідні частини ст. 143 КК України у випадках порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини;

– відповідні частини ст. 134 КК України у випадках незаконного проведення аборту або стерилізації.

139.4.5. Ненадання без поважних причин допомоги хворому медичним працівником (ст.139 КК України) може мати форму як відкритої відмови надати таку допомогу, так і форму безпідставного чи небезпечного в даних обставинах направлення хворого в інший медичний заклад.

(Див.: 139.3.5)

139.4.6. Відсутні ознаки злочинів, передбачених ст. 139 і ст. 140 КК України, у випадку відмови медичним працівником надати допомогу хворому (у т.ч. вмираючому) в прискорені його смерті.

(Див.: 139.2.4, а також 115.4.6)

139.4.7. Сам по собі факт смерті хворого чи настання інших тяжких наслідків після проведення операції чи інших медичних маніпуляцій (заходів) не утворює складу злочину, передбаченого ст. 140 КК України, за відсутності доказів, що ці заходи були проведені медичним або фармацевтичним працівником неналежно внаслідок недбалого чи несумлінного до них ставлення і що тяжкі наслідки знаходяться в причинному зв'язку з діями чи бездіяльністю відповідного працівника.

(Див.: 139.3.1)

Факт невиконання чи неналежного виконання медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків, а також причинний зв'язок діяння з тяжкими наслідками для хворого, мають бути встановлені із залученням відповідних експертів.

139.4.8. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК України (зокрема, статті 138, 142, 143), у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («порушення встановленого законом порядку»), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб громадянин міг регулювати свою поведінку, мав можливість за необхідності за належної правової допомоги передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підп. 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність

вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

Стаття 145. Незаконне розголошення лікарської таємниці

Умисне розголошення лікарської таємниці особою, якій вона стала відома у зв'язку з виконанням професійних чи службових обов'язків, якщо таке діяння спричинило тяжкі наслідки, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк до двохсот сорока годин, або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, або виправними роботами на строк до двох років.

§1. Норми міжнародного права
щодо охорони лікарської таємниці
(Див.: параграф 1 до ст. 132 КК України)

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо охорони лікарської таємниці
(Див.: параграф 2 до ст. 132 КК України)

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо охорони лікарської таємниці
(Див.: параграф 3 до ст. 132 КК України)

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 145 КК України *(див. коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

145.4.1. Умисне розголошення лікарської таємниці, яка є відомостями про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, або захворювання на синдром набутого імунодефіциту (СНІД) та його результатів, кваліфікується за ст. 132 КК України (за наявності передбачених нею ознак суб'єкта злочину). Умисне розголошення іншої лікарської таємниці особою, якій вона стала відома у зв'язку з виконанням професійних чи службових обов'язків, якщо таке діяння спричинило тяжкі наслідки, кваліфікується за ст. 145 КК України. Незаконне збирання, зберігання, використання, знищення чи зміна конфіденційної інформації, що становить лікарську таємницю, кваліфікується за ст. 182 КК України.

145.4.2. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК України, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («порушення встановленого законом порядку»), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість за необхідності за належної правової допомоги передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.
(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підп. 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

Розділ ІІІ. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВОЛІ, ЧЕСТІ ТА ГІДНОСТІ ОСОБИ

Стаття 146. Незаконне позбавлення волі або викрадення людини

1. Незаконне позбавлення волі або викрадення людини –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі діяння, вчинені щодо малолітнього або з корисливих мотивів, щодо двох чи більше осіб або за попередньою змовою групою осіб, або способом, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або таке, що супроводжувалося заподіянням йому фізичних страждань, або із застосуванням зброї, або здійснюване протягом тривалого часу, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою, або такі, що спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

§1. Норми міжнародного права
щодо забезпечення прав людини на свободу

146.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
«***Статья 3***
Каждый человек имеет право на жизнь, свободу и на личную неприкосновенность». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

146.1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 5. Право на свободу та особисту недоторканність***
1. Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом:
a) законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом;
b) законний арешт або затримання особи за невиконання законного припису суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, встановленого законом;
c) законний арешт або затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення;
d) затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законне затримання неповнолітнього з метою допровадження його до компетентного органу;
e) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг;
f) законний арешт або затримання особи з метою запобігання її недозволеному в'їзду в країну чи особи, щодо якої провадиться процедура депортації або екстрадиції.
2. Кожен, кого заарештовано, має бути негайно поінформований зрозумілою для нього мовою про підстави його арешту і про будь-яке обвинувачення, висунуте проти нього.
3. Кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту «c» пункту 1 цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження. Таке звільнення може бути обумовлене гарантіями з'явитися на судове засідання.

4. Кожен, кого позбавлено свободи внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, в ході якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним.

5. Кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання, здійсненого всупереч положенням цієї статті, має забезпечене правовою санкцією право на відшкодування». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

146.1.3. Конвенція про права дитини

(ООН, від 20.11.1989)

(ратифіковано Постановою ВР № 789-XII від 27.02.91)

*«**Стаття 1***

Для цілей цієї Конвенції дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше.

(…)

Стаття 35

Держави-учасниці вживають на національному, двосторонньому та багатосторонньому рівнях всіх необхідних заходів щодо відвернення викрадень дітей, торгівлі дітьми чи їх контрабанди в будь-яких цілях і в будь-якій формі». [Конвенція про права дитини (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_021]

146.1.3. Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми

(Рада Європи, від 16.05.2005)

(ратифіковано Законом від 21.09.2010)

*«**Стаття 4. Визначення понять***

Для цілей цієї Конвенції:

а) «торгівля людьми» означає найм, перевезення, передачу, приховування або одержання осіб шляхом погрози або застосування сили чи інших форм примусу, насильницького викрадення, шахрайства, обману, зловживання владою або безпорадним станом або наданням чи отриманням плати чи вигоди для досягнення згоди особи, яка має владу над іншою особою, для експлуатації. Експлуатація включає в себе, принаймні, експлуатацію проституції інших осіб чи інші форми сексуальної експлуатації, примусову працю чи послуги, рабство чи подібну до рабства практику, поневолення або вилучення органів (…)». [Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми. (Рада Європи, від 16.05.2005). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_858]

146.1.4. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №8 – Стаття 9 (право на свободу та особисту недоторканність)»

(Шістнадцята сесія (1982 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«1. (…) Комитет указывает на то, что пункт 1 [Загальної декларації прав людини] применяется ко всем случаям лишения свободы, в случаях уголовных дел или в других случаях, таких, например, как психическое заболевание, бродяжничество, наркомания, воспитательные цели, иммиграционный контроль и т.д. Действительно, некоторые положения статьи 9 (часть пункта 2 и весь пункт 3) применимы лишь в отношении лиц, которым предъявляется обвинение в совершении уголовных преступлений. Однако остальные положения, в частности важная гарантия, предусмотренная в пункте 4, т.е. право на определение судом законности задержания, применяется в отношении всех лиц, лишенных свободы в результате ареста или заключения под стражу. Кроме того, государства участники обязаны также в соответствии с положениями статьи 2 (3) обеспечить любому лицу эффективные средства правовой защиты в других случаях, когда оно утверждает, что лишение его свободы противоречит положениям Пакта». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №8 – Стаття 9 (право на свободу та особисту недоторканність)». (Шістнадцята сесія (1982 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо посягань на свободу особи

146.2.1. Справа «Stanev проти Болгарії»

«115. Суд повторює, що різниця між позбавленням волі та обмеженням свободи пересування, причому остання регулюється статтею 2 Протоколу № 4, полягає лише у ступені або інтенсивності, а не у їхньому характері чи сутті. Хоча процес перекваліфікації однієї з цих категорій в іншу іноді виявляється непростим завданням, оскільки деякі пограничні випадки визначаються чисто суб'єктивною думкою, Суд не може уникнути вибору, від якого залежить застосовність або незастосовність статті 5 Конвенції. Для того, щоб визначити, чи був хтось позбавлений волі, відправною точкою повинна служити конкретна ситуація; також слід враховувати цілий ряд таких критеріїв, як тип, тривалість, наслідки і спосіб даного заходу». [Stanev проти Болгарії (36760/06). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117791]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо відповідальності за незаконне позбавлення волі

146.3.1. Справа «Ушаков та Ушакова проти України»
Фактичні обставини:

1 липня 2008 р. слідчий надіслав до прокуратури Фрунзенського району м. Харкова для погодження подання про обрання заявникові запобіжного заходу у виді взяття під варту до закінчення судового розгляду. Перед тим, як прийняти рішення, прокурор вирішив особисто допитати заявника. Він помітив, що у заявника є численні тілесні ушкодження, та дійшов висновку, що його визнавальні покази було отримано із застосуванням до нього насильства. Більше того, прокурор зазначив низку невідповідностей між визнавальними показами заявника та висновком судово-медичної експертизи трупа потерпілого. Також було допитано заявницю. Вона стверджувала, що надала свідчення проти свого чоловіка під примусом.

У результаті прокурор відмовив у погодженні подання слідчого, скасував постанову слідчого про притягнення заявника як обвинуваченого та звільнив його з-під варти. Прокурор також доручив своїм підлеглим провести допит заявника та заявниці щодо жорсткого з ними поводження під час тримання під вартою в міліції та належним чином доповісти про їх пояснення.

Коли заявники надавали письмові пояснення в кабінеті заступника прокурора, приблизно о 22 год 30 хв туди увірвалися чотири працівники Фрунзенського районного відділу міліції м. Харкова, а саме перший заступник начальника райвідділу пан К., начальник сектору карного розшуку пан Пап., заступник начальника сектору карного розшуку пан Пар. та начальник слідчого відділу пан М. Незважаючи на заперечення заступника прокурора, вони силоміць вивели заявників. У коридорі на них чекали інші працівники міліції.

До заявників застосували наручники та доправили їх до Фрунзенського районного відділу міліції м. Харкова, розташованого недалеко від прокуратури. Дорогою один із працівників міліції, як стверджується, вдарив заявника в праве стегно.

Після того, як працівники міліції забрали заявників з прокуратури, о 23 год 15 хв заступник прокурора прибув до Фрунзенського районного відділу міліції м. Харкова. Згідно з журналом обліку відвідувачів заявники зайшли до приміщення о 22 год 30 хв і залишалися там. Оглянувши приміщення, в одному з кабінетів працівники прокуратури виявили заплакану заявницю. Заявника знайти не вдалося. Працівник міліції К. надав прокурору розписку заявника, але без його підпису, про те, що він залишив приміщення відділення міліції о 22 год 30 хв. Працівники прокуратури пішли до помешкання заявників, але заявника там не було.

Рішення ЄСПЛ:

«82. Суд також вважає важливим встановлений факт, що ввечері 1 липня 2008 р. заявників насильно забрали з кабінету прокурора, незважаючи на незгоду останнього. Прокуратура не змогла захистити їх від фактичного викрадення. Суд вважає, що навіть якщо заявники і не зазнали жорстокого поводження із застосуванням сили як такого під час зазначених вище подій, вони вочевидь зазнали тривоги та страху, а також відчували їхню суцільну безпорадність та уразливість.

(…)

107. Крім того, зважаючи на те, що заявника вперше було допитано у присутності захисника лише через кілька годин після жорстокого поводження з ним, Суд не вважає малоймовірним той факт, що заявник все ще знаходився під впливом цього жорстокого поводження. Таким же чином, події 1 липня 2008 р. (а саме безперешкодне викрадення заявника працівниками міліції, які перед цим жорстоко поводилися з ним, безпосередньо з прокуратури) є для Суду свідченням того, що заявник залишався уразливим та мав підстави побоюватися подальшого жорстокого поводження. Це може пояснити той факт, що він продовжував підтримувати свої визнавальні покази 3 липня 2008 року». [Ушаков та Ушакова проти України (10705/12). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a89]

146.3.2. Справа «Котій проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«44. (…) не підлягає сумніву, що з 01 год. 30 хв. 14 листопада 2008 р. заявник знаходився в управлінні міліції ГУ УМВС у м. Києві і був змушений відповідати на запитання до 04 год. 17 хв. у зв'язку з пред'явленими йому обвинуваченнями. Суд бере до уваги твердження заявника про те, що його присутність у відділі міліції не була добровільною і що на той час він перебував у розшуку. У цьому контексті Суд вважає нереалістичним допускати, що заявник міг вільно піти з приміщення міліції. З огляду на наявність елементів примусу впродовж цього періоду Суд вважає, що з 01 год. 30 хв. 14 листопада 2008 р. заявника було позбавлено волі у розумінні пункту 1 статті 5 Конвенції». [Котій проти України (28718/09). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a82]

146.3.3. Справа «Ґуццарді проти Італії»

Фактичні обставини:

Заявника було заарештовано 8 лютого 1973 р., поміщено до ізолятора тимчасового утримання в Мілані на період слідства, а потім обвинувачено в змові та співучасті у викраденні 18 грудня 1972 р. бізнесмена. Згідно з пунктом 1 (2) статті 272 Кримінально-процесуального кодексу Італії, запобіжне утримання заявника не могло тривати більше двох років; отже, воно мало закінчитися не пізніше 8 лютого 1975 р.

23 грудня 1974 р. начальник поліції Мілана надіслав державному прокуророві Мілана доповідну записку з рекомендацією вжити щодо пана Ґуццарді заходів «особливого нагляду», передбачених статтею 3 Закону №1423 від 27 грудня 1956 р.

Задовольнивши клопотання державного прокурора, подане відповідно до зазначеної рекомендації 14 січня 1975 р., Міланський регіональний суд постановив 30 січня, що пан Ґуццарді повинен три роки перебувати під особливим наглядом і водночас зобов'язаний проживати на території «адміністративного району (comune) острів Асінара» – місця, визначеного Міністерством внутрішніх справ.

8 лютого 1975 р. пана Ґуццарді було звільнено з міланської в'язниці і під поліційною вартою перевезено на острів Асінара поблизу Сардинії.

У своїй заяві ЄСПЛ пан Ґуццарді поскаржився на «свавілля італійських органів влади», які примушували його проживати не в межах певного району, а на «клаптику землі» (pezzo di terra), де він не міг знайти роботу, постійно проживати зі своєю сім'єю, виконувати приписи католицької віри і забезпечувати освіту своєму синові; він охарактеризував своє становище у Кала Реале як «найбільш варварське ув'язнення, найбільш принизливу і жорстоку неволю». Спираючись на статті 3, 8 і 9 Конвенції, а також на статтю 2 Протоколу № 1, він стверджував, що було допущено порушення «права на особисте і сімейне життя», «права на релігію» та «права на належне здійснення правосуддя».

Рішення ЄСПЛ:

«92. Суд нагадав, що, проголошуючи «право на свободу», пункт 1 статті 5 має на увазі фізичну свободу особи; його метою є ґарантувати, що нікого не буде свавільно позбавлено свободи. Як зазначили ті, хто виступив у Суді, цей пункт не стосується самих лише обмежень свободи пере-

сування; такі обмеження регулюються статтею 2 Протоколу № 4, яку Італія не ратифікувала. При визначенні того, чи певну особу «позбавлено свободи» у сенсі статті 5, відправною точкою повинно бути її конкретне становище, причому слід брати до уваги цілу низку критеріїв, наприклад, тип, тривалість, наслідки та спосіб виконання даного заходу.

93. Усе ж різниця між позбавленням волі та її обмеженням є всього лише питанням міри або інтенсивності, а не природи або суті. Хоча визначення належності до тієї чи іншої категорії іноді буває нелегкою задачею, оскільки в деяких пограничних справах це питання можна вирішити лише суб'єктивно, проте Суд не може не зробити вибір, від якого залежить визнання застосовності чи незастосовності статті 5 Конвенції.

(…)

95. Аргументація Уряду доволі вагома. Вона дуже чітко показує різницю між ставленням до заявника на Асінарі та класичним ув'язненням у тюрмі або суворим арештом військовослужбовця. Однак позбавлення свободи може мати багато інших форм. Розмаїття їхніх форм зростає з розвитком правових норм та ідей; однак Конвенцію слід витлумачувати в світлі концепцій, які панують сьогодні в демократичних державах.

Хоча площа території, у межах якої міг пересуватися заявник, набагато перевищувала розміри камери і не була оточена жодним фізичним бар'єром, однак вона становила лише невелику частку острова, до якого важко добиратися і приблизно дев'ять десятих якого займає в'язниця. Місце, де мав проживати пан Ґуццарді, знаходилось у частині селища Кала Реале, до числа будівель якого належали, в основному, приміщення колишнього медичного закладу, невідремонтовані або навіть в стані занепаду, дільниця карабінерів, школа й каплиця.

Його оточення складалося з осіб, щодо яких було застосовано той самий захід, а також з поліцейських. Майже все постійне населення Асінарі проживало в Кала д'Оліва, куди пан Ґуццарді не міг ходити, і, як видається, практично не користувалося своїм правом відвідувати Кала Реале. Як наслідок, заявник мав мало можливостей для соціальних контактів, окрім контактів зі своєю сім'єю, іншими «поселенцями» та персоналом наглядового органу. Нагляд був суворим і майже постійним. Зокрема, пан Ґуццарді не мав права покидати свого помешкання у період між 10 вечора та 7 ранку, заздалегідь не попередивши про це орган нагляду. Він повинен був з'являтися туди двічі на день і повідомляти цей орган про номер телефону та ім'я особи, якій буде зателефоновано, або яка має зателефонувати, щоразу, коли він мав намір скористатися телефоном. Йому потрібна була згода органу нагляду на кожну з його поїздок до Сардинії та на материк; такі поїздки були рідкими і, зрозуміло, проходили під суворим наглядом карабінерів. За невиконання будь-яких своїх обов'язків його могли піддати «арешту». Насамкінець, між його прибуттям до Кала Реале і від'їздом до Форче пройшло більше шістнадцяти місяців.

Справді, не можна вести мову про «позбавлення свободи» на підставі якогось окремого факту з числа зазначених вище, проте якщо їх зібрати разом і об'єднати, то, безперечно, постає питання про кваліфікацію їх з точки зору статті 5. У деяких аспектах оскаржуване поводження нагадує утримання у «відкритій тюрмі» або службу в дисциплінарній військовій частині.

(…)

104. З огляду на все сказане вище, з 8 лютого 1975 р. по 22 липня 1976 р. заявник був жертвою порушення пункту 1 статті 5». [Ґуццарді проти Італії (7367/76). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–105922]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 146 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

146.4.1. Незаконні дії, якими обмежується свобода пересування потерпілої особи, кваліфікуються за ст. 146 КК України лише у випадках значного ступеня або інтенсивності прояву такого обмеження свободи пересування

Кожне незаконне позбавлення волі означає обмеження свободи людини вільно пересуватися, вільно обирати місце свого перебування. Однак не кожне незаконне обмеження свободи пересування може бути визнано позбавленням волі.

Згідно зі ст. 2 Протоколу № 4 до Конвенції кожен, хто законно перебуває на території будь-якої держави, має право вільно пересуватися і вільно вибирати місце проживання в межах цієї території та її певних місцевостях. На здійснення цих прав не можуть бути встановлені жодні обмеження, крім тих, що передбачені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної чи громадської безпеки, для підтримання публічного порядку, запобігання злочину, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб. Незаконне обмеження свободи пересування має кваліфікуватися як службовий злочин (ст. 364 чи ст. 365) або самоправство (ст. 356 КК України).

Різниця між позбавлення волі (порушення ст. 5 Конвенції; склад злочину, передбачений ст. 146 КК України) та обмеження свободи пересування (порушення ст. 2 Протоколу № 4), полягає у ступені або інтенсивності прояву, а не в характері або сутності.

(Див.: 146.2.1; 146.3.3)

146.4.2. Правова позиція ЄСПЛ: як викрадення людини кваліфікуються дії працівників міліції, які силоміць вивели з кабінету заступника прокурора особу, яка перед тим була звільнена з під варти постановою прокурора, і відвезли цю особу до райвідділу міліції.

(Див.: 146.3.1.)

146.4.3. Правова позиція ЄСПЛ: знаходження особи вночі в приміщенні управлінні міліції, де її опитували оперативні співробітники, не може бути визнаним добровільним, а отже його було незаконно позбавлено волі в розумінні п. 1 ст. 5 Конвенції.

(Див.: 146.3.2.)

146.4.3. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК України, в яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («порушення встановленого законом порядку»), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість за необхідності за належної правової допомоги передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підп. 2)

146.4.4. У випадках, коли позбавлення волі вчинене від імені держави, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону права людини на свободу та особисту недоторканність, своєчасне і повне розслідування випадків його порушення, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

(Див: 04.13)

Стаття 146[1]. Насильницьке зникнення

1. Арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі, вчинене представником держави, в тому числі іноземної, з подальшою відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі або приховуванням даних про долю такої людини чи місце перебування –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

2. Видання наказу або розпорядження про вчинення дій, зазначених у частині першій цієї статті, або невжиття керівником, якому стало відомо про вчинення дій, зазначених у частині першій цієї статті, його підлеглими заходів для їх припинення та неповідомлення компетентних органів про злочин –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до семи років.

Примітка. 1. Під представником держави в цій статті слід розуміти службову особу, а також особу або групу осіб, які діють з дозволу, за підтримки чи за згодою держави.

2. Під представниками іноземної держави в цій статті слід розуміти осіб, які діють як державні службовці іноземної держави або проходять військову службу у збройних силах, органах поліції, органах державної безпеки, розвідувальних органах, або осіб, які займають посади в зазначених або будь-яких інших державних органах чи органах місцевого самоврядування іноземної держави, утворених відповідно до її законодавства, або які діють за наказом таких осіб, а також представників іррегулярних незаконних збройних формувань, озброєних банд та груп найманців, створених, підпорядкованих, керованих та фінансованих Російською Федерацією, а також представників окупаційної адміністрації Російської Федерації, яку складають її державні органи і структури, функціонально відповідальні за управління тимчасово окупованими територіями України, та представників підконтрольних Російській Федерації самопроголошених органів, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України.

(Кодекс доповнено статтею 146[1] згідно із № 2505-VIII від 12.07.2018)

§1. Норми міжнародного права
щодо захисту від насильницьких зникнень

146[1].1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 5. Право на свободу та особисту недоторканність***

1. Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом:

a) законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом;

b) законний арешт або затримання особи за невиконання законного припису суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, встановленого законом;

c) законний арешт або затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення;

d) затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законне затримання неповнолітнього з метою допровадження його до компетентного органу;

e) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг;

f) законний арешт або затримання особи з метою запобігання її недозволеному в'їзду в країну чи особи, щодо якої провадиться процедура депортації або екстрадиції.

2. Кожен, кого заарештовано, має бути негайно поінформований зрозумілою для нього мовою про підстави його арешту і про будь-яке обвинувачення, висунуте проти нього.

3. Кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту «c» пункту 1 цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження. Таке звільнення може бути обумовлене гарантіями з'явитися на судове засідання.

4. Кожен, кого позбавлено свободи внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, в ході якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним.

5. Кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання, здійсненого всупереч положенням цієї статті, має забезпечене правовою санкцією право на відшкодування». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

146[1].1.2. Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень
(ООН, від 21.03.1983)
(приєднання Законом від 17.06.2015)
*«**Стаття 1***

1. Ніхто не може піддаватися насильницькому зникненню.

2. Жодні виключні обставини, якими б вони не були, чи то стан війни або загроза війни, внутрішня політична нестабільність чи інший надзвичайний стан, не можуть слугувати виправданням насильницького зникнення.

Стаття 2

Для цілей цієї Конвенції насильницьким зникненням уважається арешт, затримання, викрадення чи позбавлення волі в будь-якій іншій формі представниками держави чи особами або групами осіб, які діють з дозволу, за підтримки чи за згодою держави, при подальшій відмові визнати факт позбавлення волі або приховування даних про долю чи місцезнаходження зниклої особи, унаслідок чого цю особу залишено без захисту закону.

Стаття 3

Кожна держава-учасниця вживає відповідних заходів для розслідування дій, визначених у статті 2, що скоюються особами чи групами осіб, які діють без дозволу, підтримки чи згоди держави, і для віддання правосуддю відповідальних за це осіб.

Стаття 4

Кожна держава-учасниця вживає необхідних заходів для того, щоб насильницьке зникнення кваліфікувалося як правопорушення в її кримінальному праві.

Стаття 5

Широкопоширена чи систематична практика насильницьких зникнень є злочином проти людства, як його визначено в застосовному міжнародному праві, і тягне за собою наслідки, що передбачені таким застосовним міжнародним правом.

Стаття 6

1. Кожна держава-учасниця вживає необхідних заходів для притягнення до кримінальної відповідальності принаймні:

a) будь-якої особи, яка вчиняє акт насильницького зникнення, наказує, підбурює чи спонукає вчинити його, учиняє замах на його вчинення, є його пособником чи бере участь у ньому;

b) начальника, який:

i) знав, що підлеглі, які знаходяться під його реальною владою та контролем, скоювали або мали намір учинити злочин насильницького зникнення, або свідомо проігнорував очевидну інформацію, що свідчить про це;

ii) ніс реальну відповідальність та здійснював реальний контроль стосовно діяльності, з якою був пов'язаний злочин насильницького зникнення, а також який

iii) не вжив усіх необхідних і розумних заходів у рамках його повноважень з метою недопущення або припинення вчинення акту насильницького зникнення або для передачі цього питання до компетентних органів для розслідування та кримінального переслідування;

c) викладений вище підпункт «b» застосовується без шкоди для відповідних суворіших норм про відповідальність, застосовних у міжнародному праві до військового командира чи особи, яка фактично здійснює функції військового командира.

2. Жодні наказ або розпорядження, що походять з державного, цивільного, військового чи іншого органу, не можуть слугувати виправданням злочину насильницького зникнення.

Стаття 7

1. Кожна держава-учасниця передбачає для злочину насильницького зникнення відповідні заходи покарання з урахуванням його надзвичайної серйозності.

2. Кожна держава-учасниця може передбачити:

a) обставини, що пом'якшують відповідальність, зокрема для осіб, які, будучи причетними до вчинення акту насильницького зникнення, реально сприяли поверненню зниклої особи живою або сприяли з'ясуванню обставин насильницького зникнення чи встановленню особи виконавців акту насильницького зникнення;

b) без шкоди для інших кримінальних процедур обставини, що обтяжують відповідальність, зокрема у разі смерті зниклої особи чи в разі вчинення акту насильницького зникнення стосовно вагітних жінок, неповнолітніх, інвалідів або інших особливо вразливих осіб.

(…)

Стаття 26

1. Для здійснення положень цієї Конвенції засновується Комітет з насильницьких зникнень (Комітет)[1] у складі десяти експертів, які мають високі моральні якості та визнану компетентність у галузі прав людини, які виступають за самих себе та діють на основі принципу цілковитої неупередженості. (…)

(…)

Стаття 30

1. Родичі зниклої особи, їхні законні представники, їхні адвокати чи будь-яка вповноважена ними особа, а також будь-яка інша особа, що має законний інтерес, можуть у терміновому порядку звернутися до Комітету з проханням про розшук і встановлення місця знаходження зниклої особи.

2. Якщо Комітет уважатиме, що прохання про вживання термінових заходів, подане відповідно до пункту 1 цієї статті: a) не є явно необґрунтованим; b) не є зловживанням правом подавати такі прохання; c) було до цього належним чином подане компетентним органам відповідної держави-учасниці, таким, як органи, уповноважені проводити розслідування, якщо така можливість існувала; d) не є несумісною з положеннями цієї Конвенції, а також e) не розглядається в рамках іншої аналогічної процедури міжнародного розслідування чи врегулювання, він звертається до відповідної держави-учасниці з проханням надати йому в установлений ним строк інформацію про становище розшукуваної особи.

3. З урахуванням інформації, наданої відповідною державою-учасницею згідно з пунктом 2 цієї статті, Комітет може надіслати рекомендації цій державі-учасниці, зокрема прохання про вживання всіх необхідних заходів, у тому числі тимчасових заходів захисту, для виявлення та захисту розшукуваної особи відповідно до цієї Конвенції та інформувати Комітет у встановлений ним строк і з урахуванням невідкладного характеру ситуації про вжиті ним заходи. Комітет інформує особу, яка подала прохання про вживання термінових заходів, про свої рекомендації та відомості, перепроваджені йому державою-учасницею, якщо такі є.

4. Комітет продовжує докладати зусиль у роботі з відповідною державою-учасницею доти, доки не буде з'ясована доля розшукуваної особи. Він інформує про це подавця прохання». [Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень. (ООН, від 21.03.1983) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_l54]

146[1].1.3. Принципи ефективного попередження та розслідування позазаконних, свавільних і сумарних страт

(ООН, від 24.05.1989)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«6. Правительства обеспечивают содержание лиц, лишенных свободы, в официально признанных местах содержания под стражей и незамедлительное предоставление их родственникам и адвокатам или другим доверенным лицам точной информации об их аресте и местонахождении, в том числе об их переводе в другие места». [Принципи ефективного попередження та розслідування позазаконних, свавільних і сумарних страт (ООН, від 24.05.1989). http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_213]

146[1].1.4. Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями

(ООН від 30.08.1955)

(див: 0.4.1)

«44. 1) У разі смерті, серйозного захворювання чи серйозного поранення в'язня або ж у разі його переведення до закладу для психічнохворих директор негайно повідомляє про це його дру-

[1] Заява при приєднанні: «Україна визнає компетенцію Комітету з насильницьких зникнень отримувати і розглядати повідомлення від осіб, які знаходяться під її юрисдикцією, або від імені таких осіб, які стверджують, що вони є жертвами порушення Україною положень Конвенції» (Закон № 525-VIII від 17.06.2015).

жину чи чоловіка, якщо вони є, його найближчого родича і в усякому разі особу, названу раніше самим в'язнем.

2) В'язням слід негайно повідомляти про смерть чи серйозну хворобу будь-кого з їхніх близьких родичів. У разі критичного захворювання близького родича в'язневі треба дозволити, якщо є можливість, відвідати його під охороною чи самостійно.

3) Кожен в'язень повинен мати право негайно інформувати членів своєї сім'ї про своє ув'язнення або переведення в інший заклад». [Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями (ООН від 30.08.1955). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_212]

146[1].1.5. Європейські пенітенціарні (в'язничні) правила

(Рада Європи, від 12.02.1987)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«9. При прийомі ув'язненого до пенітенціарної установи, смерті або тяжкій хворобі, та при отриманні їм важкої травми або доправленні ув'язненого до лікарні, адміністрація мусить, якщо тільки ув'язнений не забажає не робити цього, негайно поінформувати дружину (чоловіка) або партнера ув'язненого, або, якщо ув'язнений неодружений, найближчого родича або іншу особу, раніше визначену ув'язненим». [Європейські пенітенціарні (в'язничні) правила (Рада Європи, від 12.02.1987). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_032]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо захисту від насильницьких зникнень

146[1].2.1. Справа «Мироненко проти України»

«35. Також у цьому контексті існує вимога розумної швидкості. Слід визнати, що у розслідуванні можуть виникнути складнощі та перепони, які перешкоджають його прогресу у певній ситуації. Однак, негайна реакція органів державної влади у розслідуванні використання сили, що спричинила смерть, або зникнення є важливою для забезпечення громадської впевненості в дотриманні ними принципу верховенства права у їх виконанні норм права та у попередженні будь-яких ознак змови або поблажливості до незаконних дій». [Мироненко проти України (15938/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_548]

146[1].2.2. Справа «Anguelova v. Bulgaria»

«154. …Невизнання факту тримання особи під вартою є повним запереченням основних гарантій, закріплених статтею 5 Конвенції і вкрай серйозним порушенням даного положення. Відсутність записів за такими даними, як дата і час затримання, місце утримання під вартою, прізвище затриманого, а також причини затримання і прізвище особи, яка провела затримання, має бути визнано несумісним з вимогами законності затримання і з самою метою статті 5 Конвенції». [Anguelova v. Bulgaria (38361/97). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–60505] (Неофіційний авторський переклад).

146[1].2.3. Справа «Бєлоусов проти України»

«80. Суд також нагадує, що невизнане тримання особи під вартою є повним запереченням фундаментально важливих гарантій, що містяться в статті 5 Конвенції, та являє собою найбільш серйозне порушення зазначеного положення. Відсутність фіксації таких речей, як дата, час та місце затримання, ім'я затриманого, підстави для затримання та ім'я особи, яка здійснила затримання, повинні розглядатися як недотримання вимоги щодо законності та невідповідність самій меті статті 5 Конвенції». [Бєлоусов проти України (4494/07). https://minjust.gov.ua/files/37660]

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо захисту від насильницьких зникнень

146[1].3.1. Справа «Ortsuyeva and others v. Russia»

Фактичні обставини:

Заявники є близькими родичами людей, які зникли під час проведення масової спецоперації (зачистки), проведеної російськими федеральними збройними силами в с. Мескер-Юрт з 21 травня по 11 червня 2002 р.

Між 21 травня і 11 червня 2002 р військовослужбовці російських федеральних сил провели масову зачистку в с. Мескер-Юрт. 21 травня 2002 р. вони прибули в село на кількох бронетранспортерах (БТР) та інших військових транспортних засобах, зокрема мікроавтобусах УАЗ і вантажівках УРАЛ. Вони заблокували село і встановили тимчасовий фільтраційний табір на околиці. Нікому не дозволялося залишати населений пункт.

Військовослужбовці, які говорили російською мовою без акценту, перевіряли у мешканців документи, що засвідчують особу. Після перевірки вони повели деяких мешканців, включаючи родичів заявників, оскільки, імовірно, була необхідність провести додаткову перевірку. Військовослужбовці сказали заявникам, що їх родичі будуть звільнені після паспортного контролю.

4 червня 2002 р тіло затриманого в ході спецоперації Адама Темерсултанова було викинуто з військового автомобіля марки УАЗ на околиці села. Його знайшли місцеві жителі. Інших шістнадцять затриманих чоловіків відвезли з фільтропункта в невідомому напрямку. Із тих пір у заявників немає інформації про своїх зниклих родичів.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«85. Документи, представлені заявниками та державою-відповідачем підтверджують, що родичі заявників були викрадені в період із 21 травня по 10 червня 2002 р. в с. Мескер-Юрт групою військовослужбовців під час проведення спецоперації. З урахуванням всіх матеріалів, що є в розпорядженні Суду він вважає, що заявники надали докази, достатні за відсутності спростування, що спецоперація дійсно мала місце в с. Мескер-Юрт, і таким чином, держава мала винятковий контроль над затриманими людьми.

86. Держава-відповідач не надала пояснень щодо розглядуваних подій. Тому вона не звільняється від тягаря доведення.

87. (…) Суд вважає встановленим, що родичі заявників були викрадені агентами Держави під час проведення спецоперації. У зв'язку з відсутністю будь-яких відомостей про них із цього часу і враховуючи, що таке затримання є загрозливою для життя ситуацією, і з огляду на наступне виявлення тіла Адама Темерсултанова Суд вважає, що він був убитий після його незаконного затримання агентами держави і що Іслам Орцуєв, Адам Гача, Аслан Ісраїлов, Анзор Ісраїлов, Ібрагім Асхабов, Шаїпов Махмудов, Сайд-Магомед Абубакар, Гой Темірханов, Апті Дедішов, Абу Дедішов, Адам Дедішов, Суліман Магомадов, Саламбек Магомадов, Ваха Ібр Агім, Абу Дудагов і Магомедрасул Магомедов повинні вважатися померлим після їх викрадення.

(…)

93. Суд уже встановлював, що кримінальне провадження не є ефективним засобом юридичного захисту щодо розслідування зникнень людей, які мали місце, зокрема, в Чечні з 1999 по 2006 р., і що така ситуація, згідно з Конвенцією, є системною проблемою на національному рівні. Беручи до уваги справи, раніше розглянуті Судом щодо викрадень, вчинених агентами Держави приблизно в той же час і в тому ж населеному пункті, Суд зазначає, що кримінальні розслідування по цих справах проводилися протягом багатьох років без істотних результатів, що не були встановлені особи злочинців, місцезнаходження та доля викрадених чоловіків, за винятком Адама Темерсултанова, тіло якого було виявлено. Хоча обов'язок ефективно розслідувати стосується засобів, а не результатів слідства, Суд зазначає, що кримінальна справа, порушена в районній прокуратурі, має комплекс тих же недоліків, які були перераховані в постанові у справі Aslakhanova і Others. Щоразу після призупинення розслідування мали місце періоди бездіяльності, які зменшували перспективи розкрити злочин. Ніякі значущі слідчі дії не були зроблені для того, щоб встановити і допитати військовослужбовців, які могли бути свідками події, чергували або брали участь у спецоперації.

94. У світлі вищесказаного Суд вважає, що владою не було проведено ефективного кримінального розслідування обставин зникнення та смерті Іслама Орцуева, Адама Гачаєва, Аслана Ісраїлова, Анзора Ісраїлова, Ібрагіма Асхабова, Шаїпов Махмудова, Саїд-Магомеда Абубакарова, Гой Темірханова, Апті Дедішова, Абу Дедішова, Адама Дедішова, Суліман Магомадова, Саламбека Магомадова, Вахі Ібрагімова, Абу Дудагова, Магомедрасул Магомедова і Адама Темерсултанова

в порушення процесуальної частини Статті 2 Конвенції». [Ortsuyeva and others v. Russia (3340/08 and 24689/10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–172715]

146[1].3.2. Справа «Orhan v. Turkey»

Фактичні обставини:

Заявник стверджує, що 6 травня 1994 року сили безпеки держави спалили й евакуювали село Deveboyu, а 24 травня 1994 року ті ж солдати повернулися в Deveboyu і затримали братів заявника (Selim and Hasan Orhan) і його сина (Cezayir Orhan), після чого ці особи (далі – «Orhans») зникли.

Уряд не заперечував, що протягом відповідного часу в провінції Diyarbakır проводилися численні антитерористичні операції. Однак уряд стверджував, що 6 або 24 травня 1994 року не було військової операції. Крім того, записи всіх жандармських відділень показують, що Orhans не були затримані.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«369. Суд наголошує в цьому відношенні, що невизнання затримання особи є повним запереченням гарантій і найсерйознішим порушенням статті 5 Конвенції. Отримавши контроль над затриманою особою, влада зобов'язана фіксувати її місцеперебування. Із цієї причини статтю 5 Конвенції слід розглядати як вимогу влади вжити ефективних заходів щодо захисту від ризику зникнення і проводити швидке ефективне розслідування у випадках спірних тверджень, що людина була затримана без фіксації цього факту.

370. Суд встановив, що Orhans були затримані силами безпеки 24 травня 1994 року в Deveboyu і в останній раз були помічені в руках цих сил.

371. По-перше, тримання під вартою Orhans не було зареєстровано у відповідних реєстраційних записах жандармських відділків. Ніяких інших записів про затримання (наприклад, у військових частинах) не проводилося або, як стверджується, не існує. Насправді не існує офіційного сліду їх подальшого місцезнаходження та їх долі. Цей факт сам по собі повинен розцінюватися найбільшим серйозним недоліком, оскільки він дозволяє особам, відповідальним за позбавлення волі, приховувати свою участь у злочині, знищувати їх сліди та уникати відповідальності за долю затриманого. На думку Суду, відсутність документованих даних стосовно таких питань, як дата, час та місце тримання під вартою, прізвище затриманого, а також підстави для затримання та прізвище особи, яка здійснила його, мають розглядатися як такі, що суперечать самій меті статті 5 Конвенції.

372. Крім того, були зазначені деякі серйозні недоліки в практиці реєстрації під вартою в жандармських підрозділах. Першим встановленим недоліком є порушення внутрішнього законодавства, а саме практикою затримання жандармами людей з різних причин без внесення в запису про затримання. Другий і третій недолік ще більше підкреслюють ненадійність записів про тримання під вартою, оскільки в цих записах не вказано, що будь-хто затриманий військовими і не передбачено фіксування дати звільнення з жандармського підрозділу. Ці три недоліки свідчать про відсутність ефективних заходів щодо захисту від ризику зникнення осіб, які утримуються під вартою.

(…)

374. З усіх цих причин Суд дійшов до висновку про те, що Orhans були затримані органами влади при повній відсутності самих засадничих гарантій, передбачених статтею 5 Конвенції.

375. Він, відповідно, робить висновок про те, що мало місце порушення права Orhans на свободу та особисту недоторканність, гарантоване статтею 5 Конвенції». [Orhan v. Turkey (25656/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–60509]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 146[1] КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

146[1].4.1. Окремі випадки викрадення чи позбавлення волі представниками держави чи особами або групами осіб, які діють із дозволу, за підтримки чи за згодою держави, при подальшій

відмові визнати факт позбавлення волі або приховування даних про долю чи місцезнаходження зниклої особи, унаслідок чого цю особу залишено без захисту закону, утворює склад злочину, передбачений ст. 146[1] КК України.

(Див.: 146[1].1.2. – ст. 5)

146[1].4.2. Про наявність такої ознаки складу цього злочину, як «відмова визнати факт позбавлення волі людини», свідчить, зокрема, відсутність записів за такими даними, як дата і час затримання, місце тримання під вартою, прізвище затриманого, а також причини затримання і прізвище особи, яка провела затримання.

(Див.: 146[1].1.1)

146[1].4.3. За кожним фактом зникнення людини має бути негайна реакція органів державної влади в розслідуванні відповідних обставин. Відсутність негайного реагування та оперативного розслідування за фактом зникнення людини визнається ЄСПЛ як порушення ст. 2 та (або) ст. 5 Конвенції (її процесуальний аспект).

(Див.: 146[1].2.1; 146[1].3.1)

146[1].4.4. За відсутності даних про місцезнаходження цивільних осіб, які були затримані військовими підрозділами та іншими озброєними формуваннями, що діють з дозволу держави, такі дії оцінюються ЄСПЛ як викрадення людини та умисне вбивство.

(Див.: 146[1].3.1; 146[1].3.2)

146[1].4.5. Ознаки складу злочину «Насильницьке зникнення», що передбачений ч. 1 ст. 146[1] КК України фактично повністю збігаються з ознаками злочину проти людяності «Насильницьке зникнення людей», який передбачений п. «і» ч. 1 ст. 7 Римського статуту міжнародного кримінального суду (див.: ХХ.1.4) і ознаки якого розкрито (розтлумачено) в «Елементах злочинів (Римський статут міжнародного кримінального суду)».

(Див.: ХХ.1.4).

146[1].4.6. Якщо насильницьке зникнення вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення з метою проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення цього нападу, таке діяння за нормами міжнародного права розглядається як злочин проти людяності. Однак, у зв'язку з тим, що зазначені норми міжнародного права не імплементовані до КК України, кожне таке діяння, що вчиняється в рамках широкомасштабного або систематичного нападу з метою проведення політики держави або організації, кваліфікується як окремий злочин за ст. 146[1] КК України.

(Див.: ХХ.1.5; ХХ.4.2; ХХ.4.3)

146[1].4.7. Кожен окремий випадок насильницького зникнення є порушенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, що обумовлює прийняття до розгляду ЄСПЛ відповідних скарг.

Із цього приводу слід вказати на практику ЄСПЛ у справах щодо насильницьких зникнень на Північному Кавказі. На сьогодні Європейський суд з прав людини виніс більше 250 рішень, що встановлюють порушення Конвенції у зв'язку зі збройним конфліктом в Чеченській Республіці Російської Федерації. Близько 60% заяв стосуються насильницьких зникнень.

В усіх цих та інших справах ЄСПЛ визнав порушення ст. 2 «Право на життя», ст. 3 «Заборона катування», ст. 5 «Право на свободу та особисту недоторканність» та деяких інших статей Конвенції. Водночас фактичні обставини подій, що викладені у відповідних рішеннях ЄСПЛ, переконують у тому, що в кожному з цих випадків наявні ознаки злочинів проти людяності (широко поширена чи систематична практика насильницьких зникнень), як вони визначені в Римському статуті МКС *(див.: ХХ.1.4 – ст. 7і)*.

Стаття 147. Захоплення заручників

1. Захоплення або тримання особи як заручника з метою спонукання родичів затриманого, державної або іншої установи, підприємства чи організації, фізичної або службової особи до вчинення чи утримання від вчинення будь-якої дії як умови звільнення заручника –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

2. Ті самі дії, якщо вони були вчинені щодо неповнолітнього або організованою групою, або були поєднані з погрозою знищення людей, або такі, що спричинили тяжкі наслідки, – **караються позбавленням волі на строк від семи до п'ятнадцяти років.**

§1. Норми міжнародного права
щодо захоплення заручників

147.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
*«**Статья 3***
Каждый человек имеет право на жизнь, свободу и на личную неприкосновенность». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

147.1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
*«**Стаття 5. Право на свободу та особисту недоторканність***
1. Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом: а) законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

147.1.3. Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників
(ООН, від 17.12.1979)
(приєднання Указом ПВР 3954-XI від 08.05.1987)
*«**Стаття 1***
1. Будь-яка особа, яка захоплює або утримує іншу особу й погрожує вбити, завдати пошкодження або продовжувати утримувати іншу особу (далі називається «заручник») для того, щоб примусити третю сторону, а саме: державу, міжнародну міжурядову організацію, будь-яку фізичну, юридичну особу або групу осіб, – здійснити чи утриматись від здійснення будь-якого акту як прямої, так і опосередкованої умови для звільнення заручника, вчиняє, відповідно до змісту цієї Конвенції, злочин захоплення заручників.
(…)
Стаття 2
Кожна держава-сторона передбачає відповідні покарання за злочини, зазначені у статті 1, з урахуванням тяжкого характеру цих злочинів.
(…)
Стаття 12
Тією мірою, якою Женевські конвенції 1949 р. про захист жертв війни або Додаткові протоколи до цих Конвенцій застосовні до будь-якого конкретного акту захоплення заручників, і тією мірою, якою держави-сторони цієї Конвенції зобов'язані згідно з вищезазначеними Конвенціями переслідувати в кримінальному порядку або видати особу, яка захопила заручників, ця Конвенція не застосовується до акту захоплення заручників, вчиненого під час збройних конфліктів, як вони визначені, зокрема, в Женевських конвенціях 1949 р. та Протоколах до них, включаючи збройні конфлікти, зазначені в пункті 4 статті 1 Протоколу від 1977 року, коли народи, здійснюючи своє право на самовизначення, втілене в Статуті Організації Об'єднаних Націй і Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй, ведуть боротьбу проти колоніального панування, іноземної окупації і расистських режимів.
Стаття 13
Ця Конвенція не застосовується у тих випадках, коли злочин вчинено в межах однієї держави, коли заручник і гаданий злочинець є громадянами цієї держави й гаданий злочинець перебуває

на території цієї держави». [Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників. (ООН, від 17.12.1979). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_087]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права в контексті ст. 147 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

147.4.1. Захоплення заручників, вчинене під час збройних конфліктів, як вони визначені, зокрема, в Женевських конвенціях 1949 р. та Протоколах до них, має кваліфікуватися не за ст. 147, а за ст. 438 КК «Порушення законів та звичаїв війни».

(*Див.: 147.1.3)*

147.4.2. Сукупність злочинів утворює захоплення або тримання особи як заручника з метою примусити родича затриманої особи до шлюбу. Такі дії слід кваліфікувати за відповідними частинами ст. 147 і ст. 151² КК України.

(*Див.: 151².4.4)*

Стаття 148. Підміна дитини

Підміна чужої дитини, вчинена з корисливих або інших особистих мотивів, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

Стаття 149. Торгівля людьми

1. Торгівля людиною, а так само вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини, вчинені з метою експлуатації, з використанням примусу, викрадення, обману, шантажу, матеріальної чи іншої залежності потерпілого, його уразливого стану або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, для отримання згоди на його експлуатацію, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо неповнолітнього або щодо кількох осіб, або повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням службового становища, або поєднані з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого чи його близьких, або з погрозою застосування такого насильства, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені щодо неповнолітнього його батьками, усиновителями, опікунами чи піклувальниками, або вчинені щодо малолітнього, або організованою групою, або поєднані з насильством, небезпечним для життя або здоров'я потерпілого чи його близьких, або з погрозою застосування такого насильства, або якщо вони спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

Примітка. 1. Під експлуатацією людини в цій статті слід розуміти всі форми сексуальної експлуатації, використання в порнобізнесі, примусову працю або примусове надання послуг, рабство або звичаї, подібні до рабства, підневільний стан, залучення в боргову кабалу, вилучення органів, проведення дослідів над людиною без її згоди, усиновлення (удочеріння) з метою наживи, примусову вагітність або примусове переривання вагітності, примусове одруження, примусове втягнення у зайняття жебрацтвом, втягнення у злочинну діяльність, використання у збройних конфліктах тощо.

2. У статтях 149 та 303 цього Кодексу під уразливим станом особи слід розуміти зумовлений фізичними чи психічними властивостями або зовнішніми обставинами стан особи, який позбавляє або обмежує її здатність усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати

ними, приймати за своєю волею самостійні рішення, чинити опір насильницьким чи іншим незаконним діям, збіг тяжких особистих, сімейних або інших обставин.

3. Відповідальність за вербування, переміщення, переховування, передачу або одержання малолітнього чи неповнолітнього за цією статтею настає незалежно від того, чи вчинені такі дії з використанням примусу, викрадення, обману, шантажу чи уразливого стану зазначених осіб або із застосуванням чи погрозою застосування насильства, використання службового становища, або особою, від якої потерпілий був у матеріальній чи іншій залежності, або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, для отримання її згоди на експлуатацію людини.

(Стаття 149 в редакції Законів № 3316-IV від 12.01.2006, № 2539-VIII від 06.09.2018)

§1. Норми міжнародного права
про заборону торгівлі людьми

149.1.1. Конвенція про рабство
(Ліга Націй, від 25.09.1926)
(див.: 04.1 та 0.4.2)
«***Статья 1***
В настоящей Конвенции принимаются следующие определения:
1) Под рабством понимается положение или состояние лица, в отношении которого осуществляются некоторые или все полномочия, присущие праву собственности.
2) Под работорговлей понимаются все действия, связанные с захватом, приобретением какого-либо лица или с распоряжением им с целью обращения его в рабство; все действия, связанные с приобретением раба с целью его продажи или обмена; все действия по продаже или обмену лица, приобретенного с этой целью, и вообще всякое действие по торговле или перевозке рабов». [Конвенція про рабство. (Ліга Націй, від 25.09.1926). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_857]

149.1.2. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
*«**Статья 3***
Каждый человек имеет право на жизнь, свободу и на личную неприкосновенность.
Статья 4
Никто не должен содержаться в рабстве или в подневольном состоянии; рабство и работорговля запрещаются во всех их видах.
(…)
Статья 23
1. Каждый человек имеет право на труд, на свободный выбор работы, на справедливые и благоприятные условия труда и на защиту от безработицы». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

149.1.3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
*«**Стаття 4. Заборона рабства і примусової праці***
1. Нікого не можна тримати в рабстві або в підневільному стані.
2. Ніхто не може бути присилуваний виконувати примусову чи обов'язкову працю.
3. Для цілей цієї статті значення терміна «примусова чи обов'язкова праця» не поширюється:
a) на будь-яку роботу, виконання якої зазвичай вимагається під час призначеного згідно з положеннями статті 5 цієї Конвенції тримання в умовах позбавлення свободи або під час умовного звільнення;
b) на будь-яку службу військового характеру або – у випадку, коли особа відмовляється від неї з мотивів особистих переконань у країнах, де така відмова визнається, – службу, яка вимагається замість обов'язкової військової служби;

c) на будь-яку службу, що вимагається у випадку надзвичайної ситуації або стихійного лиха, яке загрожує життю чи благополуччю суспільства;

d) на будь-яку роботу чи службу, яка є частиною звичайних громадянських обов'язків.

Стаття 5. Право на свободу та особисту недоторканність

1. Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом (…)». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

149.1.4. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права

(ООН, 16.12.1966)

(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)

«Стаття 8

1. Нікого не можуть, держати в рабстві: рабство і работоргівля забороняються в усіх їх видах.

2. Нікого не можуть держати в підневільному стані.

3. a) Нікого не можуть приневолювати до примусової чи обов'язкової праці;

b) в тих країнах, де у вигляді покарання за злочин може призначатися позбавлення волі, зв'язане з каторжними роботами, пункт 3 (a) не вважається перешкодою для виконання каторжних робіт за вироком компетентного суду, що призначив таке покарання;

c) терміном «примусова чи обов'язкова праця» в цьому пункті не охоплюється:

i) будь-яка не згадана в підпункті (b) робота чи служба, котру, як правило, повинна виконувати особа, що перебуває в ув'язненні на підставі законного розпорядження суду, або особа, умовно звільнена від такого ув'язнення;

ii) будь-яка служба військового характеру, а в тих країнах, де визнається відмовлення від військової служби з політичних чи релігійно-етичних мотивів, будь-яка служба, передбачена законом для осіб, що відмовляються від військової служби з таких мотивів;

iii) будь-яка служба, обов'язкова у випадках надзвичайного становища або лиха, що загрожують життю чи благополуччю населення;

iv) будь-яка робота чи служба, що входять до звичайних громадських обов'язків». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

149.1.5. Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності

(ООН, від 15.11.2000)

(ратифіковано Законом від 04.02.2004)

«Стаття 3. Терміни

Для цілей цього Протоколу:

a) «торгівля людьми» означає здійснювані з метою експлуатації вербування, перевезення, передачу, приховування або одержання людей шляхом загрози силою або її застосування або інших форм примусу, викрадення, шахрайства, обману, зловживання владою або уразливістю положення, або шляхом підкупу, у вигляді платежів або вигод, для одержання згоди особи, яка контролює іншу особу. Експлуатація включає, як мінімум, експлуатацію проституції інших осіб або інші форми сексуальної експлуатації, примусову працю або послуги, рабство або звичаї, подібні з рабством, підневільний стан або вилучення органів;

b) згода жертви торгівлі людьми на заплановану експлуатацію, про яку йдеться в підпункті (a) цієї статті, не береться до уваги, якщо було використано будь-який із заходів впливу, зазначених у підпункті (a);

c) вербування, перевезення, передача, приховування або отримання дитини з метою експлуатації вважаються «торгівлею людьми» навіть у тому разі, якщо вони не пов'язані із застосуванням будь-якого із заходів впливу, зазначених у підпункті (a) цієї статті;

d) «дитина» означає будь-яку особу, що не досягла 18-літнього віку.

(…)

Стаття 5. Криміналізація

1. Кожна Держава-учасниця вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть знадобитися для того, щоб визнати в якості кримінально караних діяння, зазначені у статті 3 цього Протоколу, коли вони вчиняються навмисно.

2. Кожна Держава-учасниця також вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть знадобитися для того, щоб визнати в якості кримінально караних такі діяння:

a) за умови дотримання основних принципів своєї правової системи – замах на вчинення будь-якого злочину, визнаного таким відповідно до пункту 1 цієї статті;

b) участь як спільника у вчиненні будь-якого злочину, визнаного таким відповідно до пункту 1 цієї статті; і

c) організацію інших осіб або керування ними з метою вчинення будь-якого злочину, визнаного таким відповідно до пункту 1 цієї статті». [Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. (ООН, від 15.11.2000). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_791]

149.1.6. Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми

(Рада Європи, від 16.05.2005)

(ратифіковано Законом від 21.09.2010)

*«**Стаття 2. Сфера застосування***

Ця Конвенція застосовується до всіх форм торгівлі людьми, незалежно від того, чи є вони національними або транснаціональними, чи пов'язані чи не пов'язані вони з організованою злочинністю.

Стаття 3. Принцип недискримінації

Виконання положень цієї Конвенції Сторонами, зокрема вжиття заходів для захисту й підтримки прав жертв, гарантується без дискримінації за будь-якою ознакою, наприклад статтю, расою, кольором шкіри, мовою, релігією, політичними або іншими переконаннями, національним або соціальним походженням, приналежністю до національної меншини, майновим станом, народженням або іншим статусом.

Стаття 4. Визначення понять

Для цілей цієї Конвенції:

a) «торгівля людьми» означає найм, перевезення, передачу, приховування або одержання осіб шляхом погрози або застосування сили чи інших форм примусу, насильницького викрадення, шахрайства, обману, зловживання владою або безпорадним станом або наданням чи отриманням плати чи вигоди для досягнення згоди особи, яка має владу над іншою особою, для експлуатації. Експлуатація включає в себе, принаймні, експлуатацію проституції інших осіб чи інші форми сексуальної експлуатації, примусову працю чи послуги, рабство чи подібну до рабства практику, поневолення або вилучення органів;

b) згода жертви торгівлі людьми на умисну експлуатацію, визначену в пункті «a» цієї статті, не має значення, якщо було застосовано засоби, зазначені в пункті «a»;

c) найм, перевезення, передача, приховування або одержання дитини для експлуатації вважається торгівлею людьми, навіть якщо це не включає будь-яких засобів, зазначених у пункті «a» цієї статті;

d) «дитина» – будь-яка особа віком до 18 років;

e) «жертва» – будь-яка фізична особа, що є об'єктом торгівлі людьми, як її визначено в цій статті.

(…)

Стаття 18. Криміналізація торгівлі людьми

Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинами діянь, зазначених у статті 4 цієї Конвенції, якщо їх вчинено умисно.

Стаття 19. Криміналізація користування послугами жертви

Кожна Сторона розглядає питання про вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання згідно з її національним законодавством злочинами користування послугами, які є предметом експлуатації та які згадуються в пункті «a» статті 4 цієї Конвенції, коли було відомо, що ця особа є жертвою торгівлі людьми.

Стаття 20. Криміналізація діянь стосовно проїзних документів або документів, що посвідчують особу

Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинами таких діянь, якщо вони вчинені умисно й для сприяння торгівлі людьми:

a) підробки проїзного документа або документа, що посвідчує особу;

b) придбання або надання такого документа;

c) утримання, відбирання, переховування, пошкодження та знищення проїзного документа або документа, що посвідчує особу, який належить іншій особі.

(…)

Стаття 23. Санкції та заходи

1. Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення покарання злочинів, установлених згідно зі статтями 18–21, ефективними, адекватними й переконливими санкціями. За злочини, передбачені статтею 18 й скоєні фізичними особами, ці санкції охоплюють покарання із застосуванням позбавлення волі, що може зумовити видачу правопорушників.

2. Кожна Сторона гарантує, що юридичні особи, які притягаються до відповідальності, установленій згідно зі статтею 22, підлягають ефективним, адекватним і переконливим кримінальним або некримінальним санкціям або заходам, зокрема грошовим стягненням.

3. Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для конфіскації або іншим чином позбавлення засобів і доходів від злочинів, установлених згідно зі статтею 18 і пунктом «a» статті 20 цієї Конвенції, або власності, вартість якої відповідає вартості таких засобів.

4. Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для тимчасового або постійного закриття будь-якої організації, яка використовувалася для торгівлі людьми, без перешкоди правам bona fide третіх сторін або для тимчасового чи постійного позбавлення порушника можливості здійснювати діяльність, під час якої було скоєно це правопорушення.

Стаття 24. Обтяжуючі обставини

Кожна Сторона забезпечує визнання таких обставин обтяжуючими обставинами під час призначення покарання за правопорушення, установлені згідно зі статтею 18 цієї Конвенції:

a) правопорушення умисно або через грубу необережність створювало небезпеку для життя жертви;

b) правопорушення скоєно проти дитини;

c) правопорушення скоєно посадовою особою під час виконання обов'язків;

d) правопорушення скоєно в рамках злочинної організації.

(…)

Стаття 26. Звільнення від покарання

Кожна Сторона згідно з основними принципами своєї правової системи передбачає можливість не призначати покарання жертвам за участь у протиправній діяльності в тій частині, у якій вони були примушені так учиняти.

(…)

Стаття 39. Зв'язок з Протоколом про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності

Ця Конвенція не впливає на права й обов'язки, які випливають з положень Протоколу про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої зло-

чинності, і спрямований на посилення захисту, передбаченого в Протоколі, і розвиток норм, що в ньому містяться». [Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми. (Рада Європи, від 16.05.2005). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_858]

149.1.7. Конвенція про права дитини

(ООН, від 20.11.1989)

(ратифіковано Постановою ВР № 789-XII від 27.02.91)

«***Стаття 1***

Для цілей цієї Конвенції дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше.

(…)

Стаття 20. Правопорушення, що стосуються дитячої порнографії

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації такої умисної поведінки, учиненої без правових підстав:

a) виготовлення дитячої порнографії;

b) пропонування або надання доступу до дитячої порнографії;

c) розповсюдження або передавання дитячої порнографії;

d) придбання дитячої порнографії для себе або іншої особи;

e) володіння дитячою порнографією;

f) свідоме одержання доступу до дитячої порнографії за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій.

(…)

Стаття 21. Правопорушення, що стосуються участі дитини в порнографічних виставах

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації такої умисної поведінки:

a) вербування дітей для участі в порнографічних виставах або спонукання дитини до участі в таких виставах;

b) примушування дитини до участі в порнографічних виставах або отримання користі від цього чи іншого використання дитини із цією метою;

c) свідоме відвідування порнографічних вистав, у яких залучено дітей.

(…)

Стаття 35

Держави-учасниці вживають на національному, двосторонньому та багатосторонньому рівнях всіх необхідних заходів щодо відвернення викрадень дітей, торгівлі дітьми чи їх контрабанди в будь-яких цілях і в будь-якій формі». [Конвенція про права дитини (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_021]

149.1.8. Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії

(ООН, від 01.01.2000)

(ратифіковано Законом від 03.04.2003)

«Держави-учасниці цього Протоколу,

вважаючи, що для досягнення цілей Конвенції про права дитини та виконання її положень, особливо статей 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 і 36, було б доцільно надати більш широкий характер тим заходам, яких повинні вживати держави-учасниці з метою гарантованого захисту дитини від практики торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії,

(…)

домовились про таке:

Стаття 1

Держави-учасниці забороняють торгівлю дітьми, дитячу проституцію і дитячу порнографію, як це передбачено цим Протоколом.

Стаття 2

Для цілей цього Протоколу:

a) торгівля дітьми означає будь-який акт або угоду, внаслідок яких дитина передається будь-якою особою або будь-якою групою осіб іншій особі або групі осіб за винагороду або інше відшкодування;&

b) дитяча проституція означає використання дитини у діяльності сексуального характеру за винагороду або будь-яку іншу форму відшкодування;

c) дитяча порнографія означає будь-яке зображення будь-якими засобами дитини, яка здійснює реальні або змодельовані відверто сексуальні дії, або будь-яке зображення статевих органів дитини, головним чином в сексуальних цілях.

Стаття 3

1. Кожна держава-учасниця забезпечує, щоб, як мінімум, наступні діяння і види діяльності були повною мірою охоплені її кримінальним або карним правом, незалежно від того, чи були ці злочини вчинені на національному або транснаціональному рівні, або в індивідуальному чи організованому порядку:

a) у контексті торгівлі дітьми, визначеній у статті 2:

i) пропозиція, передача чи отримання будь-якими засобами дитини з метою:

a. сексуальної експлуатації дитини;

b. передачі органів дитини за винагороду;

c. використання дитини на примусових роботах;

ii) неправомірне схиляння в якості посередництва до згоди на усиновлення дитини з порушенням застосовних міжнародно-правових актів щодо усиновлення;

b) пропозиція, отримання, передача чи надання дитини для цілей дитячої проституції, визначеній у статті 2;

c) виробництво, розподіл, розповсюдження, імпорт, експорт, пропозиція, продаж або зберігання у вищезазначених цілях дитячої порнографії, визначеної у статті 2.

2. Враховуючи положення національного законодавства держави-учасниці, аналогічні положення застосовуються до спроби вчинення будь-якого з цих діянь, а також до пособництва та співучасті у вчиненні будь-якого з цих діянь.

3. Кожна держава-учасниця передбачає належні міри покарання за ці злочини, виходячи зі ступеня їхньої тяжкості.

4. З урахуванням положень свого національного законодавства кожна держава-учасниця у відповідних випадках вживає заходів щодо визначення відповідальності юридичних осіб за злочини, передбачені у пункті 1 цієї статті. З урахуванням правових принципів держави-учасниці ця відповідальність юридичних осіб може бути кримінальною, цивільною або адміністративною.

5. Держави-учасниці вживають всіх відповідних правових та адміністративних заходів з метою забезпечення того, щоб всі особи, які мають відношення до всиновлення дитини, діяли відповідно до положень застосовних міжнародно-правових актів.

Стаття 4

1. Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть виявитися необхідними, для встановлення своєї юрисдикції щодо злочинів, зазначених у пункті 1 статті 3, у тих випадках, коли такі злочини вчиняються на її території або на борту морського чи повітряного судна, зареєстрованого у цій державі.

2. Кожна держава-учасниця може вживати таких заходів, які можуть виявитися необхідними, для встановлення своєї юрисдикції щодо злочинів, зазначених у пункті 1 статті 3, у таких випадках:

a) коли передбачуваний злочинець є громадянином цієї держави або особою, місце звичайного проживання якої знаходиться на її території;

b) коли жертва є громадянином цієї держави.

3. Кожна держава-учасниця також вживає таких заходів, які можуть виявитися необхідними, для встановлення своєї юрисдикції щодо вищезгаданих злочинів, коли передбачуваний злочинець знаходиться на її території, і вона не видає його або її іншій державі-учасниці на підставі того, що злочин було вчинено одним із її громадян.

4. Цей Протокол не виключає будь-яку кримінальну юрисдикцію, яка здійснюється відповідно до внутрішньодержавного права.

Стаття 5

1. Злочини, зазначені в пункті 1 статті 3, вважаються такими, що спричиняють видачу і підлягають включенню, до будь-якого договору про видачу, що існує між державами-учасницями, а також, до будь-якого договору про видачу, який укладається між ними згодом, відповідно до умов, визначених у цих договорах.

2. Якщо держава-учасниця, яка обумовлює видачу наявністю договору, одержує прохання про видачу від іншої держави-учасниці, з якою вона не має договору про видачу, вона може розглядати цей Протокол щодо таких злочинів як правову підставу для видачі. Видача здійснюється згідно з умовами, передбаченими законодавством держави, до якої звернуте прохання про видачу.

3. Держави-учасниці, які не обумовлюють видачу наявністю договору, розглядають у відносинах між собою такі злочини як злочини, що спричиняють видачу, відповідно до умов, передбачених законодавством держави, до якої звернуте прохання про видачу.

4. Такі злочини для цілей видачі між державами-учасницями розглядаються так, як би вони були вчинені не тільки на місці їхнього вчинення, але також і на території держав, які зобов'язані встановити свою юрисдикцію відповідно до статті 4.

5. Якщо прохання про видачу надходить стосовно одного із злочинів, зазначених у пункті 1 статті 3, і якщо держава-учасниця, до якої звернено таке прохання, не видає і не видаватиме злочинця на підставі його громадянства, ця держава вживає відповідних заходів для передачі справи своїм компетентним органам з метою порушення кримінального переслідування». [Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії. (ООН, від 01.01.2000). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_b09]

149.1.9. Конвенція про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці N 182

(Міжнародна організація праці, від 17.06.1999)

(ратифіковано Законом від 05.10.2000)

«***Стаття 1***

Кожна держава-член, яка ратифікує цю Конвенцію, негайно вживає ефективних заходів щодо забезпечення в терміновому порядку заборони та ліквідації найгірших форм дитячої праці.

Стаття 2

В цілях цієї Конвенції термін «дитина» застосовується до всіх осіб віком до 18 років.

Стаття 3

В цілях цієї Конвенції термін «найгірші форми дитячої праці» включає:

a) усі форми рабства або практику, подібну до рабства, як наприклад, продаж дітей та торгівля ними, боргова кабала та кріпосна залежність, а також примусова чи обов'язкова праця, включаючи примусове чи обов'язкове вербування дітей для використання їх у збройних конфліктах;

b) використання, вербування або пропонування дитини для заняття проституцією, виробництва порнографічної продукції чи для порнографічних вистав;

c) використання, вербування або пропонування дитини для незаконної діяльності, зокрема, для виробництва та продажу наркотиків, як це визначено у відповідних міжнародних договорах;

d) роботу, яка за своїм характером чи умовами, в яких вона виконується, може завдати шкоди здоров'ю, безпеці чи моральності дітей.»

[Конвенція про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці N 182. (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_166]

149.1.10. Додаткова конвенція про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв подібних до рабства

(ООН, від 07.09.1956)

(ратифіковано 03.12.1958)

«**Институты и обычаи, сходные с рабством**

Статья 1

Каждое из участвующих в настоящей Конвенции государств принимает все возможные и необходимые законодательные и иные меры к тому, чтобы осуществить постепенно и в крат-

чайший по возможности срок полную отмену или упразднение нижеследующих институтов и обычаев, где они еще существуют, и независимо от того, охватываются ли они или не охватываются определением рабства, содержащимся в статье 1 Конвенции о рабстве, подписанной в Женеве 25 сентября 1926 года:

a) долговой кабалы, то есть положения или состояния, возникающего вследствие заклада должником в обеспечение долга своего личного труда или труда зависимого от него лица, если надлежаще определяемая ценность выполняемой работы не засчитывается в погашение долга или если продолжительность этой работы не ограничена и характер ее не определен;

b) крепостного состояния, то есть такого пользования землей, при котором пользователь обязан по закону, обычаю или соглашению жить и работать на земле, принадлежащей другому лицу, и выполнять определенную работу для такого другого лица, или за вознаграждение или без такового, и не может изменить это свое состояние;

c) любого института или обычая, в силу которых

i) женщину обещают выдать или выдают замуж, без права отказа с ее стороны, ее родители, опекун, семья или любое другое лицо или группа лиц за вознаграждение деньгами или натурой;

ii) муж женщины, его семья или его клан имеет право передать ее другому лицу за вознаграждение или иным образом; или

iii) женщина по смерти мужа передается по наследству другому лицу;

d) любого института или обычая, в силу которого ребенок или подросток моложе 18 лет передается одним или обоими своими родителями или своим опекуном другому лицу, за вознаграждение или без такового, с целью эксплуатации этого ребенка или подростка или его труда.

Статья 5

В стране, где рабство или институты или обычаи, упомянутые в статье 1 настоящей Конвенции, еще не отменены или не упразднены полностью, искалечение, клеймение выжиганием или иным способом раба или лица в подневольном состоянии, чтобы отметить такое его состояние, или с целью наказания, или по какой-либо иной причине, а равно и соучастие в таких действиях, считается уголовным преступлением по законам участвующих в настоящей Конвенции государств, и признанные виновными в таких преступлениях лица подлежат наказанию.

Статья 6

1. Обращение другого лица в рабство, или склонение другого лица к отдаче себя или лица, зависимого от этого другого лица, в рабство, или покушение на совершение таких действий, или соучастие в них, или участие в тайном сговоре для совершения любого из этих действий считается уголовным преступлением по законам участвующих в настоящей Конвенции государств, и лица, признанные виновными в нем, подлежат наказанию.

2. С соблюдением положений вступительной части статьи 1 настоящей Конвенции, положения пункта 1 настоящей статьи применяются также к случаям склонения другого лица к отдаче себя или лица, зависимого от этого другого лица, в подневольное состояние, являющееся результатом институтов или обычаев, упомянутых в статье 1, ко всякому покушению на совершение такого преступления, к соучастию в нем или участию в тайном сговоре для совершения любого из этих преступлений.

Статья 7

В настоящей Конвенции:

a) под «рабством», как оно определено в Конвенции 1926 года о рабстве, понимается положение или состояние лица, в отношении которого осуществляются некоторые или все правомочия, присущие праву собственности, а под «рабом» понимается лицо, находящееся в таком состоянии или положении;

b) под «лицом в подневольном состоянии» понимается лицо, находящееся в состоянии или положении, создавшемся в результате институтов или обычаев, упомянутых в статье 1 настоящей Конвенции;

c) под «работорговлей» понимаются и в нее включаются все действия, связанные с захватом, приобретением какого-либо лица или с распоряжением им с целью обращения его в рабство; все

действия, связанные с приобретением раба с целью его продажи или обмена; все действия по продаже или обмену лица, приобретенного с этой целью, и вообще всякое действие по торговле или перевозке рабов какими бы то ни было транспортными средствами». [Додаткова конвенція про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв подібних до рабства. (ООН, від 07.09.1956). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_160]

149.1.11. Конвенція про примусову чи обов'язкову працю N 29

(Міжнародна організація праці, від 28.06.1930)

(ратифіковано 10.08.1956)

«Стаття 2

1. В розумінні цієї Конвенції термін примусова чи обов'язкова праця означає будь-яку роботу чи службу, що її вимагають від якої-небудь особи під загрозою якогось покарання і для якої ця особа не запропонувала добровільно своїх послуг.

2. Проте термін примусова чи обов'язкова праця в розумінні цієї Конвенції не включає в себе:

a) будь-яку роботу чи службу, що її вимагають на підставі законів про обов'язкову військову службу і застосовують для робіт суто воєнного характеру;

b) будь-яку роботу чи службу, що є частиною звичайних громадянських обов'язків громадян повністю самоврядної країни;

c) будь-яку роботу чи службу, що її вимагають від якої-небудь особи внаслідок вироку, винесеного рішенням судового органу, при умові, що ця робота чи служба виконуватиметься під наглядом і контролем державних властей і що зазначена особа не буде віддана або передана в розпорядження приватних осіб, компаній чи товариств;

d) будь-яку роботу чи службу, що її вимагають в умовах надзвичайних обставин, тобто у випадках війни або лиха, або загрози лиха, як-от пожежі, повені, голод, землетрус, сильні епідемії чи епізоотії, навали шкідливих тварин, комах чи паразитів рослин і взагалі обставини, що ставлять під загрозу або можуть поставити під загрозу життя чи нормальні життєві умови всього або частини населення;

e) дрібні роботи общинного характеру, тобто роботи, що виконуються для прямої користі колективу членами даного колективу і які тому можуть вважатися звичайними громадянськими обов'язками членів колективу при умові, що саме населення або його безпосередні представники мають право висловити свою думку про доцільність цих робіт». [Конвенція про примусову чи обов'язкову працю N 29. (Міжнародна організація праці, від 28.06.1930). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_136]

149.1.12. Конвенція про скасування примусової праці N 105

(Міжнародна організація праці, від 25.06.1957)

(ратифіковано Законом від 05.10.2000)

«Стаття 1

Кожний член Міжнародної організації праці, який ратифікує цю Конвенцію, зобов'язується скасувати примусову або обов'язкову працю і не вдаватися до будь-якої її форми:

a) як засобу політичного впливу чи виховання або як засобу покарання за наявність чи за висловлювання політичних поглядів, чи ідеологічних переконань, протилежних усталеній політичній, соціальній, чи економічній системі;

б) як метод мобілізації і використання робочої сили для потреб економічного розвитку;

в) як засіб підтримання трудової дисципліни;

г) як засіб покарання за участь у страйках;

д) як захід дискримінації за ознаками расової, соціальної і національної приналежності чи віросповідання.»

[Конвенція про скасування примусової праці N 105. (Міжнародна організація праці, від 25.06.1957). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_013]

149.1.13. Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами

(ООН, від 02.12.1949)

(приєднання 15.11.1954)

*«**Стаття 1***

Сторони в цій Конвенції зобов'язуються накладати кару на кожного, хто для вдоволення похоті іншої особи:

1) зводить, умовляє або спокушає з метою проституції іншу особу, навіть за згодою цієї особи;

2) експлуатує проституцію іншої особи, навіть за згодою цієї особи.

Стаття 2

Сторони в цій Конвенції зобов'язуються, далі, накладати кару на кожного, хто:

1) утримує будинок розпусти чи управляє ним або свідомо фінансує чи бере участь у фінансуванні будинку розпусти;

2) здає в оренду або наймає будівлю чи інше місце, або частину такого, знаючи, що вони будуть використані з метою проституції третіми особами.

Стаття 3

Оскільки це сумісно з вимогами внутрішнього законодавства, замахи на вчинення будь-якого з передбачених у статтях 1 і 2 правопорушень, так само як і дії, підготовчі до вчинення таких, теж підлягають покаранню.

(…)

Стаття 8

Злочини, передбачені в статтях 1 і 2 цієї Конвенції, розглядаються як злочини, що тягнуть за собою видачу, і на них поширюється будь-який договір про видачу злочинців, що був або буде укладений між будь-якими сторонами в цій Конвенції. Ті сторони в цій Конвенції, які не обумовлюють видачу злочинців існуванням про те договорів, віднині у своїх взаємовідносинах визнають злочини, передбачені в статтях 1 і 2 цієї Конвенції, злочинами, які ведуть за собою видачу. Видача провадиться згідно з законом тієї держави, до якої звернена вимога про видачу.

Стаття 9

В державах, в яких принцип видачі своїх громадян не визнається законом, громадяни, які повертаються до своєї держави після вчинення ними в іншій державі будь-якого із злочинів, зазначених у статтях 1 і 2 цієї Конвенції, підлягають переслідуванню і покаранню судом їх власної держави. Це положення не застосовується, якщо у справах такого роду, які виникають між сторонами цієї Конвенції, вимога про видачу іноземця не може бути задоволена.

Стаття 10

Положення статті 9 не застосовуються, якщо особа, обвинувачувана у вчиненні злочину, судилася в іншій державі, і в разі обвинувального вир. відбула покарання або була звільнена від покарання, або строк її покарання був скорочений відповідно до законів цієї держави.

Стаття 11

Ніщо у цій Конвенції не повинно тлумачитись як визначення ставлення тієї або іншої сторони в ній до загального питання про межі кримінальної юрисдикції відповідно до норм міжнародного права». [Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами. (ООН, від 02.12.1949). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_162]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ про відповідальність за торгівлю людьми

149.2.1. Справа «Ранцев проти Кіпру і Росії»

«272. Перше питання, яке постає в цьому контексті, полягає в тому, чи підпадає ця справа під дію статті 4. Суд нагадує, що у статті 4, яка забороняє «рабство», утримання людини в «підневільному стані» та «примусову чи обов'язкову працю», немає згадки про торгівлю людьми.

273. Суд ніколи не розглядав положення Конвенції як єдину систему критеріїв тлумачення прав і свобод, закріплених у ній. Він уже давно заявляє про те, що один з головних принципів

застосування ним положень Конвенції полягає в тому, що він не застосовує їх у вакуумі. Конвенцію, як будь-який міжнародний договір, слід тлумачити у світлі правил тлумачення, викладених у Віденській конвенції від 23 травня 1969 р. про право міжнародних договорів.

(…)

275. Нарешті, Суд наголошує, що предмет і мета Конвенції як інструменту захисту конкретних людей вимагають такого тлумачення і застосування її положень, яке забезпечує реальність і ефективність її гарантій.

276. У рішенні, винесеному у справі «Сіліаден проти Франції» (Siliadin v. France), Суд, визначаючи зміст поняття «рабства» за статтею 4, послався на класичне визначення рабства, наведене в Конвенції про рабство 1926 року, згідно з яким ознакою рабства є здійснюване стосовно людини справжнє право власності та зведення її статусу до статусу «речі». Стосовно поняття «підневільного стану» Суд встановив, що забороні підлягає «особливо серйозна форма позбавлення свободи». Поняття ««підневільного стану» означає стан, в якому людина змушена через примусове зобов'язання надавати свої послуги, і воно пов'язане з поняттям «рабства». Суд встановив, що «примусова чи обов'язкова праця» матиме місце лише за умов, коли існують ознаки фізичного або психічного тиску, а також пригнічення волі людини.

277. Немає нічого дивного в тому, що в Конвенції немає прямої згадки про торгівлю людьми. Конвенція була навіяна Загальною декларацією прав людини, проголошеною Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй у 1948 році, в якій так само немає прямої згадки про торгівлю людьми. Стаття 4 Декларації забороняє «рабство і работоргівлю в усіх їх видах». Але при визначенні сфери застосування статті 4 Конвенції не можна випускати з уваги особливості Конвенції і те, що вона є «живим» документом, який має тлумачитися у світлі умов сьогодення. Дедалі вищі стандарти у сфері захисту прав людини та основних свобод відповідно й неминуче вимагають рішучішої позиції при оцінюванні порушень основоположних цінностей демократичного суспільства.

278. Суд зазначає, що торгівля людьми як явище, яке набуло глобального масштабу, значно поширилася протягом останніх років. В Європі поширенню цього явища певною мірою сприяв розпад колишніх комуністичних блоків. Укладення Палермського протоколу в 2000 році та Конвенції про протидію торгівлі людьми в 2005 році свідчить про дедалі зростаюче усвідомлення на міжнародному рівні існуючої проблеми поширення торгівлі людьми та необхідності вжиття заходів з її подолання.

(…)

280. Суд зауважує, що згідно з висновком, якого дійшов Міжнародний кримінальний трибунал у справах колишньої Югославії, традиційне поняття «рабства» з часом еволюціонувало і тепер охоплює різні сучасні форми рабства, які ґрунтуються на здійсненні тих чи інших або всіх атрибутів права власності. Трибунал встановив, що для визначення того, чи становить певна ситуація сучасну форму рабства, необхідно урахувати такі фактори: чи контролюється пересування особи та її фізичне середовище, чи є якісь ознаки психологічного контролю, чи вживалися заходи для запобігання чи стримування її від втечі і чи здійснювався контроль її статевого життя та примусова праця.

281. Суд вважає, що торгівля людьми, за своїм характером та метою експлуатації, ґрунтується на здійсненні атрибутів права власності. Торгівці з людьми поводяться з людьми як з товаром, який купляється і продається, і залучається до примусової праці, часто за мізерну платню або взагалі без неї, і, як правило, в секс-індустрії, хоча це може мати місце й в інших сферах. При цьому за діяльністю жертв торгівлі людьми здійснюється безпосередній нагляд і свободу їхнього пересування часто обмежують. У контексті торгівлі людьми мають місце застосування насильства і погрози стосовно її жертв, які живуть і працюють у незадовільних умовах. У зауваженнях організації «Інтерайтс» і в пояснювальній записці до Конвенції про протидію торгівлі людьми це явище охарактеризовано як сучасна форма загальносвітової работоргівлі, що існувала в давньому минулому. Омбудсмен Кіпру послалася на те, що сексуальна експлуатація і торгівля людьми мають місце через існування «системи сучасного рабства».

282. Не може бути будь-якого сумніву в тому, що торгівля людьми загрожує людській гідності і основним свободам її жертв і що її не можна вважати сумісною з демократичним суспільством

і цінностями, проголошеними в Конвенції. З огляду на свій обов'язок тлумачити Конвенцію у світлі умов сьогодення, Суд не вважає за необхідне визначати, чи мало поводження, про яке йдеться в скарзі заявника, ознаки «рабства», «підневільного стану» чи «примусової та обов'язкової праці». Натомість Суд доходить висновку, що торгівля людьми як така, у значенні пункту «а» статті 3 Палермського протоколу та пункту «а» статті 4 Конвенції про протидію торгівлі людьми, підпадає під дію статті 4 Конвенції». [Ранцев проти Кіпру і Росії (25965/04). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117743]

149.2.2. Справа «Van Der Mussele v. Belgium»

«34. Залишається з'ясувати, чи існувала «примусова чи обов'язкова» праця. Перший прикметник має на увазі фізичний або психічний примус (…). Другий прикметник не означає будь-якого юридичного обов'язку. Наприклад, робота, яку слід виконати в силу вільно укладеного договору, не підпадає під дію статті 4 Конвенції лише тому, що один з контрагентів зобов'язався перед іншим її виконати і піддасться санкціям, якщо він не виконає взяті на себе зобов'язання (…). Слід вести мову про працю, обов'язкову під загрозою покарання». [Van Der Mussele v. Belgium (8919/80). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57591] (Неофіційний авторський переклад).

149.2.3. Справа «Karlheinz Schmidt v. Germany»

«22. (…) Суд повторює, що пункт 3 статті 4 Конвенції не призначений для «обмеження» здійснення права, гарантованого пунктом 2 статті 4, а для «розмежування» самого змісту цього права оскільки воно становить одне ціле з пунктом 2 та вказує, що виключається з поняття «примусова чи обов'язкова праця». Таким чином, пункт 3 служить допомогою тлумаченню пункту 2 статті 4 Конвенції. Чотири підпункти пункту 3, незважаючи на їх різноманіття, засновані на керівних ідеях спільних інтересів, соціальної солідарності та нормальних відносин». [Karlheinz Schmidt v. Germany (13580/88). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57880] (Неофіційний авторський переклад).

149.2.4. Справа «S. M. v. Croatia»

«54. Торгівля людьми та експлуатація проституції безсумнівно загрожує людській гідності та основним свободам її жертв і не може вважатися сумісною з демократичним суспільством та цінностями, викладеними в Конвенції. Зважаючи на своє зобов'язання тлумачити Конвенцію у світлі сучасних умов, Суд вважає, що немає необхідності визначити, чи поводження, на яке скаржився заявник, становило «рабство», «підневільний стан» або «примусову та обов'язкову працю». Натомість Суд робить висновок, що сама торгівля, а також експлуатація проституції у значенні статті 3 (a) Палермського протоколу, статті 4 (a) Конвенції проти торгівлі людьми, статті 1 Конвенції про боротьбу з торгівлею людьми та експлуатацією проституції третіми особами підпадають під сферу застосування статті 4 Конвенції (…). У зв'язку з цим не важливо, що заявник фактично є громадянином держави-відповідача і що немає міжнародного елемента, оскільки стаття 2 Конвенції проти торгівлі людьми охоплює «всі форми торгівлі людьми, як національні, так і транснаціональні», а Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми та експлуатацією проституції іншими стосується експлуатації проституції в цілому. Підпадають під сферу застосування статті 4 Конвенції.

(…)

62. У міжнародному праві проституція, сексуальна експлуатація та торгівля людьми тісно пов'язані між собою. Для виконання своїх зобов'язань за статтею 4 Конвенції держави повинні встановити законодавчу та адміністративну основу, яка забороняє і карає примусову або обов'язкову працю, примусове надання послуг та рабство. Державам-членам також слід вимагати, щоб дієві кримінально-правові норми були застосовані до справ про примусову проституцію. У справах, що стосуються таких дій, як зґвалтування та сексуальне насильство, порушуються фундаментальні цінності, людська гідність та суттєві аспекти приватного життя.

63. На міжнародному, європейському та національному рівнях існує широке коло законодавства, яке кваліфікує сексуальну експлуатацію, навіть за згодою експлуатованої особи, як кримінальне правопорушення. Також широко визнано, що жертвам експлуатації проституції повинні бути надані відповідні заходи підтримки, а не переслідування». [S. M. v. Croatia (60561/14). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–184665] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо посягання на свободу особи

149.3.1. Справа «S. M. v. Croatia»
Фактичні обставини:

Через проблеми в родині заявниця З. зростала спочатку в прийомній сім'ї, а потім у притулку, де здобула фах офіціанта. Проте влаштуватися на роботу ніяк не виходило. У Facebook вона познайомилася з ТМ, колишнім поліцейським, котрий представився другом її батьків.

Вони кілька разів зустрічалися в кафе і в липні 2011 р. дівчина попросила знайти їй роботу. ТМ запропонував поїхати до його друга, який може допомогти з працевлаштуванням. Однак виявилось, що «робота» полягала в наданні сексуальних послуг. Причому як клієнтам, так і ТМ, котрий поселив дівчину в себе вдома, де вона, власне, і надавала сексуальні послуги.

Лише через 3 місяці їй вдалося втекти до знайомого, а ще через рік дівчина звернулася із заявою в поліцію. Таке зволікання З. пояснила тим, що ТМ усіляко погрожував їй та її сім'ї.

З'ясувалося, що ТМ вже був засуджений на 6,5 року за злочини, пов'язані зі звідництвом і зґвалтуванням. Був умовно-достроково звільнений в травні 2009 р. Поліція провела обшук на квартирі ТМ, де серед іншого виявила кілька частин від автомата, а також мобільні телефони й упаковки презервативів. ТМ звинуватили у втягненні в заняття проституцією.

15 лютого 2013 р. кримінальний суд виправдав ТМ на тій підставі, що, хоча було встановлено, що він організував проституційні послуги, в яких була задіяна заявниця, не було встановлено, що він насильно змусив її займатися проституцію. Суд першої інстанції, зокрема, зазначив, що свідчення заявниці є невпевненими і плутаними. Враховуючи відсутність інших вичерпних доказів, він застосував принцип dubio pro reo та виправдав ТМ.

1 січня 2014 р. окружний суд відхилив апеляцію прокуратури та залишив без змін рішення суду першої інстанції. 31 березня 2014 р. заявниця подала конституційну скаргу до Конституційного суду. 10 червня 2014 р. Конституційний Суд визнав конституційну скаргу заявниці неприйнятною.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«76. Що стосується кроків, вжитих національними органами, Суд визнає, що поліція та органи прокуратури діяли оперативно, зокрема, при проведенні обшуку житла ТМ, проведення допиту заявниці та пред'явлення ТМ.

77. З іншого боку, Суд не може не зазначити, що єдиними свідками, які були допитані в ході розслідування та під час судового розгляду, були сама заявниця та її друг МІ. Враховуючи, що Міністерство внутрішніх справ не повністю підтвердило твердження заявниці, Суд зазначає, що є вказівка на те, що це була матір МІ, а не сама МІ, до якої заявниця звернувся за допомогою і з якою вона говорила по телефону, коли втікала з квартири. Однак слідчі органи не отримали свідчень від матері МІ. Крім того, вони не допитали хлопця МІ, ТР, який допоміг заявниці втекти з квартири ТМ і доставив її в квартиру МІ та її матері.

78. Ці елементи разом із переліченими нижче показують, що національні органи влади не зробили серйозних спроб докладно дослідити всі відповідні обставини та зібрати всі наявні докази. Вони не робили подальших спроб ідентифікувати клієнтів заявниці та допитати їх, зокрема, особу, до якої ТМ залучив заявницю на надання сексуальних послуг уперше. Вони також не чули показань матері заявниці, орендодавця та сусідів заявниці та ТМ, кожен з яких міг мати відповідні знання про справжній зв'язок між заявницею та ТМ, передбачуваними побиттями та блокуванням у квартирі.

79. Суд зазначає твердження заявниці про те, що вона є фінансово залежною від ТМ та про різні форми примусу, який він нібито використовував проти неї, наприклад, підкреслюючи, що він був колишнім поліцейським, який має «арсенал зброї», погрожуючи завданням шкоди її сім'ї та маніпулюючи нею обманними обіцянками, що знайде їй «хорошу роботу», а також відомості про те, що заявниця була дуже засмучена і залякана ТМ, який продовжував загрожувати їй через соціальні мережі, коли вона жила з МІ. Немає жодних ознак того, що національні органи зробили серйозну спробу докладно дослідити ці обставини, які були важливими для оцінки того, чи змусив

ТМ заявницю займатися проституцію. Видається, що не було приділено уваги тому факту, що під час обшуку житла ТМ поліція знайшла декілька частин від автоматичної зброї. Національні суди недостатньо уваги приділяли цим елементам і дійшли висновку, що заявниця дала добровільну згоду на надання сексуальних послуг. Крім того, Суд зазначає, що відповідно до законодавства Хорватії, Конвенції Організації Об'єднаних Націй про боротьбу з торгівлею людьми та експлуатацією проституції третіми особами та Конвенцією Ради Європи проти торгівлі людьми, згода потерпілого не має значення. Національні суди недостатньо уваги приділяли цим елементам і дійшли висновку, що заявниця дала добровільну згоду на надання сексуальних послуг.

80. Суд також зазначає, що національні суди відхилили свідчення заявниці як ненадійні, оскільки вважали, що її заяви були непослідовними, що вона не була впевнена і що вона замовчала під час допиту. Національна влада не зробила жодної оцінки можливого впливу психологічної травми на здатність заявниці постійно та чітко висвітлювати обставини її експлуатації. Суд, враховуючи вразливість потерпілих від правопорушень, пов'язаних із сексуальними посяганнями, також погоджується з тим, що зустріч з ТМ в залі суду могла мати негативний вплив на заявницю, незалежно від того, що ТМ згодом був вилучений із залу суду.

81. На закінчення Суд вважає, що зазначені вище елементи свідчать, що за особливих обставин цієї справи відповідні державні органи не виконували своїх процесуальних зобов'язань за статтею 4 Конвенції. Отже, було порушено статтю 4 Конвенції». [S. M. v. Croatia (60561/14). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–184665]

149.3.2. Справа «Сіліадін проти Франції»

Фактичні обставини:

У січні 1994 р. заявниця разом зі своєю родичкою пані Д., громадянкою Франції, прибули до Франції з Того. Пані Д. зобов'язалася перед батьком заявниці владнати питання з її імміграційним статусом та навчанням у Франції. Натомість п. Сіліадін повинна була виконувати для п. Д. домашню роботу, аби компенсувати вартість авіаквитка. Отже, заявниця стала неоплачуваною служницею у домі панів Д., які тримали в себе її паспорт.

У жовтні 1994 р. п. Д. «позичила» заявницю своїм друзям – подружжю Б. – для виконання рутинної домашньої роботи та для догляду за їхніми дітьми. Передбачалося, що п. Сіліадін залишатиметься у домі панів Б. лише упродовж кількох днів і повернеться після того, як пані Б. народить дитину. Утім після народження дитини пані Б. вирішила залишити заявницю у своєму домі й надалі. Заявниця стала, по суті, робітницею для будь-якої хатньої роботи, працюючи від сьомої ранку до десятої вечора без вихідних. Лише за спеціальним дозволом п. Сіліадін могла ходити в неділю до церкви на службу. Заявниця спала у дитячій кімнаті на матраці, носила старий одяг. Господарі жодного разу їй не заплатили за роботу. Лише один чи два рази вона отримала 500 франків (приблизно 76 євро) від матері пані Б.

У липні 1998 р. заявниця поскаржилась на своє становище сусідці, а та зі свого боку повідомила Комітет проти сучасних форм рабства про долю п. Сіліадін. Представники останнього звернулися із заявою до прокуратури. Проти подружжя Б. було порушено кримінальну справу. Їх звинуватили у незаконному отриманні неоплачуваних або недостатньо оплачуваних послуг від особи, котра перебуває у залежному чи незахищеному стані, а також у триманні такої особи в умовах, несумісних із людською гідністю.

Суд першої інстанції визнав панів Б. винними у вчиненні зазначених злочинів і призначив кожному з них, окрім іншого, покарання у вигляді позбавлення волі строком на 12 місяців з відкладенням терміну виконання частини цього покарання. Утім апеляційний суд ухвалив у цій справі виправдальний вирок. Касаційний суд повернув справу на новий апеляційний розгляд, внаслідок якого підсудних було засуджено до сплати на користь заявниці штрафу у розмірі 15 245 євро.

Рішення ЄСПЛ:

«109. Суд відзначив, що заявниця прибула до Франції з Того у віці п'ятнадцяти років і семи місяців з особою, яка домовилася з її батьком про те, що дівчина працюватиме доки не відкупить свій авіаквиток, що її імміграційний статус буде врегульовано і що вона ходитиме до школи.

110. Насправді, заявниця працювала на цю особу протягом кількох місяців, перш ніж її було «позичено» панові і пані Б. Свідчення вказують на те, що вона працювала в їхньому помешканні

без відпочинку близько п'ятнадцяти годин на день без вихідного протягом кількох років, ніколи не отримуючи при цьому платні, не ходила до школи, не мала посвідчення особи, а її імміграційний статус не було врегульовано. Вона проживала в їхньому помешканні і спала в дитячій кімнаті.

111. Суд також зауважує, що окрім цієї Конвенції, існує низка міжнародних конвенцій, покликаних захищати людину від рабства, підневільного стану і примусової чи обов'язкової праці. Як зазначено Парламентською асамблеєю Ради Європи, хоча рабство було скасовано більше 150 років тому, «побутове рабство» і досі існує в Європі і зачіпає тисячі людей, більшість з яких жінки.

112. Суд повторно зазначив, що стаття 4 закріплює одну з основних цінностей демократичних суспільств. На відміну від більшості матеріальних пунктів Конвенції і Протоколів № 1 та 4, стаття 4 не передбачає винятків, а параграф 2 статті 15 не дозволяє жодних порушень, навіть у випадку надзвичайної ситуації, яка загрожує життю нації.

За таких обставин Суд вважає, що відповідно до сучасних норм і тенденцій у цій сфері, позитивні зобов'язання держав-членів за статтею 4 Конвенції повинні передбачати покарання й ефективне судове переслідування будь-якої дії, спрямованої на утримання особи в такій ситуації.

113. Відповідно, Суд повинен визначити чи підпадає ситуація заявниці під дію статті 4 Конвенції.

114. Не викликає заперечень той факт, що вона роками працювала на пана і пані Б. без відпочинку і проти власної волі. Також встановлено, що заявниця не отримувала винагороди від пана і пані Б. за свою роботу.

115. У своєму тлумаченні статті 4 Європейської конвенції Суд, розглядаючи попередню справу, вже врахував конвенції МОП, які є обов'язковими для більшості держав – членів Ради Європи, в тому числі й Франції, і особливо Конвенцію про примусову працю 1930 р.

116. Суд вважає, що насправді існує вражаюча подібність, яка не є випадковою, між параграфом 3 статті 4 Європейської конвенції і параграфом 2 статті 2 Конвенції № 29. У параграфі 1 статті 2 Конвенції № 29 сказано, що термін «примусова чи обов'язкова праця» означає «будь-яку роботу або службу, виконання якої вимагається від будь-якої особи під загрозою певного покарання і на котру ця особа не погодилася добровільно».

117. Залишається встановити, чи мала місце «примусова чи обов'язкова» праця. Це наштовхує на думку про фізичні чи психічні обмеження. Обов'язкові умови включають виконання роботи «під загрозою певного покарання» і проти волі відповідної особи, тобто такої роботи, на яку ця особа «не погодилась добровільно».

118. Суд зауважує, що в цій справі, хоча заявниці і не погрожували «покаранням», залишається той факт, що вона була в еквівалентній ситуації з огляду на серйозність, з якою сприймалася загроза.

Вона була дівчиною-підлітком у чужій країні, незаконно перебувала на території Франції і боялася арешту поліції. Справді, пан і пані Б. живили цей страх і примусили її вірити, що її статус буде врегульовано.

Відповідно, Суд вважає, що перший критерій виконано, особливо оскільки на відповідний момент заявниця була неповнолітньою; цей факт Суд підкреслює.

119. Щодо виконання заявницею роботи з власної волі, факти у справі чітко свідчать, що навряд чи можна серйозно ставитися до твердження про добровільність. Навпаки, цілком очевидно, що вона не мала ніякого вибору.

120. За цих обставин Суд вважає, що заявницю, щонайменше, примусили до праці у тлумаченні статті 4 Конвенції, коли вона була ще неповнолітньою.

(…)

122. На початку суд зазначає, що відповідно до Конвенції про рабство 1927 р., «рабство – це стан чи становище особи, до якої застосовуються всі атрибути права власності чи деякі з них».

Суд зауважує, що це визначення відповідає «класичному» значенню рабства в тому вигляді, як воно практикувалося століттями. І хоча заявниця в цій справі була, безумовно, позбавлена особистої автономії, докази не свідчать про те, що її тримали в рабстві у звичному сенсі; іншими словами, що пан і пані Б. мали справжнє право легально володіти нею, зводячи, таким чином, її статус до «речі».

123. Щодо поняття «підневільний стан», то він становить «особливо серйозну форму відмови у свободі». Це включає «окрім обов'язку надавати певні послуги іншому… обов'язок «покріпаченого» жити в межах володінь іншої особи і неможливість змінити свій статус». Тому при вивченні скарги в контексті цього параграфа статті 4, Комісія приділила особливу увагу Конвенції про скасування рабства.

124. У світлі судової практики з цього питання і в цій Конвенції, «підневільний стан» означає обов'язок надавати свої послуги через примус і пов'язаний з концепцією «рабства», описаною вище.

(…)

126. Крім того, що заявниця мала виконувати примусову працю, Суд зауважує, що ця праця тривала майже п'ятнадцять годин на день, сім днів на тиждень.

Її привіз до Франції родич батька і вона не обирала працювати на пана і пані Б.

Як неповнолітня, вона не мала ресурсів і була уразливою та ізольованою, а також не мала інших засобів для існування, окрім тих, що були в будинку пана і пані Б., де вона мешкала в дитячій спальній кімнаті, оскільки іншого помешкання їй надано не було. Вона повністю перебувала під владою пана і пані Б, оскільки її документи було конфісковано і обіцяно врегулювати її імміграційний статус, чого так і не сталося.

127. Крім того, заявниці, яка боялася арешту поліцією, в жодному разі не дозволялося полишати будинок, інакше як для того, аби відвести дітей до школи та на інші заняття. Отже, вона не мала свободи пересування і вільного часу.

128. Оскільки її не віддали до школи, незважаючи на обіцяне її батькові, заявниця не могла сподіватися, що її ситуація може покращитися і була повністю залежною від пана і пані Б.

129. За таких обставин Суд робить висновок, що заявниця, яка на той час була неповнолітньою, утримувалася у підневільному стані у тлумаченні статті 4 Конвенції.

130. З огляду на цей висновок і на позитивні зобов'язання за статтею 4, Суду належить встановити, чи оскаржене законодавство та його застосування у цій справі містило достатньо серйозні помилки, які можна розглядати як порушення статті 4 Державою-відповідачем.

131. Заявниця стверджує, що положення французького кримінального законодавства не забезпечили їй достатнього захисту від ситуації, що склалася, і не дозволили покарати винних.

(…)

149. Таким чином, Суд дійшов висновку, що в цій справі мало місце порушення позитивних зобов'язань Держави відповідно до статті 4 [Заборона рабства і примусової праці] Конвенції». [Сіліадін проти Франції (73316/01). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–100523]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 149 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

149.4.1. «Рабство» як вид експлуатації, що є ознакою торгівлі людьми або іншої незаконної угоди щодо людини (примітка 1 до ст. 149 КК України), означає становище або стан особи, щодо якої здійснюються деякі або всі повноваження, притаманні праву власності: коли особа володіє, користується, розпоряджається іншою особою (рабом) як своїм майном на власний розсуд.

ЄСПЛ до ознак «традиційного» рабства відносить ознаку легального володіння рабом як річчю, а щодо ознак сучасних форм рабства вказує на необхідність ураховувати такі фактори, як контроль пересування жертви та її фізичне середовище, наявність психологічного контролю, заходів для запобігання чи стримування її від втечі, контроль статевого життя жертви та її та примусова праця.

Торгівля людьми або здійснення іншої незаконної угоди, об'єктом якої є людина, а так само вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини, вчинені з метою експлуатації людини як раба, визнаються работоргівлею.

(Див.: 149.1.1;149.1.10; 149.2.1; 149.3.2)

149.4.2. «Звичаї, подібні до рабства» як вид експлуатації, що є ознакою торгівлі людьми або іншої незаконної угоди щодо людини (примітка 1 до ст. 149 КК України), це боргова кабала,

кріпосне закріплення людини до землі, видача жінки заміж чи інша її передача без права відмови з її боку за винагороду грошима або натурою, продаж дітей та торгівля ними тощо.
(Див.: 149.1.9)

149.4.3. «Підневільний стан» як вид експлуатації, що є ознакою торгівлі людьми або іншої незаконної угоди щодо людини (примітка 1 до ст. 149 КК України), означає, окрім примусової роботи, також обов'язок під загрозою покарання не покидати (зовсім чи на тривалий час) приміщення, де виконується така робота, відсутність інших засобів існування окрім їжі та одягу, які надаються за примусову роботу, неможливість змінити свій статус, який обумовлений звичаями, подібними до рабства.
(Див.: 149.1.10; 149.2.2; 149.3.2)

149.4.4. «Примусова праця або примусове надання послуг» як вид експлуатації, що є ознакою торгівлі людьми або іншої незаконної угоди щодо людини (примітка 1 до ст. 149 КК України), означає будь-яку роботу або службу, виконання якої вимагається від будь-якої особи під загрозою певного покарання і на котру ця особа не погодилася добровільно.
Загрозою «певного покарання» може бути перш за все фізичний або психічний примус, але також сама ситуація, що виникає після акту торгівлі людьми і дає підстави боятися арешту, депортації, злочинних посягань третіх осіб тощо, що пригнічує волю потерпілої особи.
Відсутність добровільності як ознаки примусової праці означає, зокрема, що в потерпілої особи відсутня альтернатива окрім виконання роботи, для виконання якої була вчинена угода торгівлі людьми.
(Див.: 149.1.11; 149.2.1; 149.2.2; 149.3.2)

149.4.5. «Сексуальна експлуатація», що є ознакою торгівлі людьми або іншої незаконної угоди щодо людини (примітка 1 до ст. 149 КК України), передбачає як примусову проституцію чи використання в порнобізнесі, так і будь-які інші форми (способи) отримання доходу від сексуальних послуг. До порнобізнесу належить, зокрема, діяльність зі створення за участю потерпілої особи порнографічної продукції та участь потерпілої особи в порнографічних виставах.
(Див.: 149.1.5; 149.1.7; 149.1.8; 149.1.9; 149.2.4; 149.3.1)

149.4.6. «Позичення» потерпілої особи з метою використання її для примусової праці слід визнати «передачею» та, відповідно, «одержанням» людини, що вчинені з метою експлуатації (ст.149 КК України).
(Див.: 149.3.2)

149.4.7. Згода повнолітнього потерпілого на заплановану експлуатацію, що вказана у диспозиції ч. 1 ст. 149 КК України та в примітці 1 до цієї статті (у т.ч. згода на вилучення органів, проведення дослідів над людиною), не впливає на кваліфікацію за ст. 149 КК України, якщо така згода була обумовлена застосуванням до потерпілого засобів впливу, вказаних у частинах 1, 2 чи 3 цієї статті (використання обману, шантажу чи уразливого стану або застосування чи погроза застосування насильства, використання службового становища, або матеріальної чи іншої залежності).
(Див.: 149.1.5; 149.1.6; 149.1.13; 149.2.4; 149.3.1)

149.4.8. Згода неповнолітнього потерпілого на заплановану експлуатацію, що вказана у диспозиції ч. 1 ст. 149 КК України в примітці 1 до цієї статті (у т.ч. згода на вилучення органів, проведення дослідів над людиною), не впливає на кваліфікацію за ст. 149 КК України незалежно від застосування чи незастосування до потерпілого засобів впливу, вказаних у частинах 1, 2 чи 3 цієї статті.
(Див.: 149.1.5; 149.1.6; 149.1.13;149.2.3; 149.3.1)

149.4.9. Втягнення особи в заняття проституцією або примушування її до зайняття проституцією з використанням обману, шантажу чи уразливого стану цієї особи, або із застосуванням чи погрозою застосування насильства, якщо такі дії вчинені без мети експлуатації (отримання матеріальної вигоди від заняття потерпілою особою проституцією), слід кваліфікувати за відповідними частинами ст. 303 КК України.
(Див.: 301.4.4)

149.4.10. Якщо торгівлю людьми вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного військового чи невійськового нападу на цивільних осіб з метою проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, таке діяння за нормами міжнародного права розглядається як злочин проти людяності. Однак у зв'язку з тим, що зазначені норми міжнародного права не імплементовані до КК України, кожне таке діяння, що вчиняється в рамках широкомасштабного або систематичного нападу з метою проведення політики держави або організації, кваліфікується як окремий злочин за ч. 3 ст. 149 КК України.

(Див.: ХХ.1.5; ХХ.4.2; ХХ.4.3)

Стаття 150. Експлуатація дітей

1. Експлуатація дитини, яка не досягла віку, з якого законодавством дозволяється працевлаштування, шляхом використання її праці –

карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені щодо кількох дітей або якщо вони спричинили істотну шкоду для здоров'я, фізичного розвитку або освітнього рівня дитини, або поєднані з використанням дитячої праці в шкідливому виробництві, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 150 із змінами, внесеними згідно із Законом № 3571-VI від 05.07.2011)

Стаття 150[1]. Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом

1. Використання батьками або особами, які їх замінюють, малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (систематичного випрошування грошей, речей, інших матеріальних цінностей у сторонніх осіб) –

карається обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені щодо чужої малолітньої дитини або пов'язані із застосуванням насильства чи погрозою його застосування, а так само вчинені повторно або особою, яка раніше скоїла один із злочинів, передбачених статтями 150, 303, 304 цього Кодексу, або за попередньою змовою групою осіб, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою, а також якщо внаслідок таких дій дитині спричинені середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

(Кодекс доповнено статтею 150[1] згідно із Законом № 894-VI від 15.01.2009; із змінами, внесеними згідно із Законом № 3571-VI від 05.07.2011)

§1. Норми міжнародного права
щодо забезпечення прав дитини та заборону експлуатації дітей

150.1.1. Декларація прав дитини
(ООН, від 20.11.1959)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«Принцип 9
Дитина має бути захищена від усіх форм недбалого ставлення, жорстокості та експлуатації. Вона не повинна бути об'єктом торгівлі в будь-якій формі.

Дитина не може прийматися на роботу до досягнення належного вікового мінімуму; їй у жодному разі не повинні доручатися чи дозволятися роботи або заняття, які є шкідливими для її здоров'я або перешкоджають її освіті, фізичному, розумовому чи моральному розвитку». [Декларація прав дитини. (ООН, від 20.11.1959). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_384]

150.1.2. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права
(ООН, від 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР № 2148-VIII від 19.10.1973)
«Стаття 10
Держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають, що:
(…)
3. Особливих заходів охорони і допомоги має вживатися щодо всіх дітей і підлітків без будь-якої дискримінації за ознакою сімейного походження чи за іншою ознакою. Дітей і підлітків має бути захищено від економічної і соціальної експлуатації. Застосування їх праці в галузі, шкідливій для їх моральності і здоров'я чи небезпечній для життя або такій, що може завдати шкоди їх нормальному розвитку, повинно бути каране за законом. Крім того, держави повинні встановити межі віку, нижче яких користування платною дитячою працею забороняється і карається законом». [Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права. (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_042]

150.1.3. Конвенція про мінімальний вік для прийому на роботу N 138
(Міжнародна організація праці, від 26.06.1973)
(ратифіковано 03.05.1979)
«Стаття 2
(…)
3. Мінімальний вік, що визначається на підставі параграфа 1 цієї статті, не повинен бути нижчим, ніж вік закінчення обов'язкової шкільної освіти та, в будь-якому випадку, не може бути нижчим ніж 15 років.
(…)
Стаття 3
1. Мінімальний вік для прийому на будь-який вид роботи за наймом або іншої роботи, яка за своїм характером або через умови, в яких вона здійснюється, може завдати шкоди здоров'ю, безпеці або моральності підлітка, не може бути нижчим ніж 18 років.
2. Види робіт за наймом або інші роботи, до яких застосовується параграф 1 цієї статті, визначаються національними законами або правилами або компетентними органами влади після консультацій з відповідними організаціями роботодавців і працівників, де такі існують.
3. Незважаючи на положення параграфа 1 цієї статті, національне законодавство або правила або компетентні органи влади можуть після консультації із зацікавленими організаціями роботодавців і працівників, де такі існують, дозволяти роботу за наймом або інший вид роботи особам, віком не молодше ніж 16 років, за умови, що здоров'я, безпека і моральність цих підлітків повністю захищені і що ці підлітки отримали достатнє спеціальне навчання чи професійну підготовку у відповідній галузі діяльності.
(…)
Стаття 6
Ця Конвенція не застосовується до роботи, що виконується дітьми і підлітками в школах загального, професійного чи технічного навчання або в інших учбових закладах, або до роботи, що виконується особами у віці щонайменше 14 років на підприємствах, якщо така робота виконується відповідно до умов, встановлених компетентними органами влади після консультацій з відповідними організаціями роботодавців і працівників, де такі існують, і є невід'ємною частиною:
а) курсу навчання або підготовки, за який основну відповідальність несуть школа чи установа професійної підготовки;

b) схваленої компетентним органом влади програми професійної підготовки, що здійснюється в основному чи повністю на підприємстві;

c) програми професійної орієнтації, спрямованої на полегшення вибору професії або типу професійної підготовки.

Стаття 7

1. Національним законодавством чи правилами може допускатися прийом на роботу за наймом або на іншу роботу осіб у віці від 13 до 15 років для легкої роботи, яка:

a) не здається шкідливою для їхнього здоров'я або розвитку; і

b) не перешкоджає відвіданню школи, їхній участі в затверджених компетентними органами влади програмах професійної орієнтації або підготовки або їхнім можливостям скористатися отриманим навчанням.

2. Національним законодавством або правилами може також допускатися прийом на роботу за наймом або на іншу роботу осіб у віці до щонайменше 15 років, які ще не закінчили обов'язкової шкільної освіти, за умови виконання вимог пунктів a) і b) параграфа 1 цієї статті.

3. Компетентний орган влади визначає ті галузі діяльності, де прийом на роботу за наймом або на іншу роботу може допускатися відповідно до параграфів 1 і 2 цієї статті, і встановлює тривалість робочого часу та умови, за яких може виконуватися така робота за наймом або інша робота.

4. Незалежно від положень параграфів 1 і 2 цієї статті, член Організації, який застосовує положення параграфа 4 статті 2, може на потрібний йому час замінити в параграфі 1 вік 12 і 14 років на вік 13 і 15 років, а в параграфі 2 цієї статті – вік 14 років на вік 15 років.

Стаття 8

1. Компетентний орган влади після консультацій з відповідними організаціями роботодавців і працівників, де такі існують, може шляхом видачі дозволів робити в окремих випадках винятки із заборони приймати на роботу за наймом або на іншу роботу, передбаченої в статті 2 цієї Конвенції, для такої мети, як участь у художніх виступах.

2. Видані таким чином дозволи обмежують тривалість робочого часу і встановлюють умови, в яких може виконуватися робота за наймом або інша робота.

Стаття 9

1. Компетентний орган влади вживає всіх необхідних заходів, серед них визначає відповідне покарання, для забезпечення ефективного впровадження в життя положень цієї Конвенції». [Конвенція про мінімальний вік для прийому на роботу N 138. (Міжнародна організація праці, від 26.06.1973). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_054]

150.1.4. Конвенція про права дитини

(ООН, від 20.11.1989)

(ратифіковано Постановою ВР № 789-XII від 27.02.91)

*«**Стаття 1***

Для цілей цієї Конвенції дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше.

(…)

Стаття 36

Держави-учасниці захищають дитину від усіх форм експлуатації, що завдають шкоди будь-якому аспекту добробуту дитини. [Конвенція про права дитини (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_021]

150.1.5. Конвенція про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці №182

(ООН, від 20.11.1989)

(ратифіковано Законом від 05.10.2000)

*«**Стаття 1***

Кожна держава-член, яка ратифікує цю Конвенцію, негайно вживає ефективних заходів щодо забезпечення в терміновому порядку заборони та ліквідації найгірших форм дитячої праці.

Стаття 2

В цілях цієї Конвенції термін «дитина» застосовується до всіх осіб віком до 18 років.

Стаття 3

В цілях цієї Конвенції термін «найгірші форми дитячої праці» включає:

a) усі форми рабства або практику, подібну до рабства, як наприклад, продаж дітей та торгівля ними, боргова кабала та кріпосна залежність, а також примусова чи обов'язкова праця, включаючи примусове чи обов'язкове вербування дітей для використання їх у збройних конфліктах;

b) використання, вербування або пропонування дитини для заняття проституцією, виробництва порнографічної продукції чи для порнографічних вистав;

c) використання, вербування або пропонування дитини для незаконної діяльності, зокрема, для виробництва та продажу наркотиків, як це визначено у відповідних міжнародних договорах;

d) роботу, яка за своїм характером чи умовами, в яких вона виконується, може завдати шкоди здоров'ю, безпеці чи моральності дітей». [Конвенція про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці №182. (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_166]

150.1.6. Рекомендація щодо заборони та негайних дій з ліквідації найгірших форм дитячої праці №190

(Міжнародна організація праці, від 17.06.1999)

(Положення цієї Рекомендації доповнюють положення Конвенції 1999 року про найгірші форми дитячої праці та застосовується у поєднанні з нею)

(…)

II. Небезпечна праця

3. Визначаючи види роботи, згадані у пункті d) статті 3 Конвенції [№182], а також визначаючи сфери, у яких вони існують, слід, з-поміж іншого, звертати увагу на:

a) види роботи, які наражають дітей на фізичне, психологічне чи сексуальне насильство;

b) підземні, підводні роботи, праця на небезпечних висотах чи в обмеженому просторі;

c) робота з небезпечними механізмами, обладнанням чи інструментами, чи та, яка вимагає ручного пересування чи транспортування тяжких вантажів;

d) праця у нездоровому середовищі, яке може, наприклад, наражати дітей на шкідливі речовини, засоби чи процеси, чи на температури, шумові рівні чи вібрації, які шкодять їхньому здоров'ю;

e) праця в особливо важких умовах, така як праця протягом великої кількості годин чи вночі, чи робота, виконуючи яку, дитина надмірно затримується у приміщенні роботодавця». [Рекомендація щодо заборони та негайних дій з ліквідації найгірших форм дитячої праці №190. (Міжнародна організація праці, від 17.06.1999). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_119]

Стаття 151. Незаконне поміщення в заклад з надання психіатричної допомоги

1. Поміщення в заклад з надання психіатричної допомоги завідомо психічно здорової особи –

карається арештом на строк від трьох до шести місяців або обмеженням волі на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, що спричинило тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Статтю 151[1] виключено на підставі Закону № 767-VII від 23.02.2014)

§1. Норми міжнародного права
щодо забезпечення прав осіб з психічними захворюваннями

151.1.1. Резолюція 46/119 «Захист осіб з психічними захворюваннями та поліпшення психіатричної допомоги»
(ООН, від 17.12.1991)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«Приложение: **Принципы защиты лиц с психическими заболеваниями и улучшения психиатрической помощи**
Применение
Настоящие Принципы должны применяться без какой-либо дискриминации на почве инвалидности, расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или других убеждений, национального, этнического или социального происхождения, юридического или социального статуса, возраста, прав собственности и рождения.
Определения
В настоящих Принципах:
а) «Адвокат» – юридический или другой квалифицированный представитель;
б) «Независимый орган» – компетентный и независимый орган, определенный во внутреннем законодательстве;
в) «Психиатрическая помощь» включает в себя анализ и диагностирование психического состояния индивида, а также лечение, уход и реабилитацию по поводу психического заболевания или подозреваемого психического заболевания;
г) «Психиатрические заведения» – любое учреждение или любое подразделение учреждения, которое в качестве главной задачи обеспечивает психиатрическую помощь;
д) «Психиатрический работник» – врач, клинический психолог, медсестра, социальный работник или другой человек, получивший соответствующую подготовку и образование, с навыками, подходящими для оказания психиатрической помощи;
е) «Пациент» – человек, получающий психиатрическую помощь, а также все люди, принятые в психиатрическое заведение;
ж) «Личный представитель» – человек, имеющий по закону обязательства по представлению интересов пациента в любых установленных случаях и по осуществлению установленных прав от имени пациента. В это понятие входят родители или юридический опекун несовершеннолетних, если другое не оговорено во внутреннем законодательстве;
з) «Контрольный орган» – орган, установленный в соответствии с принципом 17 для проверки принудительного приема или удержания пациента в психиатрическом заведении.
Общие ограничения
Осуществление прав, провозглашенных в настоящих Принципах, может подвергаться только таким ограничениям, которые определены законом и являются необходимыми для защиты здоровья и безопасности заинтересованного лица или других лиц, или в других случаях для защиты общественной безопасности, порядка, здоровья или нравственности или основных прав и свобод других лиц.
(…)
Принцип 11. Согласие на лечение
1. Никакое лечение пациента не должно проводится без его информированного согласия, за исключением случаев, предусмотренных в п. 6, 7, 8, 13 и 15 настоящего принципа.
2. Информированным называется согласие, полученное свободно, без угроз и неуместного мотивирования, после предоставления пациенту адекватной и понятной информации в такой форме и таким языком, которые доступны пациенту, и в которую входят:
а) диагностическая оценка;
б) цель, метод, вероятная продолжительность и ожидаемая польза предлагаемого лечения;
в) альтернативные способы лечения, включая более щадящие;
г) возможная физическая боль или дискомфорт, опасности и побочные эффекты предлагаемого лечения.
3. Пациент может потребовать присутствия лица или лиц по своему выбору на время процедуры дачи согласия.

4. Пациент имеет право отказаться или остановить лечение, за исключением случаев, предусмотренных в п. 6, 7, 8, 13 и 15 настоящего принципа. Пациенту должны быть объяснены последствия отказа или остановки лечения.

5. Пациента никогда нельзя просить или заставлять отказаться от права на информированное согласие. Если пациент пытается поступить так, то ему должно быть объяснено, что лечение не может проводиться без информированного согласия.

6. За исключением случаев, предусмотренных в п. 7, 8, 12, 13, 14 и 15 настоящего принципа, предлагаемый план лечения пациента может осуществляться без информированного согласия пациента, если существуют следующие условия:

а) пациент в определенный период содержится в принудительном порядке;

б) независимый орган, имея в своем распоряжении всю соответствующую информацию, включая информацию, оговоренную в п. 2 настоящего принципа, признает, что в определенный период времени пациент не способен давать или не давать информированное согласие на предлагаемый план лечения или с учетом соображений безопасности самого пациента или других лиц, признает, что пациент не дает согласия необоснованно, если это предусмотрено внутренним законодательством;

в) независимый орган признает, что предлагаемый план лечения наилучшим образом соответствует интересам здоровья пациента.

7. Вышеприведенный п. 6 не применим к больным, которые имеют личного представителя, уполномоченного по закону давать согласие на лечение вместо пациента; но, за исключением случаев, предусмотренных в п. 12, 13, 14 и 15 настоящего принципа, лечение такого пациента может проводиться без его информированного согласия, если персональный представитель, получив информацию, оговоренную в п. 2 настоящего принципа, дал согласие от имени пациента.

8. За исключением случаев, предусмотренных в п. 12, 13, 14 и 15 настоящего принципа, лечение любого пациента может проводиться без информированного согласия пациента, если уполномоченный по закону квалифицированный психиатрический работник определяет, что оно срочно необходимо для того, чтобы предотвратить непосредственный или грозящий ущерб пациенту или другим лицам. Такое лечение не должно продолжаться дольше строго необходимого для этих целей периода.

9. Когда какое-либо лечение разрешено без информированного согласия пациента, тем не менее должны прилагаться все усилия по информированию пациента о сущности лечения и о любых возможных альтернативах, а также по привлечению пациента, насколько это осуществимо, к разработке плана лечения.

10. Все лечение должно немедленно регистрироваться в медицинской документации пациента, с пометкой о его принудительности или добровольности.

11. Физическое ограничение или принудительная изоляция должны применяться только в соответствии с официально одобренными процедурами психиатрического заведения и только тогда, когда это является единственно возможным средством предотвращения непосредственного или грозящего ущерба пациенту или другим лицам. Это не должно продолжаться дольше строго необходимого для этих целей периода. Все случаи физического ограничения или принудительной изоляции, их причины, характер и степень должны регистрироваться в медицинской документации пациента. Пациент, к которому применено ограничение или изоляция, должен содержаться в гуманных условиях, получать помощь и быть под наблюдением, осуществляемым квалифицированным персоналом. Личный представитель, если таковой есть и уполномочен для подобного случая, должен быть немедленно извещен о любых физических ограничениях и принудительной изоляции пациента.

12. Для лечения психического заболевания никогда не должна применяться стерилизация.

13. Важные медицинские или хирургические процедуры могут назначаться индивиду с психическим заболеванием только тогда, когда это разрешено внутренним законодательством, если считается, что это будет в наибольшей степени удовлетворять потребностям здоровья пациента, и если пациент дал информированное согласие, кроме того, в случае, если пациент не в состоянии дать информированное согласие, процедура может быть разрешена только после независимого рассмотрения этого вопроса.

14. Психохирургия и другие интрузивные или ведущие к необратимым последствиям методы лечения никогда не должны применяться к пациенту, который содержится в принудительном порядке в психиатрическом заведении, и могут применяться к любым другим пациентам в той степени, в которой это позволяет внутреннее законодательство, и только тогда, когда пациент дал информированное согласие и независимый внешний орган признал, что имеется подлинное информированное согласие и что лечение наилучшим образом служит потребностям здоровья пациента.

15. Клинические испытания и экспериментальное лечение никогда не должны проводиться с каким-либо пациентом без информированного согласия, однако к пациенту, который неспособен дать информированное согласие, могут применяться клинические испытания и экспериментальное лечение, но только с одобрения компетентного, независимого контрольного органа, созданного специально для этой цели.

16. В случаях, оговоренных в п. 6, 7, 8, 13, 14 и 15 настоящего принципа, пациент или его личный представитель или любые заинтересованные лица должны иметь право обратиться к судебным или другим независимым властям относительно любого его лечения.

Принцип 12. Уведомление о правах

1. Пациент в психиатрическом заведении должен быть проинформирован как можно быстрее после поступления в форме и языком, доступных пациенту, о своих правах в соответствии с настоящими Принципами и согласно внутреннему законодательству. Эта информация должна включать объяснение этих прав и способы их реализации.

2. Если пациент неспособен понять такую информацию, и пока это состояние продолжается, права пациента должны быть сообщены его личному представителю, если таковой есть и уполномочен для такого случая, и индивиду или индивидам, которые могут лучше других представлять интересы пациента и хотят этого.

3. Пациент, состояние которого позволяет, имеет право назначить человека, который должен быть проинформирован вместо него, а также человека для представления его интересов перед руководством психиатрического заведения.

(…)

Принцип 15. Принципы госпитализации

1. Если пациент нуждается в лечении в психиатрическом заведении, должны быть приложены все усилия для того, чтобы избежать принудительной госпитализации.

2. Доступ к психиатрическому заведению должен осуществляться таким же путем, как и доступ к любым другим здравоохранительным заведениям по причине любой другой болезни.

3. Каждый пациент, госпитализированный не принудительно, должен иметь право покинуть психиатрическое заведение в любое время, если только к нему не применимы критерии задержания в принудительном порядке, изложенные в приведенном далее принципе 16, а также он должен быть проинформирован об этом праве.

Принцип 16. Принудительная госпитализация

1. Индивид может быть принудительно госпитализирован в психиатрическое заведение в качестве пациента или, если он уже добровольно госпитализирован в качестве пациента, может задерживаться в психиатрическом заведении как пациент в принудительном порядке, если и только если квалифицированный психиатрический работник, уполномоченный по закону для этих случаев, определяет, в соответствии с приведенным выше принципом 4, что данный индивид страдает психическим заболеванием, и полагает, что

а) по причине психического заболевания существует большая вероятность непосредственного или грозящего ущерба данному индивиду или другим лицам;

б) в случае с индивидом, чье психическое заболевание тяжелое и чьи суждения болезненно изменены, отсутствие госпитализации или задержания данного индивида вероятно приведет к серьезному ухудшению его состояния или помешает проведению соответствующего лечения, которое может быть проведено только при госпитализации в психиатрическое заведение согласно с принципом наименее ограничительной альтернативы.

В случае, упомянутом в п. 1 б, по возможности, нужно обратиться за консультацией ко второму такому же психиатрическому работнику, независимому от первого. В случае несогласия

второго психиатрического работника с первым принудительная госпитализация или задержание не производится.

2. Принудительная госпитализация или задержание первоначально должно проводится на короткое время, оговоренное внутренним законодательством, для обследования и предварительного лечения до рассмотрения госпитализации или задержания контрольным органом. Пациенту безотлагательно должны быть сообщены основания госпитализации, и о госпитализации и ее основаниях также должно быть быстро и подробно сообщено контрольному органу, личному представителю пациента, если таковой есть, и семье пациента, если пациент не возражает.

3. Психиатрическое заведение может принять принудительно госпитализированного пациента, только если этому заведению было это предписано компетентным органом, оговоренном во внутреннем законодательстве.

Принцип 17. Контрольный орган

1. Контрольный орган должен быть судебным или другим независимым и беспристрастным органом, учрежденным по внутреннему законодательству и действующим согласно с положениями, изложенными внутренним законодательством. При вынесении каких-либо решений, контрольный орган должен получать помощь от одного или более квалифицированных и независимых психиатрических работников и принимать в расчет их советы.

2. Первоначальное рассмотрение контрольным органом, как того требует п. 2 приведенного выше принципа 16, решения госпитализировать или задержать индивида в качестве пациента в принудительном порядке должно быть проведено как можно скорее после принятия такого решения и должно проводиться в соответствии с простыми и быстрыми процедурами, определенными во внутреннем законодательстве.

3. Контрольный орган должен периодически рассматривать случаи принудительного лечения через разумные интервалы времени, определенные во внутреннем законодательстве.

4. Через разумные интервалы времени, определенные во внутреннем законодательстве, пациент, удерживаемый в принудительном порядке, может обращаться к контрольному органу по поводу освобождения или перевода на условия добровольного пациента.

5. При каждом рассмотрении, контрольный орган должен решить, удовлетворяются ли еще критерии принудительной госпитализации, изложенные в п. 1 приведенного выше принципа 16, и, если нет, пациент должен быть освобожден от принудительного лечения.

6. В любое время, когда ведущий этот случай психиатрический работник признает, что условия для задержания индивида в качестве пациента в принудительном порядке более не удовлетворяются, он должен распорядиться об отмене лечения этого индивида в принудительном порядке.

7. Пациент или его личный представитель или любые заинтересованные лица должны иметь право обжаловать решение о госпитализации или задержании пациента в психиатрическом заведении в вышестоящей судебной инстанции.

Принцип 18. Процедурные гарантии

1. Пациент должен получить право выбирать и назначать адвоката для представления пациента как такового, включая представление при обжалованиях и апелляциях. Если пациент не может полностью оплатить такие услуги, то они должны быть предоставлены ему за частичную (доступную для него) оплату.

2. Пациент также должен получить право на помощь переводчика в случае необходимости. Если такие услуги необходимы и пациент не может полностью оплатить их, то они должны быть предоставлены ему за частичную (доступную для него) оплату.

3. Пациент и адвокат пациента на любом разбирательстве могут потребовать и предоставить независимый психиатрический отчет и любой другой отчет, а также устные, письменные и другие доказательства, подходящие и приемлемые в этом случае.

4. Копии документации пациента и любых отчетов, а также документов, предоставленных на рассмотрение, должны быть переданы пациенту и адвокату пациента, за исключением тех особых случаев, когда установлено, что открытие пациенту особых данных причинит серьезный вред его здоровью или поставит под угрозу безопасность других. Внутреннее законодательство может

предусматривать, что любой документ, не переданный пациенту, должен быть передан, если это можно сделать конфиденциально, личному представителю и адвокату пациента. Если какая-либо часть документа содержится в тайне от пациента, то пациент или его адвокат, если таковой имеется, должен быть уведомлен об этом и о причинах этого, и это должно стать предметом судебного разбирательства.

5. Пациент, личный представитель и адвокат пациента должны получить право присутствовать, участвовать и быть выслушанными лично при любом разбирательстве.

6. Если пациент, его личный представитель или адвокат требует, чтобы определенный человек присутствовал при разбирательстве, этот человек должен быть допущен на разбирательство, если только не установлено, что присутствие этого человека может причинить серьезный вред здоровью пациента или поставить под угрозу безопасность других.

7. В любом решении о том, должно ли разбирательство (все или его части) быть открытым или закрытым и возможно ли публичное освещение, должны быть наиболее полно учтены собственные пожелания пациента, необходимость уважать личную сферу пациента и других лиц и необходимость предотвратить серьезный вред здоровью пациента или избежать угрозы для безопасности других.

8. Решение, принятое в результате разбирательства, и его мотивировка должны быть выражены письменно. Пациенту, его личному представителю и адвокату должны быть предоставлены копии. При решении вопроса о том, должно ли решение, принятое в результате разбирательства, быть опубликовано, наиболее полно должны учитываться собственные пожелания пациента, необходимость уважать личную сферу пациента и других лиц и необходимость предотвратить серьезный вред здоровью пациента или избежать угрозы для безопасности других.

(…)

Принцип 20. Уголовные преступники

1. Настоящий принцип относится к лицам, отбывающим наказание лишением свободы за уголовные преступления, или же к тем, кто содержится под стражей в ходе уголовного разбирательства или расследования против него, и у которых установлено психическое заболевание или предполагается, что такое заболевание может быть.

2. Все такие люди должны получать лучшую возможную психиатрическую помощь, как это изложено в приведенном выше принципе 1. Настоящие Принципы должны применяться к ним в наибольшей возможной степени, только с такими ограничивающими изменениями и исключениями, которые необходимы при данных обстоятельствах. Никакие такие изменения и исключения не должны нарушать права, изложенные в документах, приведенных в п. 5 принципа 1.

3. Внутреннее законодательство может уполномочить суд или другие компетентные власти, действуя на основе компетентных и независимых медицинских консультаций, распорядиться о помещении таких лиц в психиатрическое заведение.

4. Лечение лиц, у которых установлено наличие психического заболевания, при любых обстоятельствах должно соответствовать приведенному выше принципу 11». [Резолюція 46/119 «Захист осіб з психічними захворюваннями та поліпшення психіатричної допомоги» (ООН, від 17.12.1991). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_905]

151.1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«Стаття 5. Право на свободу та особисту недоторканність

1. Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом:

(…)

е) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод.

(…)

5. Кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання, здійсненого всупереч положенням цієї статті, має забезпечене правовою санкцією право на відшкодування». (Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

151.1.3. Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину

(Рада Європи, від 04.04.1997)

(підписано від України 22.03.2002)

«***Стаття 7. Захист осіб, які страждають психічними розладами***

За умови дотримання встановлених законом вимог захисту, включаючи процедури нагляду, контролю та оскарження, особа, яка страждає серйозними психічними розладами, може підлягати без її власної згоди втручанню, що має за мету лікування її психічного розладу, тільки якщо без такого лікування її здоров'ю може бути заподіяна серйозна шкода.

Стаття 8. Надзвичайна ситуація

Якщо через надзвичайну ситуацію відповідна згода не може бути отримана, будь-яке необхідне з медичної точки зору втручання може негайно здійснюватися в інтересах здоров'я відповідної особи». [Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину. (Рада Європи, від 04.04.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_334]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо забезпечення прав осіб з психічними захворюваннями

151.2.1. Справа «Stanev проти Болгарії»

«116. Стосовно позбавлення волі з причин психічного здоров'я Суд постановив, що особа може вважатися «затриманою» навіть протягом періоду, коли вона знаходилась у відкритій палаті лікарні з постійним самостійним доступом до відкритого двору лікарні та можливістю самостійно залишити територію лікарні.

117. Крім того, стосовно поміщення психічнохворих осіб до установ Суд постановив, що поняття позбавлення волі містить не лише об'єктивний елемент утримання особи в певному обмеженому просторі протягом проміжку часу, що не є незначним. Особа може вважатися такою, що була позбавлена волі, лише тоді, коли, в якості додаткового суб'єктивного елемента, вона не надала згоди на таке утримання.

118. Суд встановив, що мало місце позбавлення волі за таких обставин: (а) якщо заявник, якого було оголошено недієздатним і поміщено до психіатричної лікарні на прохання його законного представника, безуспішно намагався покинути лікарню; (б) якщо заявниця спочатку погодилася на своє поміщення до клініки, а згодом намагалася втекти з неї, і (с) коли заявник був повнолітньою особою, яка не могла висловити свою згоду на поміщення до психіатричного закладу, з якого, однак, вона ніколи не намагалася втекти.

119. Суд також зазначив, що право на свободу є настільки важливим у демократичному суспільстві, що особа не може втратити право захисту Конвенцією лише з тієї підстави, що вона погодилась на своє затримання, особливо коли не заперечується те, що ця особа юридично не здатна надавати згоду або не погоджуватися із запропонованим заходом». [Stanev проти Болгарії (36760/06). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117791]

151.2.2. Справа «Ashingdane v. The United Kingdom»

«Необхідний певний зв'язок між підставою дозволеного позбавлення волі, з одного боку, і місцем і режимом утримання під вартою, з іншого боку. В принципі, «утримання під вартою» особи як душевнохворого буде «законним» з точки зору підп. е) п. 1 ст. 5 Конвенції, тільки якщо воно буде відбуватися в лікарні, клініці чи іншому закладі, що відповідає правоздатності цієї особи. За умови дотримання зазначеної умови, відповідне лікування або режим не стосуються, однак, області підпункту е) п. 1 ст. 5 Конвенції». [Ashingdane v. The United Kingdom (8225/78). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57425] (Неофіційний авторський переклад).

151.2.3. Справа «Вінтерверп проти Нідерландів»

«37. У Конвенції не вказано, що саме слід розуміти під словом «психічнохворі». Цьому терміну не можна дати чітке тлумачення – як зазначалося Комісією, Урядом та заявником, значення цього терміна постійно розширюється разом з новими досягненнями досліджень у галузі психіатрії, появою більш гнучких методик лікування, змінами у ставленні суспільства до психічних захворювань, зокрема дедалі більше зростає розуміння проблем психічно хворих пацієнтів.

У будь-якому разі є очевидним, що пункт 1 (e) статті 5 не слід розуміти як дозвіл на затримання особи лише тому, що її погляди або поведінка відхиляються від норм, які переважають у конкретному суспільстві. Протилежне твердження не узгоджувалося б з формулюванням пункту 1 статті 5, де подано вичерпний перелік винятків, що вимагають вузького тлумачення. Воно також не відповідало б предметові і меті пункту 1 статті 5, а саме – забезпеченню того, що нікого не може бути свавільно позбавлено свободи. Більше того, воно не враховувало б важливого значення права на свободу в демократичному суспільстві.

(…)

51. Суд (…) вважає, що право психічнохворого на лікування, яке відповідає його станові, не може випливати з пункту 1 (e) статті 5». [Вінтерверп проти Нідерландів (Winterwerp Case) (24.10.1979). http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=220]

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо забезпечення прав осіб з психічними захворюваннями

151.3.1. Справа «Musiał v. Poland»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«43. Відповідно до принципів, що випливають з прецедентної практики Суду, особа, яка тримається в психіатричній установі протягом невизначеного або тривалого періоду, має право відповідно до п. 4 ст. 5 Конвенції розпочати процедуру в розумні терміни поставити перед судом питання «законності» – у значенні Конвенції – про його тримання в установі, оскільки причини, які спочатку вимагають позбавлення волі, можуть припинити існування. Стаття 5 п. 4 Конвенції, що гарантує особам, заарештованим або затриманим, право порушувати провадження щодо заперечення законності їх тримання під вартою, також проголошує їх право.

44. Суд зауважує, що оскаржуване провадження було порушено за поданням заявника про звільнення від 16 березня 1993 р. У рішенні від 26 квітня 1993 р. Катовіцький обласний суд приєднався до заяви заявника про те, щоб його стан було розглянуто психіатрами Краківського університету, але медичний документ заявника був відправлений до університету майже на п'ять місяців пізніше, 22 вересня 1993 р. 31 січня 1994 р. заявника було допущено до університетської лікарні, тобто після подальшої затримки в чотири місяці та дев'ять днів. Його клінічне обстеження було завершено лише через п'ять днів 4 лютого 1994 р. Проте експерти взяли ще десять місяців, щоб підготувати свій висновок, який в кінцевому підсумку був поданий до окружного суду 15 грудня 1994 р. Суд вирішив продовжити затримання заявника 9 січня 1995 р. Такий строк, а саме один рік, вісім місяців і вісім днів, є несумісним з поняттям «без зволікання» у значенні п. 4 ст. 5 Конвенції, якщо немає виняткових підстав для його виправдання. (…)

45. Уряд, по-перше, підкреслив, що заявник у своєму клопотанні про звільнення від 16 березня 1993 р. наполягав на перевірці його стану психіатрами Краківського університету. Уряд нагадав, що у провадженні, що стосується огляду психіатричного утримання під вартою, першорядне значення слід приділяти ризикам оскарження медичних доказів, що подаються на підтримку продовження тримання під вартою. Регіональний суд погодився призначити експертів у відповідності з побажаннями заявника, однак оскільки подальша затримка у підготовці їх доповіді випливала винятково з його наполягання на одержанні її від конкретної установи, йому слід відмовитися від скарги на цю затримку.

Уряд також стверджував, що затримка у підготовці медичного звіту також пов'язана з тим, що справа заявника була складною. Вони наголосили, що підготовка доповіді вимагала ретельного аналізу об'ємної медичної довідки заявника.

46. Із першого пункту Суд зазначає, що заявник дійсно висловив чітке бажання розглянути його заяву лікарями з іншої установи, крім лікарні Рибніка. На думку Суду, однак, це не може розумітися так, якби заявник відмовився від своїх процесуальних прав відповідно зі п. 3 ст. 5 Конвенції, тим більше, що ні його прохання від 16 березня 1993 р., ні його подальша кореспонденція з окружним судом не містять будь-яких тверджень, які можуть бути тлумачені таким чином. Те, що Катовицький обласний суд призначив експертів за конкретним запитом заявника, сам по собі не звільняв цей суд від свого обов'язку швидко вирішити по суті його прохання про звільнення. Суд не бачить ніяких підстав в обставинах цієї справи для відхилення від звичайного принципу, згідно з яким основна відповідальність за затримки, що виникають внаслідок надання експертних висновків, лежить насамперед на державі.

47. Що стосується другого аргументу уряду, то Суд визнає, що у провадженні стосовно психіатричного утримання складність медичних питань, що виникають у справі, є фактором, який може бути врахований при оцінці відповідності вимогам п. 4 ст. 5 Конвенції. Проте складність медичного досьє, хоч і виняткова, не може звільнити національну владу від своїх основних зобов'язань за цим положенням. Більше того, ні в якому разі не було доведено, що у цій справі існує причинно-наслідковий зв'язок між складністю медичних питань, які були залучені до оцінки стану заявника, та затримкою у підготовці експертного висновку.

48. Отже, уряд не показав, що в даному випадку існують такі виняткові підстави, які могли б виправдати цей період.

(…)

50. Суд також зазначає, що Катовицький обласний суд, постановивши своє рішення від 9 січня 1995 р., у якому зазначалося, що заявнику продовжено тримання в психіатричній клініці, враховував медичний висновок, підготовлений на підставі клінічного огляду заявника, який відбувся з 31 січня до 4 лютого 1994 р. Таким чином, окружний суд прийняв рішення на підставі інформації про його здоров'я, яка була отримана одинадцятьма місяцями раніше. Як наслідок, рішення було засноване на медичній інформації, яка не могла відображати стан заявника на момент прийняття рішення. Така затримка між клінічним обстеженням та підготовкою медичного звіту сама по собі може суперечити принципу, що лежить в основі ст. 5 Конвенції.

(…)

52. Суд не вважає за необхідне з'ясувати, чи в даній справі було дотримано процедурні вимоги внутрішнього законодавства. Достатньо зазначити, що протягом розглянутого періоду фактично не проводилося офіційне обстеження, внаслідок чого не була усунена затримка у розгляді законності затримання заявника.

53. Беручи до уваги всі викладені вище міркування, Суд доходить висновку, що питання законності затримання заявника не було вирішено без зволікання в оскаржуваному провадженні, як того вимагає п. 4 ст. 5 Конвенції. Відповідно, було порушено це положення». [Musiał v. Poland (24557/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58225]

151.3.2. Справа «Mudric v. The Republic Of Moldova»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«50. Із різних документів у справі видно, що органи влади добре знали про тривалу історію проблем психічного здоров'я АМ. Дійсно, він був під наглядом психіатра і вважався небезпечним для суспільства. Органам влади також було відомо, що АМ має особливо сильні негативні почуття щодо своєї колишньої дружини, заявниці, підозрюючи, що вона хоче отруїти його. Хоча ці факти автоматично не підтверджують жодної безпосередньої небезпеки для заявника, ризик для її фізичного благополуччя став дуже чітким, коли АМ вдерся в її будинок і побив її.

51. Суд зазначає, що заявниця жінка у віці 72 років. Таким чином, вона була особливо вразливою до нападів АМ, які мали давню історію насильства над нею. АМ входив до її будинку без дозволу і залишався там більше року, тому він мав можливість насильства в будь-який час, і заявник знаходила притулок у сусідів. Суд вважає, що такий ризик для фізичного та психологічного благополуччя заявника був неминучим і досить серйозним, щоб вимагати від влади реагування. (…)

52. Проте їх дії були неефективними, що дозволило АМ залишатися в будинку заявника більше року після подання скарги. (…) Жодна кримінальна справа не розпочата щодо насильства як такого.

(...)

54. Це правда, що АМ в кінцевому підсумку визнавався психічно хворою людиною. Проте суди могли призначити його примусовий медичний огляд набагато раніше, якщо кримінальне провадження було розпочато раніше. У матеріалах справи або в зауваженнях Уряду немає прийнятного пояснення за затримку більше ніж один рік для цього.

55. Суд доходить висновку, що спосіб, яким органи влади розглядали справу (…) становили невиконання позитивних зобов'язань влади за статтею 3 Конвенції. Отже, у цій справі було порушення цього положення». [Mudric v. The Republic Of Moldova (74839/10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–122375]

151.3.3. Справа «Вінтерверп проти Нідерландів»

Фактичні обставини:

Пан Фріц Вінтерверп проживає в Нідерландах. У 1956 році він одружився, і в цьому шлюбі народилося кілька дітей.

З 28 березня по 12 вересня 1967 року пан Вінтерверп добровільно пройшов курс лікування у психіатричній лікарні. Незадовго до цього він, очевидно, отримав тяжку травму мозку внаслідок нещасного випадку. 17 травня 1968 року його у невідкладному порядку, передбаченому статтею 14 національного Закону про душевнохворих, було поміщено у психіатричну лікарню «Zon en Schild» в Амерсфорті (Amersfoort) за розпорядженням амерсфортського бургомістра. Прийняття цього рішення було спричинене тим, що заявник украв документи з місцевого відділу реєстрації, його затримала поліція, а потім було помічено, як він лежав голий на ліжку в камері поліцейського відділу. Відповідно до пункту 3 статті 14, державний прокурор максимально подовжив строк затримання.

Через шість тижнів за клопотанням його дружини його помістили до тієї ж лікарні згідно з постановою районного суду (kantongerecht) за місцем проживання. За подальшим клопотанням його дружини і згодом на вимогу державного прокурора (officier van justitie) дія цієї постанови продовжувалася з року в рік регіональним судом (arrondissements-rechtbank) на підставі медичних висновків лікаря, який лікував заявника.

Пан Вінтерверп скаржиться на порядок, який застосовувався до нього в цьому випадку. Зокрема, він стверджує, що його ніколи не заслуховували в будь-яких судах і не повідомляли про постанови, йому не надавали правової допомоги, і він не мав можливості оспорити правильність медичних висновків. Він також скаржиться на рішення, прийняті щодо його клопотань про звільнення, і рішення про втрату ним правоздатності.

Рішення ЄСПЛ:

«36. Насамперед пан Вінтерверп стверджує, що позбавлення його свободи не відповідає вимогам, закладеним у словах «законне затримання психічнохворих». Ні Уряд, ні Комісія не погоджуються з цим твердженням.

(…)

38. (…) Суд вважає, що особа, затримана згідно із Законом Нідерландів про душевнохворих, у принципі підпадає під межі застосування пункту 1 (e) статті 5 Конвенції.

39. Наступним питанням, яке має розглядатися, є питання про «законність» затримання, що відповідає цілям пункту 1 (e) статті 5. Така «законність» передбачає насамперед відповідність національному законові, а також (як стверджується у статті 18) відповідність меті обмежень, дозволених пунктом 1 (e) статті 5; вона вимагається як для видання припису, так і для виконання заходів, пов'язаних із позбавленням свободи.

(…) На думку Суду, за винятком невідкладних випадків, особа не може бути позбавлена свободи, якщо не буде достовірно встановлено, що вона є психічно хворою. Сама природа того, що має бути встановлено компетентним національним органом, тобто реальний розлад психіки, потребує об'єктивної медичної експертизи. Крім того, розлад психіки повинен мати такий характер або такий ступінь, який би виправдовував обов'язкове позбавлення свободи. Більше того, правомірність подальшого тримання у психіатричній лікарні залежить від того, чи зберігається стан психічного розладу.

(…)

41. Щодо фактів даної справи медична довідка, надана судам, по суті вказувала, що в заявника виявлено шизофренічні та параноїдальні реакції, що він не усвідомлював свого патологічного стану і кілька разів вчинив доволі серйозні діяння, не оцінюючи їхніх наслідків. Крім того, різні спроби його поступової соціальної реінтеграції виявилися невдалими.

42. Пан Вінтерверп критикує медичні висновки як такі, що не задовольняють цілей пункту 1 (e) статті 5. Крім того, він бере під сумнів той факт, що початкове розпорядження бургомістра про його тримання в лікарні ґрунтувалося на висновку психіатра.

На думку Суду, події, що спричинилися до розпорядження бургомістра у травні 1968 року, мали такий характер, що виправдовували «невідкладне» затримання, передбачене у той час статтею 14 Закону Нідерландів. Хоча можуть виникнути певні сумніви з приводу того, чи потрібно було подовжувати строк затримання ще на шість тижнів, але цей строк не є настільки надмірним, щоб визнати затримання «незаконним». Незважаючи на критику заявника, Суд не має жодних підстав сумніватися щодо об'єктивності та достовірності медичного висновку, на підставі якого суди Нідерландів, починаючи з червня 1968 року, санкціонували його затримання як психічно хворої особи. Немає також жодних ознак того, що оспорюване позбавлення свободи було здійснене з неправомірною метою.

(…)

44. Заявник стверджує, що позбавлення його свободи не було здійснено «відповідно до процедури, встановленої законом».

Для заявника цей вислів означає повагу до певних елементарних принципів правового процесу, таких, як інформування та заслуховування особи, про яку йдеться, а також надання їй можливості брати участь та користуватися правовою допомогою під час провадження у справі. Згідно з поданням заявника, у його справі цих принципів не було дотримано.

(…)

45. Суд зі свого боку вважає, що слова «відповідно до процедури, встановленої законом» явно відсилають до внутрішнього законодавства, вони свідчать про необхідність дотримання відповідної процедури згідно з цим законодавством.

Однак сам по собі національний закон має відповідати Конвенції, в тому числі й загальним принципам, які викладені в ній або маються на увазі. Поняття, що лежить в основі даного терміна, це поняття чесної та належної процедури, а саме: будь-який захід, що позбавляє людину свободи, має виходити від незалежного органу, має ним виконуватися і не може бути свавільним. Закон Нідерландів про душевнохворих задовольняє ці умови.

(…)

47. У двох аспектах пан Вінтерверп посилається на те, що не було дотримано формальності при прийнятті рішень про його затримання.

48. По-перше, він стверджує, що постанови, видані 23 грудня 1968 року і 16 грудня 1969 року палатою у складі одного судді Утрехтського регіонального суду, були «невідповідними», згідно із законодавством Нідерландів. За словами заявника, через передання до цієї палати усіх справ, які стосуються статей 22 та 24 Закону про душевнохворих, регламент Утрехтського регіонального суду є несумісним зі статтею 288 (b) Цивільно-процесуального кодексу, згідно з яким передання справи на розгляд палати у складі одного судді ставиться в залежність від конкретного рішення палати у складі щонайменше трьох суддів у кожній індивідуальній справі.

Уряд, посилаючись на інші положення законодавства Нідерландів, заперечує це тлумачення.

Комісія зі свого боку висловлює думку, що «постанови про затримання належать до компетенції палати у складі одного судді».

Суд зазначає, що рішення, постановлене Утрехтським регіональним судом, саме в цьому випадку було продиктоване регламентом цього суду, схваленим королівським указом за рекомендацією Верховного суду. Питання про те, чи зміст цього регламенту відповідає Цивільно-процесуальному кодексу, порушує проблему в рамках законодавства Нідерландів, і це питання за відсутності будь-яких прецедентів Верховного суду, вочевидь залишається дискусійним. За цих обставин Суд не має достатньої підстави для того, щоб визнати, що Утрехтський регіональний суд не діяв «відповідно до процедури, встановленої законом».

49. Друге формальне процесуальне порушення, на яке посилається заявник, випливає з того факту, що строк дії постанови про затримання від 16 грудня 1969 року сплив до того, як її дія була поновлена 7 січня 1971 року Гертогенбоським регіональним судом. Висновок, якого дійшов заявник, складається з двох частин: по-перше, його тримання в лікарні стало незаконним, оскільки тривало понад встановлений строк; по-друге, постанову від 7 січня 1971 року було видано несвоєчасно, тому вона не відповідає Законові.

Уряд пояснив це так: якщо було зроблено подання прокурора про подальше тримання в лікарні, попередня постанова залишається чинною, доки не ухвалить рішення суд. Стаття 24 Закону про душевнохворих вимагає, щоб подання було зроблене незадовго до спливу строку попередньої постанови, але не уточнює, коли саме регіональний суд має винести постанову. У цьому випадку прокурор зробив подання 14 грудня 1970 року, тобто в межах дозволеного строку.

Суд приймає загальне пояснення, надане Урядом. Що ж стосується конкретних фактів, то питання про те, що така затримка пов'язана з незаконним позбавленням свободи, не виникає: інтервал у два тижні між спливом строку попередньої постанови та винесенням наступної, якою подовжувався строк затримання, ніяк не може розглядатися як нерозумний або надмірний.

50. Підсумовуючи, Суд вважає, що заявника було утримувано «відповідно до процедури, встановленої законом».

(…)

52. Таким чином, Суд дійшов висновку, що пункт 1 статті 5 не було порушено.

53. Заявник також посилається на пункт 4 статті 5, який передбачає: «Кожен, кого позбавлено свободи внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, в ході якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним».

Від Суду вимагається, щоб він розглянув цю скаргу, навіть якщо порушення пункту 1 статті 5 не було виявлено

(…)

60. Суд не поділяє точку зору Уряду.

Судове провадження, посилання на яке міститься у пункті 4 статті 5 Конвенції, насправді не завжди потребує тих самих гарантій, які вимагаються, згідно з пунктом 1 статті 6, для цивільних або кримінальних судових розглядів. Однак важливо, щоб дана особа мала доступ до суду та можливість бути вислуханою особисто або в разі потреби через будь-яку форму представництва, а якщо цього не буде дотримано, це означатиме, що особі не було надано можливості скористатися «основними процесуальними гарантіями, що мають застосовуватися у справах щодо позбавлення свободи». Психічна хвороба може спричинити обмеження або зміну способу здійснення такого права, але це не може виправдати порушення самої суті права. Справді, спеціальні процесуальні гарантії можуть виявитися потрібними для захисту інтересів осіб, які з огляду на свою психічну хворобу неспроможні діяти цілком самостійно.

61. Згідно зі статтями 17, 23 та 24 Закону Нідерландів про душевнохворих, чинними у відповідний час, ні районний, ні регіональний суди не були зобов'язані особисто вислуховувати особу, про затримання якої було подано клопотання.

Що стосується конкретних фактів, то заявник ніколи не брав участі особисто чи через представника у судовому провадженні, яке б призвело до приписів про затримання стосовно нього: його ніколи не сповіщали про провадження чи про його результат; він не був вислуханий судом, а також йому не було надано можливості обговорювати свою справу.

У цьому відношенні, що є надзвичайно важливим, не було достатніх гарантій, які вимагаються пунктом 4 статті 5 Конвенції, як у законодавстві, так і на практиці. Незважаючи на наявність деяких судових ознак, процедура, що застосовувалася районним та регіональним судами для вирішення заяв про його тримання у психіатричній лікарні, не надавала панові Вінтерверпу права «на судовий розгляд» у розумінні пункту 4 статті 5. Без будь-якого недооцінювання значення багатьох гарантій, передбачених Законом про душевнохворих, Суд вважає, що зазначена процедура не відповідає вимогам пункту 4 статті 5 Конвенції.

(…)

64. Регіональний суд заслухав пана Вінтерверпа у лютому 1969 року, коли розглядав його перше клопотання про звільнення. Отже, щоб перевірити законність свого затримання, у нього була можливість розгляду його справи судом.

На відміну від цього, його наступні клопотання, подані у квітні 1971, липні 1972 та лютому 1973 року, не було передано до регіонального суду, оскільки прокурор відхилив їх як такі, що не мають жодного шансу на успіх. Прокурор щоразу заслуховував пана Вінтерверпа, і його рішення, можливо, були виправданими на підставі наявної у нього інформації, але вони не можуть кваліфікуватися як рішення, постановлені судом у значенні пункту 4 статті 5.

65. У пункті 11 (b) свого меморандуму Уряд стверджує, що особа, яка має «суттєві та добре вмотивовані підстави для заперечення законності свого затримання», може, за законодавством Нідерландів, через адвоката навести ці підстави суду. Згідно з поданням Уряду, пан Вінтерверп мав достатні можливості, особливо у періоди звільнення з лікарні, порадитися з адвокатом на власний вибір. Оскільки він, очевидно, ніколи не вирішував звертатися до суду через адвоката ні під час чергового перегляду рішення про його затримання, ні під час розгляду його клопотання про звільнення, не можна сказати, як стверджує Уряд, що йому було відмовлено у праві «на судовий розгляд», гарантованому пунктом 4 статті 5 Конвенції.

66. Суд не погоджується з таким умотивуванням. Той факт, що особа має «суттєві та добре вмотивовані підстави для заперечення законності свого затримання», не може бути передумовою для доступу до судового розгляду, передбаченого пунктом 4 статті 5, оскільки саме це питання має вирішуватися національним судом. Окрім того, пункт 4 статті 5 Конвенції не вимагає, щоб особи, яких передано на піклування на підставі «психічного розладу», самі виявили ініціативу щодо отримання законного представництва перед тим, як звертатися до суду.

Отже, не можна вважати, що заявник не скористався своїм правом, викладеним у пункті 4 статті 5, лише тому, що він ніколи не звертався до адвоката, щоб той представляв його; фактично він справді вимагав забезпечення цього права в чотирьох випадках, коли домагався перегляду законності свого позбавлення свободи.

67. Підбиваючи підсумок, можна сказати, що різні рішення, якими приписувалося або санкціонувалося затримання пана Вінтерверпа, приймалися такими органами, які або не мали ознак «суду», або не надали гарантій судової процедури, яка вимагається пунктом 4 статті 5; заявник також не мав доступу до «суду» або можливості скористатися гарантіями судової процедури, коли розглядалися його клопотання про звільнення, за винятком його першого клопотання, яке було відхилене регіональним судом у лютому 1969 року. Отже, пан Вінтерверп є потерпілим від порушення пункту 4 статті 5 Конвенції». [Вінтерверп проти Нідерландів (Winterwerp Case) (24.10.1979). http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=220]

151.3.4. Справа «Заїченко проти України (№ 2)»

Фактичні обставини справи:

У липні 2009 р. Дніпропетровський окружний адміністративний суд отримав від заявника кілька листів, в яких містилися надзвичайно образливі зауваження на адресу суддів, у провадженні яких перебували ініційовані ним справи (зокрема, одного з суддів було названо «гнидою», чий відвід він заявляв «відповідно до… загальновідомих відомостей з підручників з паразитології»).

23 липня 2009 р. у зв'язку з цими листами секретар суду склав протокол про адміністративне правопорушення, в якому зазначалося, що заявник висловлює свою неповагу до суду. Справу було передано на розгляд до Красногвардійського районного суду м. Дніпропетровська (далі – Красногвардійський суд).

Того ж дня, засідаючи у складі одного судді, Красногвардійський суд провів засідання за участю заявника. Згідно з протоколом засідання заявник наполягав на своїй версії перебігу подій, викладеній у його листах, які він грубими не вважав. Вивчивши матеріали справи і заслухавши заявника, суд (для встановлення осудності заявника) призначив стаціонарну судово-психіатричну експертизу. Зазначена експертиза мала проводитися у відділенні судово-психіатричних експертиз Дніпропетровської обласної клінічної психіатричної лікарні (далі – психіатрична лікарня). Суддя посилався на статтю 20 Кодексу України про адміністративні правопорушення та статтю 21 Закону України «Про психіатричну допомогу». У постанові зазначалося, що вона оскарженню не підлягає.

Із зали засідань міліція доправила заявника до Красногвардійського РВ УМВС України м. Дніпропетровська в Дніпропетровській області, де він знаходився близько трьох годин. Потім його доправили до психіатричної лікарні.

Наступного дня, 24 липня 2009 р., психіатрична лікарня повідомила Красногвардійський суд, що не може провести судово-психіатричну експертизу відповідно до постанови суду, оскільки в матеріалах справи відсутні будь-які відомості, що його характеризують. Заявника було виписано з лікарні, а жодних документів щодо стану його психічного здоров'я складено не було.

31 липня 2009 р. заявник оскаржив постанову суду від 23 липня 2009 року. Він стверджував, зокрема, що постанова порушувала його право на презумпцію психічного здоров'я та що такого виду постанови не було у переліку постанов, які суд має право ухвалювати згідно з Кодексом України про адміністративні правопорушення. Заявник також посилався на положення в оскаржуваній постанові, що ця постанова не підлягає оскарженню, як на ще один приклад її незаконності та сваволі.

4 серпня 2009 р. голова Красногвардійського суду надав міліції вказівки зібрати відомості про особу заявника, які були необхідні психіатричній лікарні для встановлення стану його психічного здоров'я. Міліції надано вказівки, зокрема, зібрати всі документи, пов'язані з психіатричним лікуванням або медикаментозною терапією заявника, а також характеристики на нього від його родичів, сусідів та колег.

Того ж дня двоє з сусідів заявника надали міліції доволі позитивні характеристики на нього.

6 серпня 2009 р. місцева поліклініка повідомила міліцію, що заявник не проходив психіатричного лікування та не перебуває під психіатричним наглядом.

14 серпня 2009 р. апеляційний суд Дніпропетровської області залишив апеляційну скаргу заявника на постанову від 23 липня 2009 р. без розгляду. Суд зазначив, що оскаржувана постанова стосувалася процесуального питання і оскарженню не підлягала.

2 вересня 2009 р. Красногвардійський суд надіслав міліції вказівки забезпечити явку заявника для проведення стаціонарного судово-психіатричного обстеження.

14 вересня 2009 р. міліція знову доправила заявника до психіатричної лікарні. Обставини цього затримання невідомі.

21 вересня 2009 р. старший експерт відділення судово-психічних експертиз психіатричної лікарні направив до Красногвардійського суду листа, в якому зазначив, що для проведення експертизи заявника потрібні деякі додаткові документи: характеристика з останнього місця роботи та докладні відомості про стан його психічного здоров'я від його двоюрідного брата та колишньої дружини. Без цієї інформації провести експертизу було неможливо.

2 жовтня 2009 р. двоюрідний брат заявника надав роз'яснення щодо характеру та поведінки заявника, не вдаючись до подробиць. Він також зазначив, що заявник ніколи не був одружений.

8 жовтня 2009 р. комісією експертів було складено акт, згідно з яким встановити діагноз та надати експертний висновок щодо стану психічного здоров'я заявника було неможливо «у зв'язку зі складністю випадку та неясністю клінічної картини». Тому було рекомендовано проведення повторної експертизи.

Того ж дня заявника було виписано з лікарні без експертного висновку. Згідно з твердженнями заявника, один з експертів запевнив його в тому, що стан його психічного здоров'я є задовільним.

6 листопада 2009 р. у відповідь на запит заявника щодо надання йому копії акта від 8 жовтня 2009 р. посадова особа психіатричної лікарні повідомила, що для отримання копії акта заявник має звернутися до Красногвардійського суду, оскільки акт було надіслано туди.

На підставі матеріалів справи 19 листопада 2009 р. Красногвардійський суд призначив заявникові повторну стаціонарну судово-психіатричну експертизу. Заявник намагався оскаржити це рішення в апеляційному порядку, але безуспішно.

1 грудня 2009 р. психіатрична лікарня повернула матеріали справи до Красногвардійського суду, не провівши вказану психіатричну експертизу. Посилаючись на відповідний наказ Міністерства охорони здоров'я України, лікарня зазначила, що будь-які повторні судово-психіатричні експертизи, необхідні в таких складних випадках, повинні проводитися Київським міським центром судово-психіатричних експертиз або Українським науково-дослідним інститутом соціальної та судової психіатрії та наркології.

(…)

9 серпня 2010 р. Красногвардійський суд закрив провадження в адміністративній справі щодо заявника у зв'язку з закінченням строку давності притягнення до адміністративної відповідальності.

Рішення ЄСПЛ:

«96. Тримання під вартою особи, яка вважається психічно хворою, має відповідати цілям пункту 1 статті 5 Конвенції, що полягає у запобігання позбавлення осіб свободи у свавільний спосіб, а також відповідати цілям обмеження, зазначеного у підпункті «е». У зв'язку з останнім Суд повторює, що відповідно до його усталеної практики особа не може вважатися «психічно хворою» та бути позбавлена волі, якщо не дотримано трьох нижченаведених мінімальних умов: по-перше, об'єктивна медична експертиза повинна достовірно встановити, що особа є психічно хворою, по-друге, психічний розлад має бути таким, що обумовлює примусове тримання особи у психіатричній лікарні; по-третє, необхідність продовжуваного тримання у психіатричній лікарні залежить від стійкості такого захворювання.

97. Суд також наголошує на тому, що жодне позбавлення свободи особи, яка вважається психічно хворою, не може розглядатися як таке, що відповідає підпункту «е» пункту 1 статті 5 Конвенції, якщо воно було призначене без висновку медичного експерта. Це правило є застосовним навіть тоді, якщо метою тримання заявника є саме отримання медичного висновку. Конкретні форма і порядок можуть відрізнятися залежно від обставин. У термінових випадках або у випадках, коли особу затримано внаслідок агресивної поведінки, прийнятним може бути отримання такого висновку одразу після затримання. В усіх інших випадках необхідною є попередня консультація з лікарем. Коли такої можливості немає (наприклад, у зв'язку з відмовою зазначеної особи з'явитися для проведення огляду), потрібно принаймні призначити проведення медичної експертизи на підставі документів з матеріалів справи, і якщо цього зроблено не буде, не можна стверджувати, що наявність у особи психічної хвороби було достовірно доведено.

98. Суд зазначає, що у цій справі єдиною підставою поміщення заявника до психіатричної лікарні були сумніви судді щодо стану психічного здоров'я заявника, які випливали з образливих та грубих висловів заявника щодо інших суддів. Суддя призначив стаціонарну психіатричну експертизу заявника, що означало поміщення його до психіатричної лікарні на строк до 30 діб, без отримання попереднього медичного висновку та за відсутності у матеріалах справи будь-яких медичних або інших документів, які б обумовлювали таке рішення.

99. Суд вважає, що попередня психіатрична експертиза, проведена принаймні на основі його листів, які викликали занепокоєння судді з приводу стану психічного здоров'я заявника, – була не тільки можливою, а й необхідною.

100. Суд також надає ваги тому факту, що обставини справи не свідчили про невідкладність. Так, заявник добровільно з'явився до суду та не виявляв будь-якої агресивної поведінки. Хоча законодавством України передбачено інші форми судово-психіатричних експертиз, які передбачають менше втручання, наприклад, амбулаторне обстеження або експертиза під час судового засідання, жоден з цих варіантів не розглядався.

101. Більше того, Суд зауважує про існування прогалини у відповідному національному законодавстві. Хоча застосовні положення національного законодавства передбачають доволі конкретні гарантії щодо судово-психіатричних експертиз, які проводяться в рамках кримінального

або цивільного провадження, проведення таких експертиз в рамках адміністративного провадження фактично залишається неврегульованим.

102. Зазначені вище міркування призводять до висновку Суду, що примусове тримання заявника у психіатричній лікарні з 23 по 24 липня та з 14 вересня по 8 жовтня 2009 р. не відповідало вимогам підпункту «е» пункту 1 статті 5 Конвенції.

103. Відповідно у цій справі було порушення пункту 1 статті 5 Конвенції». [Заїченко проти України (№ 2) (№ 45797/09). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a87]

151.3.5. Справа «Анатолій Руденко проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«106. На відміну від Уряду, Суд вважає, що скарга заявника стосується як його госпіталізації до Гейківської лікарні для примусового психіатричного лікування, так і його подальшого тримання в ній.

107. Суд зазначає, що тримання заявника у психіатричному закладі ґрунтувалося на декількох комісійних експертних висновках. Хоча цей чинник може розглядатися як ознака того, що запобіжний захід не було застосовано свавільно, цього недостатньо для того, щоб визнати подальший аналіз недоцільним.

108. Зокрема, Суд зауважує, що перед поміщенням заявника до психіатричного закладу його було тричі оглянуто спеціалістами Дніпропетровської обласної клінічної психіатричної лікарні:

– У своєму акті від 26 липня 2007 р. вони дійшли висновку, що у січні 2006 р. він усвідомлював свої дії (коли стався випадок з пані Б.) і не потребував примусового психіатричного лікування станом на час огляду.

– У наступному акті від 26 лютого 2009 р. лікарі з тієї самої лікарні дійшли висновку, що заявник не усвідомлював своїх дій у липні 2006 р. (на час подій стосовно ремонту газопроводу) і у травні 2007 р. (коли відбулися події за участю пана С.) і що на момент його огляду він потребував примусового психіатричного лікування, зважаючи на погіршення стану його психічного здоров'я у зв'язку з кримінальним провадженням щодо нього.

– У ще одному акті від 16 грудня 2010 р. спеціалісти тієї самої лікарні повторили свої висновки від 26 лютого 2009 р. та зазначили, що заявник не може ефективно брати участь у судових засіданнях з огляду на його психічний стан.

109. Більше того, Суд враховує висновки інших експертів-психіатрів від 20 травня та 13 червня 2013 р., які піддають критиці попередні акти (від 26 лютого 2009 р. та 16 грудня 2010 р.), зокрема у зв'язку з неточністю діагнозу.

(…)

110. До завдань Суду не належить повторне оцінювання вищенаведених висновків, які було складено професійними лікарями-психіатрами і які містять протилежні висновки, та вирішення, які з них були правильними, а які – хибними. Проте до його завдань належить перевірка того, чи вивчали національні суди відповідні висновки з необхідною ретельністю та чи належним чином обґрунтували своє рішення щодо примусового лікування заявника у психіатричному закладі.

111. Суд зазначає, що вимогу щодо ретельного вивчення було підкреслено у постанові Пленуму верховного Суду України № 7 від 3 червня 2005 р., у якій судам було роз'яснено про необхідність ухвалення рішення щодо примусових заходів медичного характеру лише на підставі обґрунтованих висновків лікарів-психіатрів. Більше того, відповідно до цієї постанови суди мають критично оцінювати такі медичні висновки та викликати до суду відповідних експертів у випадку існування будь-якої неповноти або неоднозначності.

112. Проте у цій справі відсутні ознаки того, що національні суди критично оцінювали висновки експертів щодо психічного стану заявника та потреби у примусовому психіатричному лікуванні. Вони не вимагали жодних пояснень щодо того, чому ті ж риси поведінки, які заявник послідовно демонстрував (егоцентризм, надвисока самооцінка, категоричність суджень, надзвичайна чутливість до невдач тощо), розцінювалися як такі, що не виявляють жодного психіатричного

захворювання в одному випадку, та як такі, що виявляють таке захворювання, – в іншому. Таким чином, тоді як поведінка заявника, описана у відповідних актах судово-психіатричної експертизи, залишалася такою ж, динаміка стану його здоров'я згідно з цими актами була такою: у січні 2006 р. він був психічно здоровим; у липні 2006 р. та у травні 2007 р. він був психічно хворим і не міг нести відповідальність за свої дії; у липні 2007 р. він не страждав на жодні психічні захворювання та усвідомлював і міг контролювати свої дії; а у лютому 2009 р. та у грудні 2010 р. його знову вважали психічно хворим. Різкі зміни у висновках експертів не було жодним чином пояснено, навіть не зважаючи на те, що це був один з аргументів, висунутих сином заявника, який діяв як його представник, в апеляційній скарзі.

113. Суд також зазначає, що усі акти судово-психіатричних експертиз, у яких йшлося про необхідність застосування до заявника примусових заходів медичного характеру, було складено спеціалістами тієї самої лікарні, без врахування іншої, незалежної думки.

114. Насамкінець, Суд зазначає, що, незважаючи на важливість для заявника питання, що є предметом спору, його особисто не заслухали і не надали можливості прокоментувати висновки експертів на судовому засіданні, на якому було ухвалено рішення про тримання заявника у психіатричному закладі. Видається, що не було жодної належної причини для недопущення заявника до участі у провадженні. Так, експерти, які описували характер поведінки заявника як «невимушений і дружній, розкриваючи високий рівень інтелекту, хорошу пам'ять та аналітичні здібності, але також демонструючи певну зверхність і суворість в його судженнях», не надали жодних пояснень, чому психічний стан заявника вважався таким, що не дозволяє йому ефективно брати участь у судових засіданнях.

(ii) Тримання заявника у Гейківській лікарні

115. Суд зазначає, що заявника тримали у Гейківській лікарні з 14 вересня 2011 р. по 26 жовтня 2012 р., тобто протягом одного року, одного місяця і дванадцяти днів. Протягом цього періоду з метою перевірки необхідності продовження примусового психіатричного лікування заявника, його тричі оглядала комісія лікарів лікарні: через двадцять днів після його госпіталізації (4 жовтня 2011 року); через п'ятнадцять днів (19 жовтня 2011 р.); і знову через шість місяців та сім днів (26 квітня 2012 р.).

116. Відповідно після примусової госпіталізації заявника на підставі судових рішень лікарі Гейківської лікарні стримали можливість ефективного контролю за свободою заявника та його лікуванням на весь період його госпіталізації. Ознак того, що після госпіталізації заявника до лікарні його оглядали представники інших органів, немає.

117. Суд зазначає, що можливість пацієнтів отримати інший висновок незалежних експертів-психіатрів – принцип, що також включений до Принципів ООН захисту осіб з психічними захворюваннями та поліпшення психіатричної допомоги, є важливою гарантією від можливого свавілля при прийнятті рішень стосовно продовження застосування примусового лікування.

118. Суд також зазначає, що ініціювати провадження стосовно перевірки дотримання умов примусового лікування заявника могли виключно органи влади. Як Суд зазначав у своїй практиці, така система не може вважатися такою, що надає достатні гарантії від свавілля.

(iii) Висновок

119. З огляду на все вищезазначене Суд вважає, що національні органи влади не встановили у переконливий спосіб та з необхідними процесуальними гарантіями від свавілля наявність та стійкість дійсного психічного розладу, характер або ступінь якого були такими, що виправдовують поміщення заявника до Гейківської лікарні та його тримання там. Тому було порушення підпункту «е» пункту 1 статті 5 Конвенції. [Анатолій Руденко проти України (50264/08). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–171853]

151.3.6. Справа «Акопян проти України»

Фактичні обставини справи:

17 грудня 1994 р. заявницю було госпіталізовано до Харківської обласної психіатричної лікарні (далі – психіатрична лікарня), що є державною установою. Згідно з історією хвороби, заявницю туди було доправлено каретою швидкої допомоги, оскільки вона перебувала в реактивному стані та виявляла ознаки психічного розладу.

Незабаром після госпіталізації до психіатричної лікарні заявниці було діагностовано галюцинаторно-параноїдну форму шизофренії та призначено курс лікування.

У період із січня 1995 р. по листопад 1997 р. заявниця неодноразово клопотала про виписку із психіатричної лікарні та подавала скарги на примусове тримання у психіатричному закладі, але безуспішно. Впродовж зазначеного періоду заявниця отримувала лікування нейролептичними засобами.

7 листопада 1997 р. заявниця втекла з психіатричної лікарні та знайшла притулок у своїх знайомих. На той час вона вже була розлученою.

23 грудня 1997 р. за клопотанням заявниці її було госпіталізовано до Харківської міської клінічної психіатричної лікарні для стаціонарного психіатричного обстеження. Згідно з історією хвороби, упродовж перебування заявниці у міській лікарні вона не отримувала жодних ліків, а єдиною формою лікування були розмови з лікарями.

4 лютого 1998 р. заявницю було виписано з лікарні з висновком, що вона є психічно здоровою.

За скаргою заявниці 17 лютого 1998 р. прокуратурою Харківської області було порушено кримінальну справу щодо П., лікаря заявниці, за підозрою у незаконному поміщенні заявниці до психіатричної лікарні – злочині, передбаченому статтею 123^2 Кримінального кодексу України 1960 року.

21 липня 1998 р. комісія експертів провела судово-психіатричну експертизу заявниці та дійшла висновку, що вона не страждає на жодне психічне захворювання. Також, згідно з висновком комісії, госпіталізація заявниці до психіатричної лікарні 17 грудня 1994 р. могла бути зумовлена станом її здоров'я, проте під час перебування у психіатричній лікарні їй був поставлений неправильний діагноз, обстеження заявниці не було всебічним та із самого початку, тобто з грудня 1994 р., їй не надавалося правильного лікування.

9 жовтня 1998 р. експертна комісія склала додатковий висновок, згідно з яким заявницю можна було виписати з психіатричної лікарні 17 січня 1995 р. на підставі її клопотання про виписку, оскільки з огляду на стан її психічного здоров'я не вбачалося, що вона становила загрозу для себе або для оточуючих.

(…)

25 лютого 1999 р. діяння, у вчиненні якого П. обвинувачувався, було кваліфіковано як неналежне виконання службових обов'язків (халатність), що спричинило тяжкі наслідки для заявниці.

30. 3 червня 2005 р. за клопотанням П. Харківський районний суд закрив кримінальну справу у зв'язку із закінченням строку давності.

Рішення ЄСПЛ:

«89. У цій справі заявниця вимагала кримінального переслідування та покарання лікаря, який її лікував. Суд не виключає, що ефективний захист права на свободу за Конвенцією може вимагати застосування кримінально-правових засобів юридичного захисту, які у певних випадках можуть породжувати позитивний обов'язок держави гарантувати ефективну дію положень кримінального законодавства. Проте це залежить від обставин кожної справи. У справах, пов'язаних з недбалістю лікарів, межі відшкодування та позитивний обов'язок держави у цій сфері розглядалися Судом передусім у контексті стверджуваних порушень права на життя. У зв'язку з цим Суд зазначав, що у конкретній сфері злочинної недбалості лікарів, що не включає умисного порушення права на життя або фізичну недоторканність, немає потреби у порушенні кримінального провадження у кожній справі; достатньо буде, щоб національне законодавство надавало потерпілій особі засіб юридичного захисту в межах цивільного провадження, який забезпечив би можливість притягнути до відповідальності причетних лікарів та надати відповідне цивільно-правове відшкодування – таке як відшкодування шкоди та оприлюднення рішення; також можуть застосовуватися дисциплінарні стягнення». [Акопян проти України (12317/06). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a13]

151.3.7. Справа «R. L. and M.-J. D. c. France»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«94. Заявник скаржився, що він був незаконно госпіталізований у психіатричний заклад. Він посилався на п. 1 (e) статті 5 Конвенції, який передбачає:

«1. Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом:

(…)

e) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг».

95. Заявник також стверджував, що влада намагалася пояснити його поміщення в психіатричний лазарет через його імовірно небезпечний стан, хоча не було встановлено ні події злочину, ні іншого стану небезпеки.

…

102. Уряд вважає, що поміщення заявника в психіатричний лазарет і його перебування там протягом 24 годин в принципі не порушує ст. 5 Конвенції.

…

117. Суд вважає, що особу, яка, ймовірно, є психічно хворою, може бути затримано відповідно до пункту 1 (e) статті 5 Конвенції, тільки на підставі висновку лікаря-психіатра. Будь-який інший підхід не відповідає захисту від свавілля, що передбачений статтею 5 Конвенції.

У цьому відношенні обрана форма і процедура можуть залежати від обставин. У термінових випадках або коли особа затримана за насильницьку поведінку, прийнятно, щоб такий висновок лікаря-психіатра було отримано відразу після затримання. У всіх інших випадках затримання може бути визнане законним, якщо його підставою був попередній висновок лікаря-психіатра. За відсутності інших можливостей, наприклад через відмову відповідної особи взяти участь в огляді, необхідно принаймні запитати висновок лікаря-психіатра на підставі існуючих документів (даних), в іншому випадку не можна стверджувати, що психічний розлад особи було встановлено.

118. Суд зазначає, що в даному випадку заявник після затримання був спочатку доставлений в поліцейську дільницю 5-го району. Потім його відвезли в лікарню Pitié-Salpêtrière, де його оглянув лікар-психіатр, який не зміг точно визначити його стан. Він зазначив, однак, що заявник не був агресивний.

119. Після повернення до поліцейської дільниці 5-го району заявник був переведений до поліцейської дільниці в 13-му окрузі, де комісар поліції наказав відвести його в психіатричний лазарет префектури поліції для огляду лікарем.

Коли його привезли приблизно о 04.15 ранку в лазарет, заявник був оглянутий лікарем-психіатром, яка виявила, що він не був агресивним, логічно міркував, не бажав залишатися в лазареті, не мав «психіатричної історії», не вживав алкоголю. Однак він був залишений в лазареті до ранку без призначення лікування, тому що в лікаря не було повноважень звільнити його.

120. Приблизно о 10:45 заявник був оглянутий старшим лікарем-психіатром, який виявив, що він спокійний і не має психіатричної патології, що вимагає госпіталізації.

121. Після цього заявник був повернутий до поліцейської дільниці 5-го округу.

(…)

127. За цих обставин Суд може визнати, що перша психіатрична експертиза заявника була викликана його поведінкою і що його направлення в психіатричний лазарет спочатку було виправдано нездатністю першого лікаря надати висновок.

128. Разом із тим Суд зазначає, що тримання заявника в психіатричному госпіталі в період з 4:05 до 10:45 3 серпня 1995 року було допущено за відсутності медичного обґрунтування. За цих обставин Суд може тільки зробити висновок, що заявник утримувався в приміщенні психіатричного лікарні з чисто адміністративних причин.

129. Відповідно, мало місце порушення пункту 1 статті 5 Конвенції у тому сенсі, що позбавлення заявника свободи було невиправданим відповідно до пункту (e) цієї статті». [R. L. and M.-J. D. c. France (44568/98). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–66329]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 151 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

151.4.1. У КК України відсутня спеціальна норма про відповідальність за непоміщення в заклад з надання психіатричної допомоги завідомо психічно хворої людини, якщо це призвело до суспільно небезпечних наслідків. Натомість ЄСПЛ розцінює як порушення ст. 3 Конвенції випадки, коли органи влади мали підстави для висновку про небезпечність психічно хворої людини, особливо якщо вона вчиняла жорстоке поводження з потерпілими, і не прийняли заходів до поміщення її в заклад з надання психіатричної допомоги.

(Див.: 151.1.3.2)

У випадках, коли бездіяльність службових осіб правоохоронних чи інших державних органів стосовно небезпечної поведінки психічно хворої особи, завдала істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян (наприклад, психічно хвора людина за вказаних обставин вбила потерпілого), вчинене слід кваліфікувати за відповідною частиною ст. 367 КК.

151.4.2. «Психічно здорова особа» як потерпілий від злочину (ст.151 КК України), це особа, яка не має жодних психічних розладів, або особа, яка хоча і страждає на психічний розлад, але не може бути госпіталізована до закладу з надання психіатричної допомоги без її усвідомленої письмової згоди або без письмової згоди її законного представника.

(Див.: 151.3.3)

Згідно зі ст. 14 Закону «Про психіатричну допомогу» незаконним вважається поміщення до закладу з надання психіатричної допомоги, якщо:

або особа не має жодних психічних розладів;

або особа має психічний розлад, який не належить до тяжких (не позбавляє особу здатності адекватно усвідомлювати навколишню дійсність, свій психічний стан і поведінку – ст. 1 Закону «Про психіатричну допомогу»);

або особа має тяжкий психічний розлад, однак відсутні відомості (ознаки), що вона вчиняє чи виявляє реальні наміри вчинити дії, що являють собою безпосередню небезпеку для неї чи оточуючих, або неспроможна самостійно задовольняти свої основні життєві потреби на рівні, який забезпечує її життєдіяльність.

В усіх указаних вище трьох варіантах госпіталізація особи до закладу з надання психіатричної допомоги в примусовому порядку має кваліфікуватися як поміщення в психіатричний заклад завідомо психічно здорової особи (за наявності суб'єктивних ознак складу цього злочину). Інша позиція, а саме залишення без захисту осіб, які не мають тяжких психічних розладів та не становлять небезпеки для себе чи оточуючих, означає, що судова практика українських судів буде породжувати приводи для скарг до ЄСПЛ.

151.4.3. Незаконне тримання особи в закладі з надання психіатричної допомоги оцінюються Європейським судом як порушення ст. 5 Конвенції, тобто як незаконне позбавлення волі.

(Див.: 151.3.3)

Така позиція ЄСПЛ дає підстави розглядати незаконне поміщення до закладу з надання психіатричної допомоги (ст. 151 КК) спеціальним складом відносно загального складу – незаконного позбавлення волі людини (ст. 146 КК).

151.4.4. Як незаконне розглядає Європейський суд не тільки поміщення до закладу з надання психіатричної допомоги але й утримання особи в такому закладі з порушенням встановленого законодавством порядку.

(Див.: 151.3.3; 151.3.5)

Відповідно до ст. 18 Закону «Про психіатричну допомогу» виписка із закладу з надання психіатричної допомоги здійснюється у разі завершення обстеження чи експертизи психічного стану особи або видужання особи чи такої зміни стану її психічного здоров'я, що не потребує подальшого лікування в стаціонарних умовах. Виписка особи, добровільно госпіталізованої до закладу з надання психіатричної допомоги, здійснюється за письмовою заявою цієї особи або її законного представника чи за рішенням лікаря-психіатра. Відмова у виписці являє собою незаконне утримання (не «поміщення») потерпілого в психіатричному закладі.

Наразі буквальне тлумачення диспозиції ч. 1 ст. 251 КК України не дає підстав кваліфікувати за цією статтею незаконне рішення про продовження тримання потерпілого в психіатричному

закладі. Кваліфікація як «*поміщення*» дії чи бездіяльності суб'єкта, який в дійсності незаконно (наприклад, після одужання) «*утримує*» в психіатричному закладі потерпілу особу, що була поміщена в цей заклад законно (або незаконно, але іншим суб'єктом), означає розширене тлумачення кримінального закону яке погіршує становище обвинуваченого, що неприпустиме.

За відсутності ознак спеціального складу злочину (ст. 151) незаконне утримання в психіатричний заклад завідомо психічно здорової особи має кваліфікуватися за загальною нормою (ст. 146 КК України) – як незаконне позбавлення волі. Зазначимо, що така кваліфікація призводить до погіршення становища особи, що обвинувачується в незаконному утриманні в закладі з надання психіатричної допомоги, порівняно з особою, яка обвинувачується в незаконному поміщенні в заклад надання психіатричної допомоги. Цей висновок обумовлений тим, що максимальні санкції за ст. 146 більше максимальних санкцій за ст. 151 КК України.

151.4.5. Примусова госпіталізація для проведення судово-психіатричної експертизи в адміністративних, цивільних справах, у кримінальному провадженні на підставі судового рішення без наявності будь-яких медичних документів, огляду та попереднього висновку лікаря-психіатра (лише на підставі оцінки суду поведінки особи як неадекватної) не порушує чинного законодавства і не може визнаватися поміщенням у заклад з надання психіатричної допомоги завідомо психічно здорової особи. Однак коли судово-психіатрична експертиза в таких випадках не виявила психічних розладів, існує значна імовірність задоволення Європейським судом скарги на порушення ст. 5 Конвенції.

(Див.: 151.2.3; 151.3.4)

151.4.6. Незаконне поміщення особи в психіатричний заклад визнається ЄСПЛ порушенням ст. 5 Конвенції лише у випадках умисної форми вини відповідних суб'єктів, що відповідає формі вини (прямий умисел) складу злочину, передбаченого ст. 151 КК України.

(Див.: 151.3.6)

У випадку лікарської помилки, внаслідок якої психічно здорова особа була поміщена в психіатричний заклад, можлива кваліфікація вчиненого за ст. 140 КК України (Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником) – за умови спричинення тяжких наслідків для потерпілого. В усякому разі потерпіла особа має право на цивільно-правове відшкодування, за відсутності якого її скарга до ЄСПЛ буде задоволена (*див.: 151.1.2 і 151.3.6*).

151.4.7. Незаконне поміщення в психіатричний заклад на незначний строк (кілька годин) не виключає наявності складу злочину передбаченого ст. 151 КК України.

(Див.:151.3.7)

Європейський суд визнав порушення ст. 5 Конвенції у випаду незаконного тримання заявника в психіатричному закладі строком 6 год 40 хв. Заперечення національним судом складу злочину в таких випадках означає створення ситуації для задоволення ЄСПЛ відповідної скарги потерпілої особи.

Стаття 151². Примушування до шлюбу

1. Примушування особи до вступу в шлюб або до продовження примусово укладеного шлюбу, або до вступу у співжиття без укладання шлюбу, або до продовження такого співжиття, або спонукання з цією метою особи до переміщення на територію іншої держави, ніж та, в якій вона проживає, –

караються арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або щодо особи, яка не досягла шлюбного віку згідно із законодавством, або щодо двох чи більше осіб, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

(Розділ III Особливої частини доповнено статтею 151² згідно із Законом № 2227-VIII від 06.12.2017)

§1. Норми міжнародного права
щодо примушування до шлюбу

151².1.1. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.1973)
«***Стаття 23***
1. Сім'я є природним і основним осередком суспільства і має право на захист з боку суспільства і держави.
2. За чоловіками і жінками, які досягли шлюбного віку, визнається право на одруження і право заснувати сім'ю.
3. Жоден шлюб не може бути укладений без вільної і цілковитої згоди тих, що одружуються». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

151².1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 12. Право на шлюб***
Чоловік і жінка, що досягли шлюбного віку, мають право на шлюб і створення сім'ї згідно з національними законами, які регулюють здійснення цього права». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

151².1.3. Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами
(Рада Європи, від 11.05.2011)
(щодо ратифікації див.: Закон від 06.12.2017 № 2227-VIII)
«***Стаття 37. Примусовий шлюб***
1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб умисну поведінку, яка полягає в примушуванні дорослого або дитини до вступу в шлюб, було криміналізовано.
2. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб умисну поведінку, яка полягає в заманюванні дорослого або дитини на територію Сторони або держави іншої, ніж та, у якій він чи вона проживає, для примушування цього дорослого або дитини до вступу в шлюб, було криміналізовано.
(…)
Стаття 42. Неприйнятні виправдання злочинів, у тому числі злочини, учинені в ім'я так званої «честі»
1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб у кримінальному провадженні, розпочатому після вчинення будь-якого з актів насильства, які підпадають під сферу застосування цієї Конвенції, культура, звичаї, релігія, традиція або так звана «честь» не розглядалися як виправдання таких актів. Це охоплює, зокрема, заяви про те, що жертва порушила культурні, релігійні, соціальні чи традиційні норми або звичаї належної поведінки.
(…)
Стаття 43. Настання відповідальності за кримінальні правопорушення
Відповідальність за правопорушення, установлені відповідно до цієї Конвенції, настає незалежно від характеру відносин між жертвою та правопорушником». [Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами/ (Рада Європи, від 11.05.2011). https://rm.coe.int/1680096e45]

151².1.4. Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210)

(Рада Європи, від 11.05.2011)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Стаття 37. Примусовий шлюб***

195. У цій статті передбачено злочин за фактом примусового шлюбу. Тоді як деяких жертв примусового шлюбу примушують вступати в шлюб у країні проживання (п. 1), багато інших спочатку вивозять до іншої країни (нерідко до країни прабатьків, де їх примушують одружитися з громадянином цієї країни (п. 2). Виходячи з цього, автори вважали за необхідне внести до цього пункту два види поведінки: примушування особи до шлюбу та заманювання особи за кордон з метою примушування її до шлюбу.

196. Вид поведінки, який криміналізується в п. 1, передбачає примушування до шлюбу повнолітньої особи або дитини. Термін «примушування» стосується застосування фізичної або психологічної сили. Злочин вважається скоєним на момент укладення шлюбу, в якому хоча б одна зі сторін (виходячи з вищезгаданих обставин) не давала добровільної згоди.

197. Пунктом 2 криміналізується акт заманювання особи за кордон з метою примушування до шлюбу проти її волі. Шлюб не обов'язково має бути укладений. Термін «заманювання» стосується будь-якої поведінки, якою правопорушник заманює жертву до іншої країни з допомогою відмовок або вигаданої причини, наприклад відвідування хворого родича. Намір повинен вказувати на факт заманювання або мету примусу особи до шлюбу за кордоном. Автори вважали, що такі факти має охоплювати кримінальне законодавство Сторін та враховувати стандарти, запроваджені іншими міжнародними інструментами, які мають обов'язкову юридичну силу.

(…)

Стаття 42. Неприйнятні виправдання злочинів, в тому числі злочинів в ім'я так званої «честі»

216. Автори заклали в цій Конвенції важливий загальний принцип: нікому в юрисдикції судів однієї із Сторін Конвенції не дозволяється вдаватися до аргументів про свою культуру, релігію або іншу форму особистої причини на виправдання вчинення того, що є просто ознакою кримінального злочину, тобто насильства стосовно жінок. У сфері злочинів в ім'я так званої «честі» автори мали намір забезпечити, щоб злочини, спрямовані на покарання жертви за її поведінку, не мали виправдань. Відповідно, п. 1 цієї статті на Сторони покладено обов'язок забезпечити, щоб аргументи щодо культури, звичаїв, релігії, традиції або так званої «честі» не вважалися виправданням будь-яких актів насильства, охоплених цією Конвенцією. Це означає, що до Сторін висувається вимога забезпечити недопущення кримінальним і кримінально-процесуальним законом можливості для обвинувачуваної особи виправдовувати свої діяння тим, що він (вона) намагалися запобігти або покарати жертву за те, що викликало підозру, відчувалося або дійсно було порушенням культурних, релігійних, соціальних або традиційних норм належної поведінки.

217. Крім того, це положення вимагає від Сторін забезпечити, щоб особисті переконання чи індивідуальні вірування представників суду не призводили до тлумачень закону, які можуть привести до виправдання на будь-яких вищезгаданих засадах. Отже, п. 1 посилює для окремої сфери кримінального права зобов'язання, яке міститься в п. 5 статті 12 Конвенції.

(…)

Стаття 44. Юрисдикція

221. У цій статті передбачено різні вимоги до Сторін щодо встановлення юрисдикції над порушеннями, яких стосується Конвенція.

222. Пункт 1 (a) ґрунтується на принципі територіальності. До Сторін висувається вимога щодо покарання за злочини, передбачені в Конвенції, які вчиняються на їхній території.

223. Підпункти (b) і (c) пункту 1 ґрунтуються на варіанті принципу територіальності. Цими підпунктами від Сторін вимагається встановлення юрисдикції над злочинами, вчиненими на борту корабельного судна під їхнім прапором або на борту повітряного судна, зареєстрованого відповідно до їхнього законодавства. Це зобов'язання вже набрало чинності в законодавстві багатьох країн, коли кораблі та літаки вже перебувають під юрисдикцією країн, на території яких

вони зареєстровані. Цей вид юрисдикції виявляється дуже корисним тоді, коли корабель або літак не перебувають на території країни на момент злочину, в результаті чого п. 1 (a) не ставав би підставою для проголошення юрисдикції. У разі злочину на борту корабля або літака за межами території прапора або реєстрації могла б виникати така ситуація, коли без цього правила не знайшлось би країни, яка могла б виконувати юрисдикцію. Крім того, у разі злочину на борту корабля або літака, який просто пропливає водами або перетинає повітряний простір іншої держави, на шляху виконання юрисдикції цією державою виникали б серйозні практичні перешкоди, а тому для держави реєстрації також важливо мати юрисдикцію.

224. Пункт 1 (d) ґрунтується на принципі громадянства. Теорію громадянства найчастіше застосовують країни, які мають традицію цивільного права. За цим принципом, громадяни цих країни зобов'язані виконувати вимоги законодавства навіть за межами території країни. За пп. (d), якщо один з громадян країни вчиняє правопорушення за кордоном, Сторона зобов'язана притягнути його до відповідальності. Автори вважали це найважливішим положенням у боротьбі з певними формами насильства стосовно жінок. Насправді деякі держави, на території яких жінки та дівчата стають об'єктами зґвалтування чи сексуального насильства, примусового шлюбу, каліцтвення жіночих статевих органів, злочинів в ім'я так званої «честі», примусових абортів і примусової стерилізації, не мають ні волі, ані необхідних ресурсів для результативного розслідування, або їм бракує відповідної законодавчої бази. Пункт 2 дозволяє доводити ці справи до суду навіть тоді, коли вони не криміналізовані в державі, на території якої вчинений злочин.

225. Пункт 1 (e) поширюється на осіб, які постійно проживають на території Сторони. Він передбачає, що Сторони встановлюють юрисдикцію на розслідування діянь, вчинених за кордоном особами, які постійно проживають на їхній території, що допомагає карати за акти насильства, вчинені за кордоном. Пункт 2 статті 78 стосується застережень Сторін щодо непоширення на неї юрисдикції або щодо виконання такої юрисдикції лише в окремих випадках або за окремих умов.

226. Пункт 2 прив'язаний до громадянства або статусу жертви щодо проживання. Він ґрунтується на тій передумові, що окремі інтереси жертв-громадян перетинаються з загальними інтересами держави у сфері притягнення до відповідальності за злочини проти її громадян або мешканців. Отже, якщо громадянин країни або особа, яка має право постійного проживання, стає жертвою злочину за кордоном, Сторона зобов'язана докладати зусиль щодо встановлення юрисдикції з метою відкриття провадження. Водночас на Сторону жодним чином не покладається зобов'язання, як ми це бачимо з використання терміна «докладати зусиль».

227. Пункт 3 становить важливий елемент доданої вартості в цій Конвенції та є великим кроком уперед у справі захисту жертв. В контексті найсерйозніших злочинів Конвенції, це положення виключає звичайне застосування правила подвійної криміналізації злочину, згідно якого дії мають бути криміналізовані в місці, де вони чиняться.

Його мета полягає в боротьбі з окремими формами насильства стосовно жінок, які можуть вчинятися і найчастіше вчиняються за межами території, на яку поширюється ця Конвенція: наприклад, примусовими шлюбами, каліцтвенням жіночих статевих органів, примусовими абортами й примусовою стерилізацією. Отже, цей пункт поширюється тільки на злочини, визначені в статті 36 (сексуальне насильство, зокрема зґвалтування), статті 37 (примусовий шлюб), статті 38 (каліцтвення жіночих статевих органів), статті 39 (примусовий аборт і примусова стерилізація) та вчинені громадянами відповідної Сторони. Пункт 2 статті 78 про застереження дозволяє Сторонам не виконувати цю юрисдикцію або робити це лише в окремих випадках або за окремих умов.

228. У п. 4 автори хотіли заборонити підпорядкування відкриття провадження в найтяжчих злочинах у країні громадянства або постійного місця проживання умовам, якими в звичайному порядку вимагається звернення жертви за заявою або надання інформації державою, на території якої було вчинене правопорушення. Мета цього положення полягає в сприянні притягненню до відповідальності за злочини, вчинені за кордоном. Позаяк деякі країни не мають необхідної волі або ресурсів для розслідування за фактом окремих форм насильства стосовно жінок і домашнього насильства, вимога щодо заяви жертви або висунення обвинувачень відповідними органами часто стає на заваді притягненню до відповідальності. Цей пункт поширюється тільки на правопорушення, передбачені в статті 36 (сексуальне насильство, зокрема зґвалтування), статті 37

(примусовий шлюб), статті 38 (каліцтвення жіночих статевих органів), статті 39 (примусовий аборт і примусова стерилізація) та вчинені громадянами відповідної Сторони. П. 2 статті 78 про застереження дозволяє Сторонам не виконувати цю юрисдикцію або робити це лише в окремих випадках або за окремих умов.

229. Пункт 5 стосується принципу «aut dedere aut judicare» (екстрадиції або притягнення до відповідальності). Юрисдикція, встановлена за п. 5, необхідна для забезпечення того, що Сторони, які відмовляються від екстрадиції громадянина, матимуть власні правові можливості для розслідування і провадження у справі, якщо до них звернеться з таким проханням Сторона, яка просила про екстрадицію, на умовах відповідних міжнародних інструментів. Пункт 4 не перешкоджає Сторонам встановлювати юрисдикцію лише в тих випадках, коли злочин, вчинений на цій території, карається, або за умови вчинення злочину за межами територіальної юрисдикції будь-якої з таких держав.

230. У деяких випадках насильства, охоплених цією Конвенцією, не одна, а декілька Сторін можуть мати юрисдикцію над деякими або всіма учасниками правопорушення. Наприклад, жінку можуть виманити на територію іншої держави та примусити до шлюбу проти її волі. З метою уникнення дублювання провадження та непотрібних незручностей для жертв і свідків, або з метою сприяння ефективному й справедливому провадженню іншим чином до відповідних Сторін, згідно з п. 6, висувається вимога консультуватися з питання визначення місця, де буде розглядатися справа. Деколи найкращим для них буде обрання єдиного місця розгляду справи; деколи краще буде судити деяких правопорушників в одній країні, а інших – в іншій країні або країнах. Як одне, так і інше дозволяється за цим пунктом. І насамкінець, обов'язок консультуватися не абсолютний; до консультацій вдаються у «відповідних випадках». Так, наприклад, якщо одна Сторона знає, що в консультації немає необхідності (наприклад, вона отримала інформацію про те, що інша Сторона не планує діяти), або Сторона вважає, що така консультація може перешкоджати розслідуванню або провадженню, вона може відстрочити або відмовитися від такої консультації.

231. Основи юрисдикції, викладені в п. 1 цієї статті, невинятковi. Пункт 7 дозволяє Сторонам встановлювати інші види юрисдикції в кримінальних справах згідно зі своїм внутрішнім законодавством». [Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210) (Рада Європи, від 11.05.2011) https://rm.coe.int/1680096e45]

151².1.5. Загальна декларація прав людини

(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
*«**Статья 16***

1. Мужчины и женщины, достигшие совершеннолетия, имеют право без всяких ограничений по признаку расы, национальности или религии вступать в брак и основывать семью. Они пользуются одинаковыми правами в отношении вступления в брак, во время состояния в браке и во время его расторжения». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо права людини на шлюб

151².2.1. Справа «Johnston and Others v. Ireland»

«52. Суд погоджується з Комісією, що звичайне значення слів «право на одруження» є зрозумілим у тому сенсі, що вони стосуються формування подружніх стосунків, але не їх припинення. Крім того, ці слова знаходяться в контексті, який включає в себе чітке посилання на «національне законодавство»; навіть якщо за заявами заявників заборона на розірвання шлюбу буде розглядатися як обмеження можливості одружуватися, Суд не вважає, що в суспільстві, що дотримується принципу моногамності, таке обмеження можна розглядати як пошкодження суті права, гарантованого статтею 12 Конвенції». [Johnston and Others v. Ireland (9697/82). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57508] (Неофіційний авторський переклад).

151^2.2.2. Справа «Rees v. the United Kingdom»

«49. На думку Суду, право на одруження, гарантоване статтею 12 Конвенції, стосується традиційного шлюбу між особами протилежної біологічної статі. Це також випливає з формулювання статті, яка дає зрозуміти, що стаття 12 в основному стосується захисту шлюбу як основи сім'ї.

50. Крім того, стаття 12 встановлює, що здійснення цього права підпадає під дію національних законів Договірних Держав. Введені обмеження не повинні обмежувати або зменшувати право таким чином або такою мірою, щоб суперечити самій суті права. Проте правові перешкоди у Сполученому Королівстві щодо шлюбу осіб однієї біологічної статі не можуть бути сприйняті такими, що призводять до такого результату». [Rees v. the United Kingdom (9532/81). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57564] (Неофіційний авторський переклад).

151^2.2.3. Справа «Christine Goodwin v. the United Kingdom»

«101. (…) Суд не переконаний у тому, що право чоловіка та жінки на одруження, закріплене у ст. 12 Конвенції, можна тлумачити, ґрунтуючись винятково на біологічному трактуванні термінів. Суд зазначив істотні соціальні зміни в інституті шлюбу, які мали місце від моменту прийняття Конвенції, а також звернув увагу на радикальний прорив у галузі транссексуалізму, котрий став можливим завдяки досягненням медицини та науки в цілому. Як уже було встановлено Судом, біологічний фактор не може бути визначальним при вирішенні питання про юридичний статус особи транссексуала». [Christine Goodwin v. the United Kingdom (28957/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–60596] (Неофіційний авторський переклад).

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 151^2 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

151^2.4.1. Суб'єктом складу цього злочину і, відповідно, потерпілим може бути особа як чоловічої, так і жіночої статі. Тобто утворює склад цього злочину як примушування до шлюбу чоловіком жінки, так і примушування до шлюбу жінкою чоловіка.

На користь такого висновку свідчить використання в диспозиції ч. 1 ст. 151^2 КК України статево нейтрального поняття «особа».

Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами, з метою реалізації положень котрої КК України був доповнений статтею 152^2, незважаючи на свою назву вимагає криміналізувати примушування до шлюбу «дорослого або дитини», що також є статево нейтральним формулюванням (*див.: 151^2.1.3*).

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод також декларує (у ст. 12) право на шлюб для чоловіків та жінок *(див.: 151^2.1.2)*, що підтверджується практикою ЄСПЛ *(див.: 151^2.2)*.

151^2.4.2. Практика Європейського суду з прав людини в останні роки схиляється до поширення більшості прав і свобод людини, що обумовлені їхньою статтю, на осіб із гендерною орієнтацією, яка не збігається з їхньою біологічною статтю.

(Див.: 151^2.2.3)

За такою позицією ЄСПЛ, суб'єктом цього злочину може бути, наприклад, трансвестит. Також не виключається (після внесення відповідних змін до ст. 21 та інших статей Сімейного кодексу України) кваліфікація за ст. 151^1 КК України примушування до шлюбу жінкою жінки чи чоловіком чоловіка, коли біологічними ознаки статі не збігаються з їх гендерним сприйняттям.

151^2.4.3. Злочин може вчинятися у двох різних формах, що відрізняються ознаками як об'єктивної, так і суб'єктивної сторін: 1) примушування (з будь якою метою) до вступу в шлюб або до продовження примусово укладеного шлюбу, або до вступу у співжиття; 2) спонукання до переміщення на територію іншої держави, ніж та, в якій вона проживає, з метою подальшого примушування до вступу в шлюб або до продовження примусово укладеного шлюбу, або до вступу у співжиття.

(Див.: 151^2.1.3 і 151^2.1.4)

151².4.4. Під «примушуванням» розуміється застосування фізичної сили або психічного насильства (наприклад, заподіяння тілесних ушкоджень, нанесення побоїв, вилучення особистих документів, погроза побиття). Злочин у цій формі закінчений у момент укладення шлюбу, в якому потерпіла особа не давала добровільної згоди.

(Див.: 151².1.4)

Примушування із заподіянням тяжких чи середньої тяжкості тілесних ушкоджень кваліфікується за сукупністю злочинів відповідно ч. 2 ст. 121 чи ч. 2 ст. 122 і ч. 1 чи ч. 2 ст. 151² КК України. Так само утворюють сукупність злочинів дії примушування до шлюбу шляхом позбавлення волі або викрадення людини, а також захоплення або тримання особи як заручника з метою примусити родича затриманої особи до шлюбу. Наприклад, за ч. 1 ст. 151² і ч. 2 ст. 147 КК України слід кваліфікувати захоплення як заручника неповнолітньої дитини з метою примусити до шлюбу її мати.

151².4.5. Під «спонуканням» розуміється заманювання потерпілої особи до іншої країни (на постійне проживання чи ніби-то для короткочасної поїздки) шляхом умовляння, погроз, обману тощо (наприклад, під приводом навчання, відвідування хворого родича).

(Див.: 151².1.4)

Злочин у цій формі закінчений момент вчинення будь-якої дії, що має ознаки спонукання до переміщення на територію іншої держави, ніж та, в якій вона проживає.

Вчинення як спонукання, так і примушування, поєднаних із погрозою вбивством, охоплюється складом цього злочину і додаткового застосування ст. 129 КК України не потребує.

151².4.6. Під «територією іншої держави» розуміється як територія України (у випадку вчинення дії, що утворюють спонукання стосовно особи, яка проживає в іншій країні), так і територія іншої країни, якщо спонукається особа, яка проживає в Україні.

(Див.: 151².1.3 і 151².1.4)

151².4.7. Місцем вчинення злочину може бути як територія України, так і територія іншої країни. В останньому випадку кримінальна відповідальність настає з урахуванням приписів статей 6–9 КК України, а також положень ст. 44 Конвенції про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами.

(Див.: 151².1.3 і 151².1.4)

Розділ IV. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ

Стаття 152. Зґвалтування

1. Вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета, без добровільної згоди потерпілої особи (зґвалтування) –

карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

2. Зґвалтування, вчинене повторно або особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених статтями 153–155 цього Кодексу, або вчинення таких діянь щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, або щодо особи у зв'язку з виконанням цією особою службового, професійного чи громадського обов'язку, або щодо жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

3. Зґвалтування, вчинене групою осіб, або зґвалтування неповнолітньої особи –

карається позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років.

4. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років, незалежно від її добровільної згоди –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

5. Дії, передбачені частинами першою, другою, третьою або четвертою цієї статті, що спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

Примітка: Згода вважається добровільною, якщо вона є результатом вільного волевиявлення особи, з урахуванням супутніх обставин.

(Стаття 152 із змінами, внесеними згідно із Законом № 2295-VI від 01.06.2010; в редакції Закону № 2227-VIII від 06.12.2017)

Стаття 153. Сексуальне насильство

1. Вчинення будь-яких насильницьких дій сексуального характеру, не пов'язаних із проникненням в тіло іншої особи, без добровільної згоди потерпілої особи (сексуальне насильство) –

карається позбавленням волі на строк до п'яти років.

2. Сексуальне насильство, вчинене повторно або особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених статтями 152, 154, 155 цього Кодексу, або вчинення таких діянь щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, або щодо особи у зв'язку з виконанням цією особою службового, професійного або громадського обов'язку, або щодо жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

3. Сексуальне насильство, вчинене групою осіб, або сексуальне насильство щодо неповнолітньої особи –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до семи років.

4. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років, незалежно від її добровільної згоди –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

5. Дії, передбачені частинами першою, другою, третьою або четвертою цієї статті, що спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

(Стаття 153 із змінами, внесеними згідно із Законами № 2276-IV від 21.12.2004, № 2295-VI від 01.06.2010; в редакції Закону № 2227-VIII від 06.12.2017)

Стаття 154. Примушування до вступу в статевий зв'язок

1. Примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців.

2. Примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з особою, від якої потерпіла особа матеріально або службово залежна, –

карається штрафом до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до двох років.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, поєднані з погрозою знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої особи чи її близьких родичів, або з погрозою розголошення відомостей, що ганьблять її чи близьких родичів, –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

(Стаття 154 із змінами, внесеними згідно із Законом № 2227-VIII від 06.12.2017)

Стаття 155. Статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку

1. Природні або неприродні статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку, вчинені повнолітньою особою, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені близькими родичами або членами сім'ї, особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього, або якщо вони спричинили безплідність чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

Примітка. У статтях 155, 156 цього Кодексу під близькими родичами або членами сім'ї слід розуміти осіб, визначених пунктом 1 частини першої статті 3 Кримінального процесуального кодексу України.

(Стаття 155 із змінами, внесеними згідно із Законом № 600-VI від 25.09.2008; в редакції Закону № 2334-VIII від 14.03.2018)

Стаття 156. Розбещення неповнолітніх

1. Вчинення розпусних дій щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

(Абзац другий частини першої статті 156 в редакції Закону № 600-VI від 25.09.2008)

2. Ті самі дії, вчинені щодо малолітньої особи або вчинені членами сім'ї чи близькими родичами, особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Частина друга статті 156 в редакції Законів № 600-VI від 25.09.2008, № 2334-VIII від 14.03.2018)

§1. Норми міжнародного права
щодо боротьби з сексуальним насильством

152.1.1. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 28 – Стаття 3 (рівноправність чоловіків і жінок)»

(Шістдесят восьма сесія – 2000 рік)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«20. Государства-участники должны представлять информацию, позволяющую Комитету оценить воздействие любого законодательства или практики, которые могут ущемлять право женщин на неприкосновенность в частной жизни и другие права, защищаемые статьей 17, на основе равенства с мужчинами. Примером такого ущемления может служить ситуация, когда при определении объема юридических прав и гарантий женщины, включая защиту от изнасилования, во внимание принимается половая жизнь женщины (…)». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №28 – Стаття 3 (рівноправність чоловіків і жінок)» (Шістдесят восьма сесія – 2000 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

152.1.2. Конвенція про права дитини

(ООН, від 20.11.1989)
(ратифіковано Постановою ВР № 789-XII від 27.02.91)
«***Стаття 1***

Для цілей цієї Конвенції дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше.

(…)

Стаття 34

Держави-учасниці зобов'язані захищати дитину від усіх форм сексуальної експлуатації та сексуальних розбещень. З цією метою Держави-учасниці, зокрема, вживають на національному, двосторонньому та багатосторонньому рівнях всіх необхідних заходів щодо запобігання:

а) схиляння або примушування дитини до будь-якої незаконної сексуальної діяльності». [Конвенція про права дитини. (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_021]

152.1.3. Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства

(Рада Європи, від 25.10.2007)
(ратифіковано Законом від 20.06.2012)
«**Глава VI**
Матеріальне кримінальне право
Стаття 18. Сексуальне насильство

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації такої умисної поведінки:

а) заняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, яка не досягла передбаченого законодавством віку для заняття діяльністю сексуального характеру;

b) заняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, коли:

– використовується примус, сила чи погрози або

– насильство здійснюється зі свідомим використанням довіри, авторитету чи впливу на дитину, зокрема в сім'ї, або

– насильство здійснюється в особливо вразливій для дитини ситуації, зокрема з причини розумової чи фізичної неспроможності або залежного становища.

2. Для цілей пункту 1 цієї статті кожна Сторона визначає вік, до досягнення якого забороняється займатися діяльністю сексуального характеру з дитиною.

3. Дія положень підпункту «а» пункту 1 цієї статті не поширюється на врегулювання статевих стосунків між неповнолітніми, що здійснюються за взаємною згодою.

(…)

Стаття 22. Розбещення дітей

Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення кримінальзації умисного спонукання дитини, яка не досягла віку, передбаченого пунктом 2 статті 18 цієї Конвенції, спостерігати за сексуальним насильством або діяльністю сексуального характеру, навіть якщо вона не бере в цьому участі.

Стаття 23. Домагання дитини для сексуальних цілей

Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації умисної пропозиції, зробленої дорослою людиною за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій, зустрітися з дитиною, яка не досягла віку, передбаченого пунктом 2 статті 18 цієї Конвенції, для скоєння проти неї одного з правопорушень, передбачених підпунктом «а» пункту 1 статті 18 або підпунктом «а» пункту 1 статті 20 цієї Конвенції, якщо після цієї пропозиції відбулись істотні дії, що призвели до такої зустрічі.

(…)

Стаття 28. Обтяжуючі обставини

Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення можливості врахування таких обставин, якщо вони вже не є частиною складових елементів злочину, згідно з відповідними положеннями національного законодавства як обтяжуючі обставини під час визначення покарання за правопорушення, установлені відповідно до цієї Конвенції:

a) злочин завдав серйозної шкоди фізичному або психічному здоров'ю жертви;

b) злочину передувало або його супроводжувало катування чи тяжке насилля;

c) злочин було скоєно проти особливо вразливої жертви;

d) злочин було скоєно членом сім'ї, особою, яка проживала з дитиною, або особою, яка зловживала своїми повноваженнями;

e) злочин було скоєно кількома особами, які діяли разом;

f) злочин було скоєно в рамках злочинної організації;

g) правопорушника вже було засуджено за злочин подібного характеру». [Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (Рада Європи, від 25.10.2007). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_927]

152.1.4. Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами

(Рада Європи, від 11.05.2011)

(Щодо ратифікації див.: Закон від 06.12.2017 № 2227-VIII)

«***Стаття 36. Сексуальне насильство, у тому числі зґвалтування***

1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб було криміналізовано такі форми умисної поведінки:

a) здійснення, без згоди, вагінального, анального або орального проникнення сексуального характеру в тіло іншої особи з використанням будь-якої частини тіла або предмета;

b) здійснення, без згоди, інших актів сексуального характеру з особою;

c) примушування іншої особи до здійснення, без згоди, актів сексуального характеру з третьою особою.

2. Згоду повинно бути надано добровільно як результат вільного волевиявлення особи, отриманого в контексті супутніх обставин.

3. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб положення пункту 1 також застосовувалися до актів, учинених проти колишніх чи теперішніх подружжів або партнерів, як це визнається національним законодавством.

(…)

Стаття 40. Сексуальне домагання

Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб будь-яка форма небажаної вербальної, невербальної або фізичної поведінки сексуального характеру, метою або наслідком якої є порушення гідності особи, зокрема шляхом створення залякувального, ворожого, принизливого або образливого середовища, підлягала кримінальній або іншій юридичній санкції.

(…)

Стаття 42. Неприйнятні виправдання злочинів, у тому числі злочини, учинені в ім'я так званої «честі»

1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб у кримінальному провадженні, розпочатому після вчинення будь-якого з актів насильства, які підпадають під сферу застосування цієї Конвенції, культура, звичаї, релігія, традиція або так звана «честь» не розглядалися як виправдання таких актів. Це охоплює, зокрема, заяви про те, що жертва порушила культурні, релігійні, соціальні чи традиційні норми або звичаї належної поведінки.

2. Сторони вживають необхідних законодавчих заходів для забезпечення того, щоб підбурювання будь-якою особою стосовно дитини вчинити будь-який з актів, зазначений у пункті 1, не зменшувало кримінальної відповідальності такої особи за вчинені акти.

Стаття 43. Настання відповідальності за кримінальні правопорушення

Відповідальність за правопорушення, установлені відповідно до цієї Конвенції, настає незалежно від характеру відносин між жертвою та правопорушником.

(…)

Стаття 45. Санкції та заходи

1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення покарання ефективними, пропорційними та переконливими санкціями за вчинення правопорушень, установлених відповідно до цієї Конвенції, з урахуванням ступеня їхньої тяжкості. Ці санкції охоплюють, де це доречно, вироки, що передбачають позбавлення волі, що може стати підставою для екстрадиції.

2. Сторони можуть приймати інші заходи стосовно правопорушників, як-от:

– моніторинг або нагляд стосовно засуджених осіб;

– позбавлення батьківських прав, якщо найкращі інтереси дитини, які можуть охоплювати безпеку жертви, не можуть бути гарантовані в будь-який інший спосіб.

Стаття 46. Обтяжуючі обставини

Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення можливості врахування таких обставин, якщо вони вже не є частиною складових елементів правопорушення, згідно з відповідними положеннями національного законодавства як обтяжуючі обставини під час визначення вироку за правопорушення, установлені відповідно до цієї Конвенції:

a) правопорушення було вчинено проти колишнього чи теперішнього подружжя або партнера, як це визнається національним законодавством, членом сім'ї, особою, яка проживає разом з жертвою, або особою, яка зловжила своїми повноваженнями;

b) правопорушення або пов'язані правопорушення були вчинені повторно;

c) правопорушення було вчинено проти особи, уразливої через особливі обставини;

d) правопорушення було вчинено проти дитини або в присутності дитини;

e) правопорушення вчинили дві або більше осіб, які діяли разом;

f) правопорушенню передувало або його супроводжувало тяжке насильство;

g) правопорушення було вчинено із застосуванням зброї або з погрозою застосування зброї;

h) правопорушення завдало жертві тяжкої фізичної або психологічної шкоди;

i) правопорушника вже було засуджено за правопорушення подібного характеру». [Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами. (Рада Європи, від 11.05.2011). https://rm.coe.int/1680096e45]

152.1.5. Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210)

(Рада Європи, від 11.05.2011)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Стаття 36. Сексуальне насильство, у тому числі зґвалтування***

189. У цій статті передбачено злочин з застосуванням сексуального насильства, у тому числі зґвалтування. Пункт 1 охоплює всі форми сексуальних актів стосовно іншої особи без її згоди, які чиняться умисно. Слово «умисне» тлумачиться у внутрішньому законодавстві, але вимога щодо умисної поведінки пов'язана з усіма ознаками злочину.

190. Підпункт «a» стосується вагінального, анального або орального проникнення в тіло іншої особи, на яке ця особа не давала згоди. Проникнення може відбуватися з допомогою органу або предмета. Вимогою щодо сексуального характеру проникнення автори прагнули наголосити на межі цього положення й уникнути проблем з тлумаченням. Термін «сексуального характеру» означає акт, який має сексуальну конотацію. Він не поширюється на акти, яким бракує такої конотації або відтінку. Підпункт «b» охоплює всі акти сексуального характеру без добровільної згоди одного з учасників, які відбуваються без проникнення. І нарешті, пп. «c» стосується ситуацій, в яких жертва без її на те згоди змушена чинити або не противитися чиненню актів сексуального характеру стосовно особи, не є правопорушник. У стосунках, яким властива жорстокість, жертв нерідко змушують чинити статеві акти з особою, на яку вкаже правопорушник. Мета пп. «c» полягає в охопленні сценаріїв, у яких правопорушник не особа, яка чинить статевий акт, а особа, яка примушує жертву вступити в статевий контакт з третьою особою (за умови, що ця поведінка має певний зв'язок з умисною поведінкою, яка повинна криміналізуватися згідно зі статтею 36 Конвенції).

191. Під час оцінення основних ознак злочинів Сторони повинні брати до уваги практику Європейського суду з прав людини. Щодо цього автори хотіли нагадати, з увагою на можливому тлумаченні, про рішення у справі «M. C. проти Болгарії» (M. C. v. Bulgaria) від 4 грудня 2003 року, в якому Суд заявив, що його «переконали в тому, що будь-який жорсткий підхід у притягненні до відповідальності за злочини на сексуальному ґрунті, наприклад вимога надавати докази фізичного спротиву в усіх випадках, загрожує тим, що деякі види зґвалтувань можуть залишитися без покарання, що загрожує ефективному захистові статевої самостійності особи. Згідно з сучасними стандартами й тенденціями в цій сфері, позитивні зобов'язання держав-членів за статтями 3, 8 Конвенції повинні розглядатися такими, що вимагають покарання й ефективного притягнення до відповідальності за будь-які примусові статеві акти разом з тими, де жертва не чинила фізичного спротиву» (§ 166). Суд також зазначив: «Незалежно від конкретного формулювання, обраного законодавцем, в низці країн притягнення до відповідальності за будь-який примусовий статевий акт за будь-яких обставин відбувається на практиці шляхом тлумачення відповідних передбачених законом термінів («примушування», «насильство», «примус під загрозою насильства», «погроза», «хитрість», «зненацька» тощо) та з допомогою оцінення доказів беручі до уваги чутливий контекст» (§ 161).

192. Притягнення до відповідальності за цей злочин вимагає оцінення доказів беручі до уваги чутливість контексту, за результатами якого в кожному конкретному випадку з'ясовується, чи давала жертва добровільну згоду на статевий акт. Таке оцінення має визнавати цілий спектр поведінкових реакцій жертв на сексуальне насильство та зґвалтування, але не повинно ґрунтуватися на припущеннях щодо типової поведінки в таких ситуаціях. Не менш важливо забезпечити недопущення впливу на тлумачення законодавства з питань зґвалтування й розгляд справ за фактом зґвалтування гендерних стереотипів і міфів про чоловічу й жіночу сексуальність.

193. У реалізації цього положення від Сторін Конвенції вимагається забезпечити таке кримінальне законодавство, в якому охоплюється поняття браку добровільно наданої згоди на будь-які статеві акти, передбачені в підпунктах a – c. Водночас Сторонам дозволено самостійно розв'язувати питання конкретного формулювання законодавчих положень і чинників, які вони вважають такими, що не припускають добровільно наданої згоди. Пункт 2 лише уточнює, що згода має бути надана добровільно та з доброї волі особи, виходячи з результатів оцінення контексту супровідних обставин.

194. Пункт 3 передбачає зобов'язання Сторін Конвенції забезпечувати поширення положень про кримінальні злочини з застосуванням сексуального насильства та зґвалтування, передбачених цією Конвенцією, на всі примусові статеві акти незалежно від стосунків між кривдником і жертвою. Сексуальне насильство і зґвалтування – це загальна форма підкорення своїй волі та контролю в стосунках, де наявне насильство, і воно, ймовірно, буде продовжуватися під час і після розриву. Критично важливо забезпечити недопущення будь-яких винятків у криміналізації й притягненні до відповідальності за такі акти, учинені проти колишніх чи теперішніх подружжів або партнерів, як це визнається внутрішнім законодавством.

(…)

Стаття 40. Сексуальне домагання

207. У цій статті передбачено принцип кримінальних або «інших» правових санкцій, які повинні застосовуватися до сексуальних домагань, а це означає, що автори вирішили залишити види наслідків для правопорушника за вчинення цього специфічного злочину на вибір Сторін. Хоча загалом автори вважають, що поведінку, яка розглядається в цій статті, краще віднести до кримінального законодавства, вони визнають, що в багатьох національних правових системах сексуальні домагання розглядаються в рамках цивільного або трудового законодавства. Відповідно, Сторонам дозволено самостійно обирати, будуть вони відносити сексуальні домагання до кримінального права чи застосовуватимуть адміністративні або інші правові санкції, але при цьому вони мають забезпечити наявність у законодавстві положень щодо сексуальних домагань.

208. Вид поведінки, передбачений у цьому пункті, має різнобічний характер. Він містить три основні форми поведінки: вербальну, невербальну або фізичну поведінку сексуального характеру, не бажану для жертви. Вербальна форма – це слова або звуки, які висловлює або промовляє правопорушник: наприклад, жарти, запитання, зауваження, які можуть висловлюватися в усній або письмовій формі. Невербальна форма – це будь-яка комунікація з боку правопорушника без застосування слів або звуків: наприклад, вираз обличчя, рухи руками або знаки. Фізична форма стосується будь-якої поведінки сексуального змісту, до неї також можуть належати ситуації контакту з тілом жертви. Подібно до передбаченого в статті 36, будь-які форми поведінки такого роду повинні мати сексуальний характер, для того щоб на них поширювалося це положення. Крім того, будь-яка зазначена поведінка повинна бути небажана для жертви, тобто її має нав'язувати правопорушник. А ще всі зазначені діяння повинні мати на меті або своїм наслідком приниження гідності жертви. Це відбувається у тих випадках, коли подібна поведінка створює середовище залякування, ворожості, принизливості, ганьблення, ображання. Це положення спрямоване на такі схеми поведінки, окремі ознаки якої самі по собі не обов'язково викликають застосування санкцій.

209. Зазвичай вищезазначені діяння чинять в контексті зловживання владою, обіцянкою винагороди або погрозою покарання. В більшості випадків жертва та кривдник знають один одного, і для їхніх стосунків нерідко характерна різниця в ієрархічному та владному становищі. Сфера дії цієї статті не обмежується трудовою сферою. Водночас слід зазначити, що вимоги щодо відповідальності можуть різнитися, виходячи з конкретної ситуації з поведінкою такого роду.

(…)

Стаття 42. Неприйнятні виправдання злочинів, в тому числі злочинів в ім'я так званої «честі»

216. Автори заклали в цій Конвенції важливий загальний принцип: нікому в юрисдикції судів однієї із Сторін Конвенції не дозволяється вдаватися до аргументів про свою культуру, релігію або іншу форму особистої причини на виправдання вчинення того, що є просто ознакою кримінального злочину, тобто насильства стосовно жінок. У сфері злочинів в ім'я так званої «честі» автори мали намір забезпечити, щоб злочини, спрямовані на покарання жертви за її поведінку, не мали виправдань. Відповідно, п. 1 цієї статті на Сторони покладено обов'язок забезпечити, щоб аргументи щодо культури, звичаїв, релігії, традиції або так званої «честі» не вважалися виправданням будь-яких актів насильства, охоплених цією Конвенцією. Це означає, що до Сторін висувається вимога забезпечити недопущення кримінальним і кримінально-процесуальним законом можливості для обвинувачуваної особи виправдовувати свої діяння тим, що він (вона) намагалися запобігти або покарати жертву за те, що викликало підозру, відчувалося або дійсно було порушенням культурних, релігійних, соціальних або традиційних норм належної поведінки.

217. Крім того, це положення вимагає від Сторін забезпечити, щоб особисті переконання чи індивідуальні вірування представників суду не призводили до тлумачень закону, які можуть привести до виправдання на будь-яких вищезгаданих засадах. Отже, п. 1 посилює для окремої сфери кримінального права зобов'язання, яке міститься в п. 5 статті 12 Конвенції.

218. Щоб уникнути кримінальної відповідальності, повнолітні члени сім'ї або громадяни нерідко підбурюють неповнолітніх дітей до подібних діянь. Виходячи з цього, автори вважали за необхідне запровадити в п. 2 кримінальну відповідальність підбурювача (підбурювачів) на такі

злочини, щоб уникнути прогалин у кримінальній відповідальності. Пункт 2 поширюється на діяння, передбачені в цій Конвенції, коли головним правопорушником виступає дитина, але не поширюється на правопорушення, передбачені у статтях 38 (b), 38 (c), 41.

Стаття 43. Настання відповідальності за кримінальні правопорушення

219. Велику кількість злочинів, передбачених цією Конвенцією, становлять злочини, які зазвичай вчиняють члени сім'ї, інтимні партнери або інші особи в безпосередньому соціальному оточенні жертви. В минулій практиці держав – членів Ради Європи існує багато прикладів застосування винятків у кримінальному провадженні в таких справах (в законодавстві або на практиці) у тих випадках, коли жертва і кривдник були, наприклад, одружені або мали стосунки. Найвідоміший приклад цього – справа за фактом зґвалтування одним із подружжя, що протягом тривалого часу не визнавали зґвалтуванням через стосунки між жертвою та кривдником.

220. Виходячи з цього, автори вважали за необхідне запровадити принцип, за яким форма стосунків між жертвою та кривдником не повинна перешкоджати настанню відповідальності за вчинення будь-яких злочинів, передбачених цією Конвенцією.

(…)

Стаття 46. Обтяжливі обставини

234. Стаття 46 вимагає від Сторін гарантувати те, що обставини, зазначені в пп. «a – i», можуть вважатись обтяжливими обставинами при обранні міри покарання за правопорушення, передбачені цією Конвенцією. Такі обставини не повинні становити частину ознак правопорушення. Цей принцип поширюється на ті випадки, де обтяжливі обставини вже становлять ознаки правопорушення за національним законодавством Сторони.

235. Висловом «можуть вважатись» автори хотіли підкреслити, що ця Конвенція зобов'язує Сторони забезпечувати надання інформації про такі обтяжливі обставини суддям на момент обрання міри покарання для правопорушників, хоча судді не зобов'язані її застосовувати. Крім того, посилання на «згідно з відповідними положеннями національного законодавства» мало намір відбити той факт, що різні правові системи в Європі мають різні підходи до обтяжливих обставин, а тому Сторонам дозволяється зберігати свої деякі юридичні концепції. Це забезпечує Сторонам гнучкість при реалізації цього положення, бо не існує однозначного обов'язку щодо внесення змін до своїх принципів застосування санкцій в системах кримінального права.

236. Перша обтяжлива обставина передбачена в п. «a»: правопорушення було вчинене проти колишнього чи теперішнього подружжя або партнера, як це визнається національним законодавством, членом сім'ї, особою, яка проживає разом з жертвою, або особою, яка зловжила своїм авторитетом. Це охоплює різноманітні ситуації, коли правопорушення було вчинене проти колишнього чи теперішнього подружжя або партнера, як це визнається національним законодавством. Сюди також віднесені члени сім'ї жертви – наприклад, батьки, бабусі й дідусі, діти та особи, які перебувають з жертвою у сімейних і матеріально залежних стосунках. Будь-яка особа, яка проживає разом із жертвою, належить до осіб, які ведуть спільне господарство, але не є членами сім'ї. Авторитет – це будь-яка особа у вищому становищі, ніж жертва, наприклад педагог або керівник підприємства. Спільний складник у таких випадках – це позиція довіри, яка зазвичай характерна для таких стосунків, та конкретна емоційна шкода, яка може завдаватися у разі зловживання цією довірою, коли злочин вчиняється в таких стосунках. У цьому пункті посилання на «партнера, як це визнається національним законодавством» означає щонайменше колишнього чи теперішнього партнера, згідно з умовами, передбаченими міжнародним правом, пам'ятаючи про те, що саме інтимність і довіра, пов'язані з такими стосунками, стають обтяжливими обставинами.

237. Друга обтяжлива обставина (пп. «b») – правопорушення, які вчиняються неодноразово. Вона стосується будь-яких правопорушень, передбачених цією Конвенцією, а також будь-якого пов'язаного правопорушення, вчиненого одним і тим же правопорушником більше ніж один раз протягом певного періоду. Автори вирішили наголосити на особливо нищівних наслідках для жертви, яка неодноразово стає об'єктом одного й того ж виду кримінального діяння. Так нерідко трапляється в ситуаціях домашнього насильства, і це спонукало авторів вимагати можливості обрання більшої міри покарання. Слід зазначити, що факти правопорушення аналогічного характеру, за які цей же правопорушник уже був засуджений, не дозволяється вважати повторним ді-

янням, передбаченим у пп. «в», але самі по собі можуть становити обтяжливі обставини згідно з пп. «і».

238. Третя обтяжлива обставина (пп. «c») стосується правопорушень проти особи, вразливої через особливі обставини (див. п. 87 приблизного переліку можливих вразливих осіб).

239. Четверта обтяжлива обставина (пп. «d») – правопорушення було вчинене проти дитини або в присутності дитини, що становить форму віктимізації дитини саме по собі. Автори хотіли підкреслити поведінку, яка особливо заслуговує на покарання тоді, коли будь-які злочини, передбачені цією Конвенцією, вчиняються проти дитини.

240. П'ята обтяжлива обставина (пп. «e») – правопорушення вчинили дві або більше осіб, які діяли разом. Це вказує на групове діяння, вчинене групою у складі від двох осіб.

241. Шоста обтяжлива обставина (пп. «f») – правопорушенню передувало або його супроводжувало тяжке насильство. Це стосується актів фізичного насильства, які мають особливо високу інтенсивність і становлять серйозну загрозу життю жертви.

242. Сьома обтяжлива обставина (пп. «g») – правопорушення було вчинене із застосуванням зброї або з погрозою застосування зброї. Внесенням цього підпункту автори наголошують на поведінці, яка особливо вимагає покарання – застосування зброї, оскільки це може призвести до тяжкої форми насильства включно з загибеллю жертви.

243. Восьма обтяжлива обставина (пп. «h») – правопорушення завдало жертві тяжкої фізичної або психологічної шкоди. До неї належать такі правопорушення, які призводять до особливо тяжких фізичних чи психологічних страждань і тривалих наслідків для здоров'я жертви.

244. Остання обтяжлива обставина (пп. «i») – правопорушник уже був засуджений за правопорушення подібного характеру. Внесенням цього пункту автори привертають увагу до конкретної загрози рецидивів багатьох правопорушень, охоплених Конвенцією, зокрема домашнього насильства». [Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210) (Рада Європи, від 11.05.2011) https://rm.coe.int/1680096e45]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо боротьби з сексуальним насильством

152.2.1. Справа «M. C. v. Bulgaria»

«153. (…) Суд вважає, що зі статей 3 і 8 Конвенції безпосередньо випливає позитивний обов'язок держав запровадити кримінально-правові норми, які ефективно забезпечують покарання за зґвалтування, а також застосовувати їх на практиці, вдаючись до ефективного розслідування і судового переслідування в таких випадках.

(…)

156. Суд звертає увагу на те, що раніше національне право і практика деяких держав вимагали у справах про зґвалтування наявності доказу застосування фізичної сили та чинення фізичного опору. Однак протягом останніх десятиріч у Європі та деяких інших частинах світу чітко спостерігається постійна тенденція до відмови від формалістичних визначень і вузького тлумачення закону в цій сфері.

157. Найперше, виявлено, що в законодавчих актах європейських держав уже немає вимоги наявності доказів щодо чинення потерпілою особою фізичного опору.

158. Європейські та деякі інші держави вже вилучили з положень загально-правового характеру та/або прецедентного права будь-які посилання на ознаку застосування фізичної сили. В ірландському законодавстві прямо зазначено, що висновок про наявність згоди не можна робити з відсутності фактів чинення опору.

159. У більшості європейських країн, які розвивалися під впливом континентальної правової традиції, визначення терміна «зґвалтування» містить посилання на застосування насильства виконавцем злочину чи на його погрози застосувати насильство. Однак важливо, щоб складником цього злочину в судовій практиці стосовно зґвалтування та відповідній правовій теорії вважалася відсутність згоди, а не фактів застосування сили.

(…)

162. Суд також зазначає, що ухвалена Комітетом міністрів рекомендація свідчить про досягнуту між державами – членами Ради Європи домовленості про необхідність заради ефективного захисту жінок проти насильства забезпечувати покарання за неконсенсуальні статеві акти, «зокрема у справах, у яких потерпіла особа не виявляє ознак опору», та проводити подальшу реформу в цій сфері.

163. У міжнародному кримінальному праві нещодавно визнано, що застосування сили не є ознакою зґвалтування і що використання примусових обставин з метою домогтися вступу в статеві зносини мають також каратися за законом. Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії дійшов висновку, що в міжнародному кримінальному праві будь-яке статеве проникнення без згоди потерпілої особи становить зґвалтування і що згода має бути добровільною, тобто результатом її доброї волі, оціненої таким чином у контексті наявних обставин. Хоча згадане вище визначення формулювалося, зокрема, у контексті справ про зґвалтування, які вчинялися в умовах збройного конфлікту, воно також відбиває загальну тенденцію до визнання відсутності згоди неодмінною ознакою зґвалтування та сексуального посягання.

164. Згідно з даними, наданими «Інтерайтс», досягнуто нового розуміння способу, в який потерпіла особа реагує на зґвалтування: особи, які стають об'єктами сексуальних посягань, зокрема неповнолітні дівчата, здебільшого не чинять жодного фізичного опору, що може пояснюватися цілою низкою психологічних факторів або страхом зазнати насильства з боку виконавця злочину.

165. Крім того, розвиток права і практики у цій сфері відображає еволюцію суспільств у напрямку ефективного забезпечення рівності та поваги до статевої автономії кожної людини.

166. Зважаючи на згадане вище, Суд визнає, що внаслідок негнучкості в підходах до судового переслідування за статеві злочини, зокрема чинності вимоги щодо наявності доказів чинення фізичного опору за всіх обставин, певні види зґвалтування можуть залишитися без покарання, що ставить під загрозу мету забезпечення ефективного захисту статевої автономії людини. Як свідчать сучасні стандарти і тенденції у цій сфері, позитивні обов'язки, які випливають зі статей 3 і 8 Конвенції, вимагають від держав-членів забезпечувати покарання за неконсенсуальний статевий акт і проводити ефективне розслідування у такій справі, включаючи справи з відсутністю доказів чинення фізичного опору потерпілою особою». [M. C. v. Bulgaria (39272/98). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–61521] (Неофіційний переклад).

152.2.2. Справа «X and Y v. The Netherlands»

«27. Суд вважає, що захист, який надається цивільним законодавством у випадках правопорушень [зґвалтування], від яких постраждала пані Y, недостатній. Це діяння, яке загрожує основним цінностям і найважливішим аспектам приватного життя. У цій сфері неможливо обійтися без ефективного стримування, а досягти його можна тільки із застосуванням положень кримінального законодавства; власне, із застосуванням саме таких положень ці справи, зазвичай, і врегульовуються». [X and Y v. The Netherlands. (8978/80). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57603] (Неофіційний авторський переклад).

152.2.3. Справа «S. W. v. the United Kingdom»

«44. (…) відмова від неприйнятної ідеї, що чоловік не може бути притягнутим до суду за зґвалтування дружини, відповідає не лише цивілізованій концепції одруження, а й, головне, основним цілям Конвенції, сама суть якої полягає в повазі до людської гідності та свободи людини». [S. W. v. the United Kingdom (20166/92). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57965] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо відповідальності за зґвалтування та інші сексуальні злочини

152.3.1. Справа «M. C. v. Bulgaria»

Фактичні обставини:

Заявниця M. C. є громадянкою Болгарії, народилася 1980 року. Вона стверджувала, що коли їй було 14 років (вік, коли за законодавством Болгарії особа за власною згодою може вступати у статеві стосунки), її зґвалтували двоє чоловіків, одному з яких було 20 років, іншому – 21 рік.

За словами заявниці, 30 липня 1995 року вона разом зі своєю подругою і двома молодими чоловіками пішла на дискотеку. Згодом вона погодилася на пропозицію чоловіків поїхати з ними на іншу дискотеку. Повертаючись назад, А. запропонував усім присутнім поплавати в басейні. М. С. залишилася в машині. П. повернувся до машини раніше, аніж інші, і, як стверджувала заявниця, примусив її до статевого контакту з ним. А. і П. цілком заперечили, що зґвалтування мало місце.

17 березня 1997 року кримінальну справу було закрито окружним прокурором. У постанові вказувалося, що не було зібрано достатньо доказів та доводів для подолання зрозумілих сумнівів стосовно того, чи справді мало місце застосування погроз і насильства щодо потерпілої. Ішлося, зокрема, про те, що в ході слідства не було встановлено, чи чинила заявниця опір ґвалтівнику та чи прохала про допомогу сторонніх осіб. Апеляційну скаргу заявниці на зазначене рішення прокурора було відхилено.

У письмовому викладі думок експертів, поданих на розгляд Суду, вказувалося, що випадки, коли залякана жертва поводиться пасивно або психічно дистанціює себе від акту зґвалтування, свідчать про те, що потерпіла (потерпілий) перебувають під дією травматичного синдрому психічного інфантилізму («закляклого переляку») – найбільш розповсюдженої психічної реакції, що виникає у жертви в процесі її зґвалтування. За підсумками проведеного дослідження, котре стосувалось жінок віком від 14 до 25 років, було встановлено, що двадцять чотири особи з двадцяти п'яти поводили себе під час акту зґвалтування саме у такий спосіб.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний переклад)

«169. Заявниця стверджувала, що позиція органів влади в її справі пояснюється недосконалістю законодавства і є свідченням пануючої практики судового переслідування виконавців злочину лише за умови наявності доказів чинення значного фізичного опору.

170. Суд бере до уваги, що в пункті 1 статті 152 Кримінального кодексу Болгарії немає згадки про вимогу наявності доказів чинення потерпілою особою фізичного опору і визначення у ньому терміна «зґвалтування» мало відрізняється від формулювань, які містяться в законодавчих актах інших держав-членів. Як уже згадувалося вище, в багатьох правових системах у визначенні терміна «зґвалтування» і далі існує посилання на засоби, які виконавець злочину використав для підкорення потерпілої особи.

171. Однак вирішальне значення має те, який зміст вкладається у такі слова, як «сила» чи «погрози», або в інші терміни, які вживаються в юридичних визначеннях. Наприклад, у деяких державах факт застосування «сили» у випадках зґвалтування вважають встановленим лише на підставі факту, що виконавець злочину без згоди потерпілої особи розпочав статевий акт або утримував її і маніпулював її тілом для здійснення статевого акту без її згоди. Як було зазначено вище, незважаючи на розбіжності в законодавчих визначеннях, у судовій практиці деяких держав спостерігається намагання дати таке тлумачення цьому визначенню, яке б охоплювало будь-який неконсенсуальний статевий акт.

172. У цій справі, за відсутності судової практики, яка прямо давала б відповідь на запитання, чи є карним за болгарськими законами кожний статевий акт, вчинений без згоди потерпілої особи, важко робити які-небудь надійні загальні висновки з цього питання на підставі рішень Верховного суду Болгарії та юридичних публікацій. При розгляді конкретної справи висновок про наявність ознак примусу у статевому акті завжди залежить від судової оцінки фактів. Ще однією проблемою є відсутність таких, що заслуговують на довіру, досліджень прокурорської практики у справах, які ніколи не потрапили до суду.

173. Проте варто зазначити, що Уряд не спромігся надати копії судових рішень чи юридичних коментарів, які цілком спростовували б твердження про обмежувальний підхід у судовому переслідуванні за зґвалтування. Власні подання Уряду стосовно ознак зґвалтування в болгарському праві були суперечливі й розпливчасті. Нарешті, той факт, що переважна більшість оприлюднених рішень Верховного суду Болгарії стосувалася зґвалтувань, вчинених із застосуванням значної сили (окрім тих, у яких потерпіла особа мала фізичні або психічні вади), хоч і не є вирішальним, але може розглядатися як свідчення того, що в більшості справ, у яких встановлено факт застосуван-

ня незначної фізичної сили або чинення незначного опору чи відсутності застосування сили/чинення опору, судове переслідування не порушувалося.

174. Суд не зобов'язаний шукати остаточні відповіді стосовно загальної практики вирішення болгарськими органами влади справ про зґвалтування. Для цілей цієї справи достатньо буде взяти до уваги, що твердження заявниці про обмежувальну практику ґрунтується на розумних аргументах і Уряд не оспорював його.

175. Щодо конкретних фактів справи заявниці, Суд зважає на те, що в ході розслідування було заслухано багато свідків і призначено експертизу психолога і психіатра. Справу було розслідувано, і прокурори прийняли вмотивовані рішення, навівши деякі пояснення щодо своєї позиції.

176. Суд визнає, що органи влади Болгарії зіткнулися зі складним завданням, оскільки у них були дві протилежні версії подій і недостатньо «прямих» доказів. Суд віддає належне зусиллям, яких доклали слідчий і прокурори у цій справі.

177. Проте Суд зазначає, що існування двох розбіжних версій щодо подій у справі, безумовно, вимагало оцінки достовірності показань у контексті цих подій, а також перевірки достовірності наявних обставин. Але для перевірки достовірності версії подій, наданої Р. і А., а також їхніми свідками, було зроблено мало. Зокрема, не було проведено очної ставки для таких свідків, як пані Т. і пан М., показання яких суперечили одне одному. Жодних спроб не було зроблено для того, щоб з більшою точністю встановити часові прив'язки щодо цих подій. Заявниці та її представникові не дали можливості поставити запитання свідкам, яких вона звинуватила в неправдивому свідченні. У своїх рішеннях прокурори не приділили ніякої уваги питанню про те, чи заслуговувала на довіру версія подій, наведена Р. та А., тоді як деяким з їхніх показань неможливо було довіряти без перевірки, наприклад твердженню, що заявниця, якій тоді було 14 років, почала пестити А. через кілька хвилин після того, як вона вперше в житті мала статеві зносини з іншим чоловіком.

178. Тому Суд вважає, що органи влади не з'ясовували наявних можливостей для встановлення всіх супутніх обставин у справі і не провели достатнього аналізу достовірності розбіжних показань.

179. Надзвичайно важливо, що причиною такого недогляду є, безсумнівно, переконання слідчого та прокурора в тому, що, оскільки стверджуване діяння було «зґвалтуванням на побаченні», вони, не маючи таких «прямих» доказів зґвалтування, як сліди насильства та опору чи покликів про допомогу, не в змозі на підставі оцінки всіх супутніх обставин дійти висновку про доведену відсутність згоди і, отже, про доведений факт зґвалтування. Про такий підхід явно свідчить позиція слідчого і, зокрема, рішення районного прокурора від 13 травня 1997 року та рішення генерального прокурора від 24 червня 1997 року.

180. Крім того, як свідчать матеріали, прокурори не виключали ймовірності того, що заявниця не давала згоди, але вирішили, що в будь-якому випадку з огляду на недоведеність факту чинення опору не можна робити висновок про усвідомлення виконавцями злочину відсутності згоди з боку заявниці. Прокурори не скористалися можливістю перевірити наявність ознаки mens rea шляхом оцінювання всіх обставин, наприклад стверджуваного факту, що вони умисно ввели заявницю в оману, для того щоб відвезти її в безлюдну місцевість, створивши таким чином сприятливі умови для примусу, а також шляхом оцінювання достовірності версії фактів, наведеної цими трьома чоловіками та викликаними ними свідками.

181. Суд вважає, що, хоча на практиці, можливо, іноді важко довести факт відсутності згоди без наявності «прямих» доказів зґвалтування, таких як сліди насильства чи показання безпосередніх свідків, органи влади все ж таки повинні перевірити всі факти і приймати рішення на підставі оцінки всіх наявних обставин. Розслідування та його висновки мають зосереджуватися на питанні незгоди.

182. Цього не було зроблено у справі заявниці. Суд доходить висновку, що органи влади не провели достатнього розслідування наявних обставин у справі заявниці через те, що надмірно акцентували на необхідності «прямих» доказів зґвалтування. Їхній підхід у цій конкретній справі був обмежувальним, який практично наділяє «чинення опору» статусом визначальної ознаки цього злочину.

(…)

185. Таким чином, Суд, не висловлюючись з приводу вини Р. та А., визнає, що ефективність розслідування у справі заявниці, і зокрема підхід, який продемонстрували в цій справі слідчий і прокурори, не відповідає вимогам, які випливають з позитивних обов'язків держав – оцінених у світлі відповідних сучасних стандартів, існуючих у порівняльному та міжнародному праві, – щодо впровадження та ефективного застосування системи кримінального права, яка забезпечує покарання всіх форм зґвалтування та сексуальних посягань.

186. Стосовно арґументу Уряду, що національна правова система забезпечувала можливість вчинення проти виконавців злочину цивільного позову про відшкодування шкоди, Суд зазначає, що він не підкріплений відповідними доказами. У будь-якому випадку, як зазначено вище, ефективний захист проти зґвалтування і сексуальних посягань вимагає заходів кримінально-правового характеру.

187. Таким чином, Суд визнає, що в цій справі держава-відповідач допустила порушення своїх позитивних обов'язків як за статтею 3, так і за статтею 8 Конвенції. Він також постановляє, що жодного окремого питання за статтею 13 Конвенції не постає». [M. C. v. Bulgaria (39272/98). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–61521]

152.3.2. Справа «X and Y v. The Netherlands»

Фактичні обставини:

Заявник – пан X, 1929 року народження, є батьком міс Y, 1961 року народження, яка як розумово неповноцінна жила в дитячому будинку для дітей з такими вадами. У ніч з 14 на 15 грудня пан B – зять директора будинку, який проживав там з дружиною (хоча і не був співробітником будинку), розбудив молоду дівчину, повів її у свою квартиру, змусив роздягнутися і вступити в сексуальні відносини. Це сталося наступного дня після того як дівчині виповнилося шістнадцять років, і викликало у неї серйозне психічне потрясіння.

16 грудня 1977 року пан X подав скаргу в поліцію, хоча за законом (стаття 248 Кримінального кодексу Нідерландів) така скарга могла бути заявлена тільки самою потерпілою. Комісар поліції прийняв скаргу за підписом батька, оскільки порахував, що сама потерпіла не могла зробити це через її розумову неповноцінність.

Однак прокуратура, куди з поліції була передана скарга, відмовила в порушенні кримінальної переслідування проти B, обмежившись зробленим йому попередженням.

Скаргу, подану паном X на це рішення до апеляційного суду, останній відхилив, зокрема, на тій підставі, що названа вище стаття Кримінального кодексу Нідерландів може бути застосована тільки в тому випадку, якщо зі скаргою звертається сама потерпіла.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«24. Заявники стверджували, що для молодої дівчини, як міс Y, необхідний ступінь захисту проти правопорушення, про який йде мова, змогли б забезпечити лише засоби кримінального права.

25. Уряд вказав, наскільки важко законодавцю встановлювати норми кримінального права, покликані захищати у фізичному плані розумово неповноцінних: якщо йти занадто далеко в цьому напрямку, то можна прийти до неприйнятного патерналізму, неприпустимого втручання держави в право особи на повагу до його сексуального життя.

27. Суд констатує, що захист, що надається цивільним правом у разі протиправної дії, якому піддалася міс Y, недостатній. Це той випадок, коли на карту поставлені фундаментальні цінності й основні аспекти особистого життя. Ефективний стримуючий фактор у цій області необхідний, і його можуть забезпечити лише норми кримінального права; адже саме такими нормами права зазвичай регулюються подібні питання.

Більше того, як було зазначено Комісією, фактично це та сфера, у якій Нідерланди зазвичай вибирали систему захисту, засновану на кримінальному праві. Єдиний пробіл, наскільки стало відомо Комісії та Суду, стосується осіб, які опинилися в ситуації, подібній до ситуації міс Y. У по-

дібних випадках ця система стикається з процесуальною перешкодою, яку, очевидно, законодавець Нідерландів не передбачав.

(…)

30. Таким чином, ні стаття 248 тер, ні пункт 2 статті 239 Кримінального кодексу Нідерландів не надала міс Y ефективного захисту. Тому слід зробити висновок з урахуванням характеру даного правопорушення, що вона стала жертвою порушення статті 8 Конвенції». [X and Y v. The Netherlands (8978/80). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57603]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 152–156 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

152.4.1. Завжди відсутнє вільне волевиявлення особи, якщо її «згода» на дії сексуального характеру надана під впливом фізичного (побої, зв'язування, тілесні ушкодження тощо) чи психічного (погроза вбивством, тілесними ушкодженнями, побоями тощо) насильства. При цьому наявність опору потерпілої особи (ст. 152 і ст. 153 КК України) не може оцінюватися як обов'язкова обставина, що свідчить про застосування суб'єктом злочину фізичного насильства.

(Див.: 152.2.1 і 152.3.1)

152.4.2. Відсутня добровільна згода на вчинення дій сексуального характеру у випадках, коли вказані дії (ст.152 і ст. 153 КК України) вчинені стосовно особи, яка знаходиться у стані психічної безпорадності, коли ця особа не могла розуміти характеру та значення вчинюваних щодо неї дій або не могла виявити свою незгоду на їх вчинення.

Стан психічної безпорадності може бути обумовлений, зокрема, розладом психічної діяльності, хворобливим або непритомним станом, який підлягає встановленню (доведенню) під час розслідування.

Однак завжди презюмується (presumed) стан психічної безпорадності потерпілої особи у випадках дій, передбачених статями 152 і 153 КК України стосовно особи молодше 14 років.

(Див.: 152.1.3 – ст. 18)

152.4.3. За наявності добровільної згоди на вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних, лише із одним із вказаних у диспозиції ч. 1 ст. 152 КК України різновидом проникнень у тіло іншої особи (наприклад, є згода на вагінальне проникнення), як зґвалтування слід кваліфікувати вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних з іншим проникненням (наприклад, із анальним або оральним) в тіло тієї саме особи її без добровільної згоди на це.

152.4.4. За наявності добровільної згоди на вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням у тіло іншої особи з використанням, наприклад, геніталій, як зґвалтування (ст.152 КК України) слід кваліфікувати вчинення без добровільної згоди таких дій із використанням інших предметів (і навпаки, при використанні геніталій при наявності згоди лише на використання інших предметів).

152.4.5. Під будь-яким іншим предметом, що використовується при вчиненні дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням у тіло іншої особи (ст.152 КК України), слід розуміти не лише матеріальні предмети зовнішнього середовища (штучні фалоси, різноманітні предмети побутового характеру тощо), але також будь-яку частину тіла суб'єкта злочину, якою він здійснює вагінальне, анальне або оральне проникнення в тіло іншої особи.

(Див.: 151.1.4 – ст. 36)

152.4.6. Чинна редакція ст. 152 КК України (на відміну від попередньої) не виключає встановлення відсутності добровільної згоди потерпілої особи, навіть коли суб'єктом не застосовувалося фізичне чи психічне насильство і потерпіла особа не була в стані психічної безпорадності (стані, коли ця особа не могла розуміти характеру та значення вчинюваних щодо неї дій або не могла виявити свою незгоду на їх вчинення).

(Див.: 152.1.5 – пункти 191 і 192; 152.2.1; 152.3.1)

Так, про відсутність добровільної згоди на вчинення дій сексуального характеру стосовно неповнолітньої особи може вказувати те, що таки дії вчинені «зі свідомим використанням довіри, авторитету чи впливу на дитину» або її «залежного становища», зокрема в сім'ї.

(Див.: 152.1.3)

152.4.7. Будь-які особливості попереднього статевого життя потерпілої особи та її пов'язаної з цим соціальної репутації не можуть самі по собі свідчити про наявність чи відсутність добровільної згоди на вчинення дій сексуального характеру.

(Див.: 152.1.1)

152.4.8. Якщо потерпіла особа (статті 152, 153 і 154 КК України) внаслідок психічної безпорадності не тільки не могла розуміти характеру та значення вчинюваних щодо неї дій, але і не могла повною мірою реалізувати своє право подати заяву про вчинене правопорушення, таке право має бути надано її батькам чи іншим законним представникам.

Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 477 КПК (із змінами, внесеними згідно із Законом №2227-VIII від 06.12.2017) кримінальним провадженням у формі приватного обвинувачення є провадження, яке може бути розпочате слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого щодо кримінальних правопорушень, передбачених, зокрема, частиною першою ст. 152 (зґвалтування без обтяжуючих обставин), частиною першою ст. 153 (сексуальне насильство), ст. 154 (примушування до вступу в статевий зв'язок).

Водночас в КК та КПК України відсутні норми, які б чітко передбачали право законного представника подавати заяву про відкриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення. Передбачена участь у кримінальному процесі законного представника потерпілого і відсутнє поняття «законний представник заявника».

Слід зазначити, що норми, які забороняють відкривати кримінальне провадження про зґвалтування без заяви потерпілої особи, притаманні законодавству також інших країн Європи, зокрема Нідерландів.

(Див.: 151.1.2; 152.2.2 і 152.3.2)

152.4.9. Суб'єктом зґвалтування (ст.152) і сексуального насильства (ст.153 КК України) може бути особа будь-якої сексуальної орієнтації та гендерної ідентичної.

152.4.10. Суб'єктом зґвалтування (ст.152 КК України) у формі вагінального, анального або орального проникненням у тіло іншої особи з використанням геніталій може бути особа лише чоловічої статі.

152.4.11. Суб'єктом зґвалтування (ст.152 КК України) у формі вагінального, анального або орального проникненням в тіло іншої особи з використанням будь-якого іншого (окрім геніталій) предмета може бути особа як чоловічої, так і жіночої статі.

152.4.12. Суб'єктивна сторона зґвалтування (ст.152) і сексуального насильства (ст.153 КК України) характеризується прямим умислом, а також сексуальним мотивом.

«Термін "сексуального характеру" означає акт, який має сексуальну конотацію. Він не поширюється на акти, яким бракує такої конотації або відтінку».

(Див.: 152.1.5 – п. 190)

Так відсутній склад зґвалтування (ст. 152 КК України), якщо винна особа здійснює вагінальне, анальне або оральне проникненням в тіло іншої особи без сексуальних мотивів, наприклад заштовхує в анальний отвір іншої особи порожню пляшку з метою спричинення тілесних ушкоджень із мотивів приниження жертви.

152.4.13. Зґвалтування чи сексуальне насильство щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років, вчинені повторно або особою, яка раніше вчинила будь-який зі злочинів, передбачених статтями 153–155 цього Кодексу, або щодо особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, або щодо жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності, кваліфікуються за сукупністю злочинів, відповідно: частинами 2 і 4 ст. 152 або частинами 2 і 4 ст. 153 КК України.

Така кваліфікація обумовлена тим, що як ч. 4 ст. 152, так і ч. 4 ст. 153 КК України містять посилання лише на частини перші цих статей. Тому, наприклад, частина перша і частина четверта ст. 152 КК України передбачають різні кваліфіковані склади зґвалтування, що означає сукупність

злочинів (ст. 33 КК України). Кваліфікація зґвалтування лише за ч. 4 ст. 152 КК не охоплює тих кваліфікуючих ознак вчиненого, які передбачені ч. 2 цієї статті (коли вони присутні у фактично вчиненому винною особою).

152.4.14. Примушування потерпілої особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з іншою (третьою) особою, кваліфікується за відповідними частинами ст. 154 КК України лише за умови, що таке примушування не включало фізичного насильства чи погрози його негайного застосування. У таких випадках дії третьої особи, яка усвідомлювала відсутність добровільної згоди потерпілої особи, кваліфікуються як пособництво – за ч. 5 ст. 27 і відповідною частиною ст. 154 КК України. Відсутній склад злочину в діях третьої особи, яка не усвідомлювала відсутність добровільної згоди потерпілої особи на здійснення акту сексуального характеру.

Як дії виконавця зґвалтування (за відповідними статями ст. 152 КК України) кваліфікуються фізичне насильство чи погрози його негайного застосування з метою примушування потерпілої особи до здійснення без її добровільної згоди акту сексуального характеру з іншою (третьою) особою, якщо при цьому третя особа, яка безпосередньо здійснила вагінальне, анальне або оральне проникненням в тіло потерпілого, не усвідомлювала відсутність його (її) добровільної згоди, або хоча й усвідомлювала відсутність добровільної згоди, але є неосудною чи малолітньою.

Як пособництво в зґвалтуванні (за ч. 5 ст. 27 і відповідними статями ст. 152 КК України) кваліфікується фізичне насильство чи погрози його негайного застосування з метою примушування потерпілої особи до здійснення без її добровільної згоди акту сексуального характеру з іншою (третьою) особою, якщо при цьому третя особа, яка безпосередньо здійснила вагінальне, анальне або оральне проникненням в тіло потерпілого, усвідомлювала відсутність добровільної згоди потерпілої особи і, отже, була виконавцем зґвалтування (ст. 152 КК України).

(Окрім логічного і систематичного тлумачення статей 152 і 154 КК України, на користь наведених висновків слід вказати на: 152.1.4 ст. 36 (с))

152.4.15. Як розбещення неповнолітніх (ст.156 КК України) слід кваліфікувати умисне спонукання особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, «спостерігати за сексуальним насильством або діяльністю сексуального характеру, навіть якщо вона не бере в цьому участі».

(Див.: 152.1.3 – ст. 22)

152.4.16. Непроведення кримінального розслідування за фактами сексуального насильства (із причин неефективної роботи правоохоронних органів, прогалин у законодавстві чи з інших причин) є підставою для визнання Європейським судом факту порушення прав людини.

(Див.: 152.2 і 152.3.2)

152.4.17. Не визнаються сексуальним насильством чи іншим злочином проти статевої свободи та статевої недоторканості особи дії, які становлять сексуальне домагання без ознак, вказаних у статтях 152–156 КК України.

Під сексуальним домаганням (*harassment*) в міжнародному праві розуміється будь-яка форма небажаної вербальної (наприклад, жарти, запитання, зауваження, які можуть висловлюватися в усній або письмовій формі), невербальної (комунікація з боку правопорушника з використанням виразу обличчя, жестів руками або інших знаків) або фізичної (наприклад, раптові дотики до тіла жертви) поведінки сексуального характеру, метою або наслідком якої є порушення гідності особи, зокрема шляхом створення залякувального, ворожого, принизливого або образливого середовища.

(Див.: 152.1.4 – ст. 40; 152.1.5 – пункти 207–209)

Така поведінка може бути кваліфікована як дрібне хуліганство (ст. 173 КАП).

152.4.18. Якщо зґвалтування вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного військового чи невійськового нападу на цивільне населення з метою проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення цього нападу, таке зґвалтування за нормами міжнародного права розглядається як злочин проти людяності. Однак, у зв'язку з тим, що зазначені норми міжнародного права не імплементовані до КК України, кожне зґвалтування, що вчиняється в рамках широкомасштабного або систематичного нападу з метою проведення політики держави або організації, кваліфікується як окремий злочин за відповідними частинами ст. 152 КК України.

(Див.: XX.1.5; XX.4.2; XX.4.3)

152.4.19. Якщо сексуальне насильство вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного військового чи невійськового нападу на цивільне населення з метою проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення цього нападу, таке діяння за нормами міжнародного права розглядається як злочин проти людяності. Однак, у зв'язку з тим, що зазначені норми міжнародного права не імплементовані до КК України, кожне діяння, що вчиняється в рамках широкомасштабного або систематичного нападу з метою проведення політики держави або організації, кваліфікується як окремий злочин за відповідними частинами ст. 153 КК України.

(Див.: XX.1.5; XX.4.2; XX.4.3)

152.4.20. Зґвалтування чи сексуальне насильство щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років, вчинені групою осіб, кваліфікуються за сукупністю злочинів, відповідно частинами 3 і 4 ст. 152 або частинами 3 і 4 ст. 153 КК України.

Така кваліфікація обумовлена тим, що як частина ст. 152, так і ч. 4 ст. 153 КК України не містять посилання на частини треті цих статей. Тому кваліфікація таких злочинів лише за частинами четвертими вказаних статей не охоплює таку кваліфікуючу ознаку, як вчинення зґвалтування чи сексуального насильства групою осіб.

Розділ V. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВИБОРЧИХ, ТРУДОВИХ ТА ІНШИХ ОСОБИСТИХ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

Стаття 157. Перешкоджання здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі, роботі виборчої комісії або комісії з референдуму чи діяльності офіційного спостерігача

1. Перешкоджання вільному здійсненню громадянином свого виборчого права або права брати участь у референдумі, перешкоджання діяльності іншого суб'єкта виборчого процесу, ініціативної групи референдуму, комісії з референдуму, члена виборчої комісії, члена ініціативної групи референдуму, члена комісії з референдуму або офіційного спостерігача при виконанні ними своїх повноважень, поєднані з обманом або примушуванням, а також ухилення члена виборчої комісії у роботі комісії без поважних причин –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі діяння, поєднані із застосуванням насильства, знищенням чи пошкодженням майна, погрозою застосування насильства або знищення чи пошкодження майна, –

караються обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені за попередньою змовою групою осіб або членом виборчої комісії чи іншою службовою особою з використанням свого службового становища, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від двох до трьох років.

4. Втручання службової особи з використанням службового становища у здійснення виборчою комісією чи комісією з референдуму їх повноважень, установлених законом, вчинене шляхом незаконної вимоги чи вказівки з метою вплинути на рішення виборчої комісії чи комісії з референдуму, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від двох до трьох років.

(Стаття 157 в редакції Закону № 3504-IV від 23.02.2006; із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1616-VI від 21.08.2009, № 1703-VII від 14.10.2014)

Стаття 158. Надання неправдивих відомостей до органу ведення Державного реєстру виборців або фальсифікація виборчих документів, документів референдуму, підсумків голосування або відомостей Державного реєстру виборців

1. Умисне подання до органу ведення Державного реєстру виборців неправдивих відомостей про виборців, умисне внесення неправдивих відомостей до бази даних Державного реєстру виборців, несанкціоновані дії з інформацією, що міститься в базі даних Державного реєстру виборців, чи інше несанкціоноване втручання у роботу бази даних Державного реєстру виборців –

караються позбавленням волі на строк від двох до чотирьох років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від одного до трьох років.

2. Підробка або незаконне виготовлення, використання або зберігання незаконно виготовлених чи підроблених виборчих документів (виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, протоколу про підрахунок голосів виборців на виборчій дільниці, про підсумки голосування на виборах чи референдумі, про результати виборів або референдуму та інших документів, які відповідно до законодавства відносяться до виборчих документів) –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від двох до трьох років.

3. Викрадення чи приховування виборчої скриньки з бюлетенями або протоколу про підрахунок голосів виборців чи учасників референдуму, про підсумки голосування в межах виборчого (територіального виборчого) округу на виборах чи референдумі, про результати виборів або референдуму або незаконне знищення чи псування виборчої скриньки з бюлетенями, або підписання протоколу про підрахунок голосів виборців на виборчій дільниці, протоколу про підсумки голосування чи результати виборів або референдуму до його заповнення, або складення чи підписання такого протоколу не на засіданні виборчої комісії чи комісії з референдуму, на якому здійснюється підрахунок голосів виборців чи встановлення підсумків голосування чи результатів виборів або референдуму, або включення до такого протоколу завідомо недостовірних відомостей –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до семи років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від одного до трьох років.

4. Дії, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, вчинені повторно чи за попередньою змовою групою осіб, членом виборчої комісії чи комісії з референдуму, службовою особою з використанням службового становища, кандидатом на виборах, представником чи уповноваженою особою політичної партії, місцевої організації політичної партії, довіреною особою кандидата на виборах або офіційним спостерігачем, або у разі якщо такі дії призвели до неможливості встановлення підсумків голосування на виборчій дільниці, у відповідному виборчому окрузі чи до визнання голосування на виборчій дільниці недійсним, –

караються позбавленням волі на строк від семи до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від двох до трьох років.

(Стаття 158 із змінами, внесеними згідно із Законом № 744-IV від 15.05.2003; в редакції Закону № 3504-IV від 23.02.2006; із змінами, внесеними згідно із Законом № 698-V від 22.02.2007; в редакції Закону № 1703-VII від 14.10.2014)

Стаття 158[1]. Незаконне використання виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, голосування виборцем, учасником референдуму більше ніж один раз

1. Надання або отримання виборчого бюлетеня чи бюлетеня для голосування на референдумі особою, яка не має права його надавати чи отримувати, або викрадення чи приховування виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, або надання виборцю заповненого виборчого бюлетеня чи бюлетеня для голосування на референдумі, або голосування виборцем, учасником референдуму більше ніж один раз –

караються штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Діяння, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, кандидатом на виборах, членом виборчої комісії чи комісії з референдуму, довіреною особою кандидата на виборах, представником політичної партії чи місцевої організації політичної партії у виборчій комісії чи комісії з референдуму, уповноваженою особою політичної партії чи місцевої організації політичної партії, членом ініціативної групи референдуму, офіційним спостерігачем на виборах або референдумі, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до семи років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від двох до трьох років.

(Кодекс доповнено статтею 158[1] згідно із Законом № 1616-VI від 21.08.2009; із змінами, внесеними згідно із Законом № 879-VII від 13.03.2014; в редакції Закону № 1703-VII від 14.10.2014)

Стаття 158[2]. Незаконне знищення виборчої документації або документів референдуму

1. Незаконне знищення виборчої документації або документів референдуму поза встановленим законом строком зберігання у державних архівних установах та в Центральній виборчій комісії України після проведення виборів або референдуму, а так само пошкодження виборчої документації або документів референдуму –

карається обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на строк від двох до чотирьох років.

2. Ті самі діяння, вчинені за попередньою змовою групою осіб або членом виборчої комісії чи іншою службовою особою з використанням влади або службового становища, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Кодекс доповнено статтею 158[2] згідно із Законом № 3169-IV від 01.12.2005)

Стаття 159. Порушення таємниці голосування

1. Умисне порушення таємниці голосування під час проведення виборів або референдуму, що виявилося у розголошенні змісту волевиявлення громадянина, який взяв участь у виборах або референдумі, –

карається штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, вчинене членом виборчої комісії або комісії з референдуму чи іншою службовою особою з використанням свого службового становища, –

карається штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від одного до трьох років.

(Стаття 159 в редакції Закону № 3504-IV від 23.02.2006)

Стаття 159[1]. Порушення порядку фінансування політичної партії, передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму

1. Подання завідомо недостовірних відомостей у звіті партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру або у фінансовому звіті про надходження та використання коштів виборчого фонду партії, місцевої організації партії, кандидата на виборах –

карається штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Умисне здійснення внеску на підтримку політичної партії особою, яка не має на те права, або від імені юридичної особи, яка не має на те права, умисне здійснення внеску на користь політичної партії фізичною особою або від імені юридичної особи у великому розмірі, умисне надання фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму фізичною особою або від імені юридичної особи у великому розмірі чи особою, яка не має на те права, або від імені юридичної особи, яка не має на те права, а так само умисне отримання внеску на користь партії від особи, яка не має права здійснювати такий внесок, або у великому розмірі, умисне отримання у великому розмірі фінансової (матеріальної) підтримки у здійсненні передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму, умисне отримання такої фінансової (матеріальної) підтримки від особи, яка не має права надавати таку фінансову (матеріальну) підтримку, –

караються штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені повторно, –

караються штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

4. Дії, передбачені частиною другою цієї статті, вчинені за попередньою змовою групою осіб, організованою групою або поєднані з вимаганням внеску чи фінансової (матеріальної) підтримки у здійсненні передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму, –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. Великим розміром у цій статті визнається розмір суми грошових коштів, вартість майна, пільг, послуг, позик, переваг, нематеріальних активів, будь-яких інших вигод нематеріального чи негрошового характеру, що у два чи більше разів перевищує встановлений законом максимальний розмір внеску на підтримку політичної партії чи максимальний розмір фінансової (матеріальної) підтримки на здійснення передвиборної агітації або агітації з референдуму.

(Кодекс доповнено статтею 159[1] згідно із Законом № 3504-IV від 23.02.2006; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1703-VII від 14.10.2014; в редакції Закону № 731-VIII від 08.10.2015; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1019-VIII від 18.02.2016)

Стаття 160. Підкуп виборця, учасника референдуму

1. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання виборцем, учасником референдуму для себе чи третьої особи неправомірної вигоди за вчинення чи невчинення будь-яких дій, пов'язаних з безпосередньою реалізацією ним свого виборчого права або права голосу (відмова від участі в голосуванні, голосування на виборчій дільниці (дільниці референдуму) більше одного разу, голосування за окремого кандидата на виборах або відмова від такого голосування, передання виборчого бюлетеня (бюлетеня для голосування на референдумі) іншій особі), незалежно від фактичного волевиявлення особи та результатів голосування –

караються штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на той самий строк.

2. Пропозиція, обіцянка або надання виборцю чи учаснику референдуму неправомірної вигоди за вчинення або невчинення будь-яких дій, пов'язаних з безпосередньою реалізацією ним свого виборчого права чи права на участь у референдумі (відмова від участі в голосуванні, голосування на виборчій дільниці (дільниці референдуму) більше одного разу, голосування за окремого кандидата на виборах, кандидатів від політичної партії, місцевої організації політичної партії або відмова від такого голосування, передача виборчого бюлетеня іншій особі), –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від одного до трьох років.

3. Здійснення передвиборної агітації (агітації референдуму) шляхом надання підприємствам, установам, організаціям неправомірної вигоди або надання безоплатно товарів (крім товарів, що містять візуальні зображення найменування, символіки, прапора політичної партії, вартість яких не перевищує розміру, встановленого законодавством), робіт, послуг –

карається обмеженням волі на строк від двох до чотирьох років або позбавленням волі на той самий строк з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від одного до трьох років.

4. Дії, передбачені частиною другою або третьою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб або членом виборчої комісії чи комісії з референдуму, членом ініціативної групи референдуму, кандидатом або його довіреною особою на виборах, представником політичної партії чи місцевої організації політичної партії у виборчій комісії чи комісії з референдуму, уповноваженою особою політичної партії чи місцевої організації політичної партії, офіційним спостерігачем на виборах або референдумі, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до семи років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від одного до трьох років.

Примітка. У цій статті під неправомірною вигодою слід розуміти кошти чи інше майно, переваги, пільги, послуги або нематеріальні активи, вартість яких перевищує три відсотки розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб, які пропонують, обіцяють, надають чи одержують без законних на те підстав.

(Стаття 160 в редакції Закону № 1703-VII від 14.10.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1791-VIII від 20.12.2016)

§1. Норми міжнародного права
щодо забезпечення права на вільні вибори

157.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«**Статья 21**
1. Каждый человек имеет право принимать участие в управлении своей страной непосредственно или через посредство свободно избранных представителей.
(…)
3. Воля народа должна быть основой власти правительства; эта воля должна находить себе выражение в периодических и нефальсифицированных выборах, которые должны проводиться при всеобщем и равном избирательном праве, путем тайного голосования или же посредством других равнозначных форм, обеспечивающих свободу голосования». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

157.1.2. Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 20.03.1952)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 3 Право на вільні вибори***
Високі Договірні Сторони зобов'язуються проводити вільні вибори з розумною періодичністю шляхом таємного голосування в умовах, які забезпечують вільне вираження думки народу у виборі законодавчого органу». [Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 20.03.1952). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_535]

157.1.3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)
*«**Стаття 25***
Кожний громадянин повинен мати без будь-якої дискримінації, згаданої в статті 2, і без необґрунтованих обмежень право і можливість:
a) брати участь у веденні державних справ як безпосередньо, так і за посередництвом вільно обраних представників;
b) голосувати і бути обраним на справжніх періодичних виборах, які проводяться на основі загального і рівного виборчого права при таємному голосуванні і забезпечують свободу волеви-

явлення виборців». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

157.1.4. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №25»
(ООН, від 27.08.1996)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«3. В отличие от других прав и свобод, закрепленных в Пакте (которые гарантируются всем лицам, находящимся в пределах территории государства и под его юрисдикцией), статья 25 защищает права «каждого гражданина». В докладах государств должны отражаться те правовые положения, которые определяют гражданство в контексте прав, закрепленных в статье 25. В процессе осуществления этих прав не допускается каких-либо различий между гражданами в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства. Проведение каких-либо различий между лицами, являющимися гражданами по рождению и получившими гражданство в результате натурализации, могут вызвать сомнения относительно соответствия статье 25. (…)

4. Любые обстоятельства, которыми обусловлено осуществление прав, закрепленных в статье 25, должны основываться на объективных и обоснованных критериях. Например, обоснованным может быть требование об установлении более высокого возрастного ценза для занятия выборных постов или назначения на определенные должности, чем для участия в голосовании, право на которое должно предоставляться каждому совершеннолетнему гражданину. Осуществление этих прав гражданами может быть приостановлено или отменено только по установленным законом объективным и обоснованным причинам.

Например, установленная психическая недееспособность может служить основанием для отказа какому-либо лицу в праве голосовать или занимать определенные должности.

(…)

10. Право голосовать на выборах и референдумах должно быть закреплено в законе и подлежит лишь разумным ограничениям, таким, как установление минимального возраста для получения права голоса. Не представляется обоснованным ограничение права голоса на основании физической неполноценности или введение образовательных или имущественных цензов. Членство в той или иной партии не должно служить условием для предоставления права голоса или основанием для его лишения.

11. Государства должны принимать эффективные меры для обеспечения того, чтобы все лица, имеющие право голоса, могли его осуществлять. При регистрации избирателей ее процедура должна быть упрощена и лишена каких-либо препятствий. Если при регистрации применяется ценз оседлости, эта мера должна быть обоснованной и не должна лишать бездомных лиц права голоса. Любые нарушения, касающиеся вмешательства в процедуры регистрации или голосования, а также запугивание или принуждение избирателей должны быть запрещены уголовным законодательством, каковое должно строго применяться. Необходимо проводить кампании по информированию и регистрации избирателей, с тем чтобы обеспечить эффективное осуществление прав той частью населения, которая лишена соответствующей информации.

(…)

14. В своих докладах государства-участники должны перечислить и разъяснить законодательные положения, лишающие граждан права голоса. Причины этого должны быть объективными и обоснованными. Если основанием для временного лишения права голоса является осуждение в связи с совершенным преступлением, то срок, на который действие этого права приостановлен, должен быть соразмерным тяжести преступления и вынесенному приговору. Лицам, лишенным свободы, но еще не осужденным, не может быть отказано в осуществлении их права голоса.

15. Эффективное осуществление права голосовать и возможности быть избранным обеспечивает лицам, имеющим право голоса, свободу выбора кандидатов. Любые ограничения в отношении права быть избранным, например в связи с достижением минимального возраста, должны основываться на объективных и обоснованных критериях.

В отношении лиц, на которых не распространяется вышеупомянутое ограничение, не должны применяться необоснованные или дискриминационные требования, связанные с образованием, оседлостью, происхождением или принадлежностью к политической организации. Никто не должен подвергаться какой-либо дискриминации или находиться в невыгодном положении в связи с фактом выставления своей кандидатуры на выборную должность. Государства-участники должны перечислить и разъяснить законодательные положения, которые лишают какую-либо группу или категорию лиц права быть избранными.

16. Условия, регламентирующие вопросы выдвижения кандидатур, внесения залогов или депозитов, должны быть обоснованными и недискриминационными. Если существуют обоснованные причины считать, что занятие определенных выборных должностей не совместимо с пребыванием на каких-либо конкретных постах (например, в судебных органах, на ответственных военных постах, на государственной службе), то меры, принимаемые для устранения конфликта интересов, не должны чрезмерно ограничивать права, закрепленные в пункте b). [пункт b) ст. 25 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права] Причины отстранения от должности лиц, занимающих выборные посты, должны быть установлены законами на основе объективных и обоснованных критериев и при соблюдении справедливых процедур.

17. Право лиц быть избранными не должно подвергаться необоснованным ограничениям, связанным с требованиями о партийности кандидатов или их принадлежности к какой-либо определенной партии. Если для выдвижения своей кандидатуры какое-либо лицо должно располагать минимальным числом сторонников, то такое требование должно быть обоснованным и не должно служить препятствием для выдвижения кандидатуры. Без ущерба для положений пункта 1 статьи 5 Пакта политические убеждения не могут использоваться в качестве основания для лишения какого-либо лица права быть избранным.

(…)

19. В соответствии с пунктом b) справедливые и свободные выборы должны проводиться на периодической основе в соответствии с законами, гарантирующими действенное осуществление права голосовать и быть избранным. Лицам, имеющим право голоса, должна быть предоставлена возможность свободно голосовать за любого выдвинутого кандидата, а также за любое предложение, вынесенное на референдум или плебисцит, или против него, голосовать в поддержку правительства страны или против него без чрезмерного влияния или какого-либо принуждения, которое может мешать или препятствовать свободному волеизъявлению избирателей. Избирателям должна быть предоставлена возможность самостоятельно формировать собственное мнение, свободное от насилия или угрозы насилием, принуждения, побуждения или какого-либо вмешательства.

Представляется обоснованным введение разумных ограничений в отношении затрат на избирательные кампании, если это необходимо для обеспечения того, чтобы на свободный выбор избирателей или на ход демократического процесса не оказывали негативного влияния чрезмерные расходы какого-либо одного кандидата или партии. Результаты подлинных выборов должны уважаться и предполагать принятие соответствующих последующих мер.

20. Следует создать независимый орган для контроля за ходом выборов и для обеспечения их справедливости, беспристрастности и соответствия законам, отвечающим положениям Пакта. Государствам следует принять меры, гарантирующие выполнение требования о тайном голосовании в ходе выборов, включая заочное голосование, если такая система существует. Это означает, что избиратели должны быть защищены от какого бы то ни было давления или принуждения с целью разглашения их намерений при голосовании, а также от любого незаконного или произвольного вмешательства в процесс выборов.

Отступление от этих прав не совместимо со статьей 25 Пакта. Необходимо гарантировать неприкосновенность урн для голосования и обеспечить подсчет голосов в присутствии кандидатов или их представителей. Требуется организовать независимую проверку правильности голосования или подсчета избирательных бюллетеней и обеспечить доступ к судебной или аналогичной процедуре проверки, с тем чтобы у избирателей не возникало сомнений в неприкосновенности бюллетеней и правильности подсчета голосов. В ходе голосования следует обеспечить

независимый характер процедуры оказания помощи инвалидам, слепым или неграмотным лицам. Избиратели должны быть в полной мере проинформированы о вышеупомянутых гарантиях». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 25 (1996 рік). https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.7&Lang=en]

157.1.5. Лімська декларація

(ООН, від 11.09.1997)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«(…) Оскільки корупція є головною перепоною виборчого та політичного процесу, то термінові дії мають бути вжиті для того, щоб пожертвування політикам та політичним партіям регулювалися та публічно висвітлювалися, визначалися та суворо контролювалися витратні ліміти на кампанію. Дуже важливими є також постійні освітні програми для населення». [Лімська декларація. (VIII Міжнародна конференція по боротьбі з корупцією 11.09.1997). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/998_090]

157.1.6. Кодекс належної практики у виборчих справах (Code of Good Practice in Electoral Matters)

(Венеціанська комісія, 18–19.10.2002)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«3.1. Вільне голосування

(…)

b. (…) Вільному формуванню думок виборців можуть також перешкоджати дії фізичних осіб, що намагаються, наприклад, підкупити виборців: такій практиці держава зобов'язана запобігати або належним чином за неї карати». [Кодекс належної практики у виборчих справах (Code of Good Practice in Electoral Matters) (Венеціанська комісія, 18–19.10.2002). www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx)

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо забезпечення права на вільні вибори

157.2.1. Справа «Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium»

«53. Дія статті 3 Першого протоколу Конвенції поширюється лише на вибори «законодавчої влади» або принаймні однієї з її палат, якщо їх дві або більше. Проте під терміном «законодавча влада» не обов'язково мається на увазі тільки парламент країни. Його слід тлумачити, виходячи з конституційного устрою конкретної держави. [Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium (9267/81). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57536] (Неофіційний авторський переклад).

157.2.2. Справа «Ковач проти України»

«48. На перший погляд видається, що право, гарантоване статтею 3 Першого протоколу, відрізняється від інших прав, які передбачає Конвенція та протоколи до неї, оскільки воно сформульоване не як конкретне право чи свобода, а як зобов'язання Високої Договірної Сторони забезпечити вільне вираження думки народу у виборі законодавчого органу. Але, взявши до уваги матеріали з підготовки тексту статті 3 зазначеного протоколу та тлумачення цього положення в контексті Конвенції загалом, Суд встановив, що ця стаття гарантує права особи, включаючи право голосу та право балотуватися на виборах. Крім того, Суд уже визнав, що ця стаття гарантує право громадянина висувати свою кандидатуру на виборах і, в разі обрання, обіймати посаду народного депутата.

49. Права, гарантовані статтею 3 Першого протоколу, мають вирішальне значення для зміцнення і збереження засад ефективної та дієвої демократії, побудованої на принципі верховенства права. Але ці права не є абсолютними. Можуть існувати «опосередковано встановлені» обмеження цього права, і Договірні держави повинні користуватися певною свободою розсуду в цій сфері.

(…)

50. Проте на Суд, як на останню інстанцію, покладено завдання визначити, чи було дотримано вимоги статті 3 Першого протоколу; при цьому Суд має переконатися, що існуючі умови не обмежують зазначених прав до тієї міри, яка підриває саму їхню суть і позбавляє їх дієвості; що такі умови встановлено на досягнення легітимної мети; і що застосовані заходи не є непропорційними. Будь-яке відхилення від принципу загального виборчого права породжує ризик підриву демократичної легітимності обраного таким чином законодавчого органу та законів, які він приймає. Отже, виключення будь-якої групи або категорії громадян не повинно суперечити основним цілям статті 3 Першого протоколу». [Ковач проти України (39424/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_452]

157.2.3. Справа Суховецький проти України

«50. Суд знову повторює, що право обирати і бути обраним відображене у статті 3 Першого протоколу. Проте право, визначене у статті 3 Першого протоколу, не є абсолютним. Існує простір для ймовірних обмежень, і Договірні Сторони мають широкі межі повноважень у цій сфері.

51. Держави-члени мають широку самостійність при встановленні конституційних норм щодо статусу депутатів парламенту. Зокрема, Суд погодився, що стосовно права на висунення своєї кандидатури на вибори до Парламенту можуть застосовуватись жорсткіші умови, на відміну від права голосувати. Хоча вони й мають спільне походження, з огляду на необхідність гарантувати як незалежність обраних представників, так і свободу виборців, ці вимоги відрізняються відповідно до історичних та політичних факторів, особливих для кожної держави. Різноманітність ситуацій, передбачених в конституційному та виборчому законодавствах держав – членів Ради Європи, вказує на широкий спектр можливих підходів у цій сфері. З огляду на цілі, зазначені в статті 3, будь-яке виборче законодавство повинно оцінюватись у світлі політичного розвитку конкретної держави, оскільки риси, що були б неприйнятними в контексті однієї системи, можуть бути виправданими у контексті іншої.

(…)

68. Суд нагадує також про субсидіарну роль Конвенції. Національні органи влади, в принципі, краще здатні оцінити місцеві потреби та умови, ніж міжнародний суд. В питаннях загальної політики, стосовно яких думки в демократичному суспільстві можуть значним чином різнитися, особлива вага повинна надаватися розробникам внутрішньої політики.

Більше того, як уже було зазначено вище, у сфері виборчого законодавства, Суд з багатьох приводів зазначав, що держави користуються широкими межами повноважень. Відповідно навіть система, де встановлюється порівняно високий бар'єр, наприклад, стосовно кількості підписів, необхідних для того, щоб висунути свою кандидатуру на виборах, або ж мінімальний відсоток голосів по всій країні для отримання місця у законодавчому органі, може вважатися такою, що відповідає статті 3 Першого протоколу». [Суховецький проти України (13716/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_106]

157.2.4. Справа «Мельниченко проти України»

«56. Щодо умов проживання у зв'язку з правом бути обраним, як таким, Суд ніколи не виражав своєї точки зору з цього приводу.

Проте, відносно окремого права голосувати, Суд вирішив, що це не є не розумною чи свавільною вимогою. Суд вважає, що вимога щодо проживання для голосування може бути виправдана на підставі (1) припущення, що громадянин-нерезидент менше прямо чи безпосередньо зацікавлений та менше знає про повсякденні проблеми держави, (2) нездійсненність, а інколи і небажаність (у деяких випадках неспроможність) кандидатів у народні депутати, представляти різні інтереси громадян, які проживають за кордоном, так, щоб було дотримано свободи на вільне вираження поглядів; (3) вплив громадян-резидентів на вибір кандидатів та на формулювання їх виборчої програми, та (4) співвідношення між правом голосувати на парламентських виборах та отримати результат від дій обраного органу.

57. Суд допускає, що більш суворі вимоги можуть бути встановлені до можливості бути обраним до парламенту, ніж до можливості голосування. Виходячи з цього, Суд не перешкоджає

встановленню вимоги 5-річного проживання для потенційних кандидатів до парламенту. Проте спірним є те, що ця вимога може розглядатися як така, що дає можливість цим особам отримати достатні знання з питань, пов'язаних з завданнями національного парламенту.

58. Більше того, дуже суттєвим є те, що кандидати до парламенту мають виглядати особами прямими та чесними. Шляхом зобов'язання їх самих бути повністю та добровільно публічно відкритими, відвертими, електорат може визначити особисті якості кандидата та можливість найкращого представництва їх інтересів у парламенті. Такі вимоги чітко відповідають інтересам демократичного суспільства, і держави мають межі розсуду у їх застосуванні.

59. У цьому зв'язку, Суд зазначає, що предмет та мета Конвенції вимагають, щоб її положення тлумачились та застосовувались у такий спосіб, щоб зробити її вимоги не просто теоретичними або ілюзорними, але й практичними і ефективними. Право стати кандидатом на виборах, що гарантується статтею 3 Протоколу N 1, і є таким суттєвим правом в концепції реального демократичного устрою, яке було б ілюзорним, якщо комусь може бути відмовлено у цьому праві в будь-який момент. Таким чином, якщо держава має широкі межі розсуду при визначенні вимог для надання права абстрактно, принцип того, що право має бути ефективним, вимагає, щоб процедура надання права містила достатні гарантії для запобігання свавільним рішенням». [Мельниченко проти України (17707/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_352]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо забезпечення права на вільні вибори

157.3.1. Справа «Bowman v. the United Kingdom»
Фактичні обставини:

Заявник, пані Phyllis Bowman, громадянка Великобританії проживає в Лондоні.

Як виконавчий директор Товариства з захисту дітей, що не народилися (організація налічує близько 50 тис. членів) вона поширила у виборчому окрузі Галіфакс незадовго до загальних виборів 1992 р. 25 тис. листівок, де викладалися погляди на аборт трьох основних кандидатів. Усього ж в Англії нею було розповсюджено близько півтора мільйонів листівок з тієї ж тематики. Їй було пред'явлено звинувачення за статтею 75 Закону про народне представництво 1983 р., згідно з якою витрачання коштів, що перевищують п'ять фунтів стерлінгів, на видання публікацій з метою сприяння або забезпечення обрання кандидата на виборну посаду з боку будь-якої спеціально не уповноваженої на те особи є кримінальним правопорушенням.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«32. Комісія, як і заявник, вважає, що, оскільки прокуратура розглядала її поведінку як таку, що підпадає під вказану законодавчу заборону, що загрожувало судовим переслідуванням, це перешкоджало заявникові вільно виражати погляди.

33. Суд зазначає, що стаття 75 Закону 1983 р. прямо не обмежує свободу слова, а лімітує сумою не більше п'яти фунтів витрати не уповноважених осіб на публікації та інші засоби інформації під час виборів. Більш того, вона не обмежує витрати на передачу інформації або думок взагалі, а тільки ті, які були зроблені протягом зазначеного періоду «з метою сприяння або забезпечення обрання кандидата».

Проте не може бути сумнівів у тому, що заборона, що міститься в статті 75, рівнозначна обмеженню свободи слова, і воно безпосередньо стосується пані Bowman.

34. Залишається розглянути, чи було це обмеження «передбачено законом», чи переслідувало «легальну мету» і було «необхідним у демократичному суспільстві».

B. Передбачено законом

35. Суд вважає, і це не було оскаржено сторонами, що обмеження на витрати згідно зі статтею 75 Закону 1983 р., є таким, що «передбачено законом».

C. Легальна мета

(…)

38. Суд знаходить очевидним, що стаття 75 Закону 1983 р., узята в контексті інших детальних положень Закону 1983 р. про витрачання коштів на передвиборчу кампанію, націлена на те, щоб

сприяти забезпеченню рівності кандидатів. Тому, так само як і Комісія, він робить висновок, що застосування даного Закону до пані Bowman переслідувало легальну мету захисту прав інших осіб, а саме кандидатів і електорату виборчого округу Галіфаксу. Крім того, судове переслідування повинно було отримати резонанс у всьому Сполученому Королівстві.

Суд вважає, що доводи, висунуті заявником із цього питання, мають більше відношення до іншого питання – чи були ці обмеження «необхідними в демократичному суспільстві».

D. Необхідні в демократичному суспільстві

(…)

41. Суд зазначає передусім, що обмеження витрат, передбачене статтею 75 Закону 1983 р., є лише одним із численних механізмів ретельно прописаний системи стримувань і противаг в законодавстві Сполученого Королівства про вибори. У такому контексті право на свободу слова, гарантоване статтею 10 Конвенції, необхідно розглядати у світлі права на вільні вибори, що захищається статтею 3 Протоколу № 1 до Конвенції, яка передбачає: «Високі Договірні Сторони зобов'язуються проводити вільні вибори з розумною періодичністю шляхом таємного голосування в умовах, які забезпечують вільне вираження думки народу у виборі законодавчого органу».

42. Вільні вибори і свобода слова, особливо свобода політичної дискусії, утворюють основу будь-якої демократичної системи Обидва права взаємопов'язані і зміцнюють один одного: наприклад, як зазначав Суд у минулому, свобода слова є одним з необхідних умов для «забезпечення вільного вираження думок народу при обранні законодавчої влади». З цієї причини особливо важливо, щоб будь-якого роду інформація і думки могли циркулювати вільно в період, що передує виборам.

43. Проте при деяких обставинах ці два права можуть вступити в конфлікт, і тоді може бути визнано за необхідне, щоб до або під час проведення виборів були встановлені певні обмеження свободи слова, які були б неприйнятні у звичайних умовах.

Їх мета – забезпечити «вільне вираження думки народу у виборі законодавчого органу». Суд визнає, що, встановлюючи рівновагу між цими двома правами, Договірні Держави досить вільні у своєму розсуді, як і в усьому, що пов'язано з організацією виборчої системи.

44. Що стосується фактичної сторони справи, то завдання Суду полягає в тому, щоб визначити, чи було обмеження свободи слова пані Bowman, з урахуванням усіх обставин справи, пропорційно законній меті і чи були достатніми і відповідними доводи національної влади у виправдання цього обмеження.

45. У зв'язку з цим, для Суду істотно, що витрати, встановлені в статті 75 Закону 1983 р. були обмежені настільки невисокою сумою – п'ять англійських фунтів. Суд нагадує, що це обмеження діє тільки в період від чотирьох до шести тижнів, перед загальними виборами. Правильно, що пані Bowman могла б вільно вести свою кампанію в будь-який інший час. Однак це, на думку Суду, не сприяло б цілі поширення її листівок – інформувати населення Галіфакса про те, як ставляться кожен із цих трьох кандидатів до аборту – саме в той критичний період, коли думки виборця сфокусовані на виборі свого представника.

46. Суд розглянув аргумент Уряду про те, що заявниця могла скористатися альтернативними методами інформації електорату.

Однак Суд не зміг упевнитися в тому, що вона мала практичний доступ до будь-яким іншим ефективним інформаційним каналам. Наприклад, так і не було доведено, що у неї були способи забезпечити публікацію матеріалів, що містилися в її листівках, в газеті або шляхом радіо- і телепередач. Хоча вона могла висунути свою кандидатуру на виборах і таким чином отримала б право на витрати, встановлені Законом для кандидатів, але їй треба було б тоді сплатити виборчу заставу в розмірі 500 англійських фунтів, яка, ймовірно, не була б їй повернута. Крім того, вона не збиралася обиратися в Парламент, а хотіла лише інформувати виборців.

47. Підсумовуючи сказане, Суд знаходить, що стаття 75 Закону 1983 р. практично створює систему непереборних перешкод, що заважають пані Bowman довести її інформацію до відома виборців Галіфакса, щоб вплинути на їхню позицію на користь кандидата, який виступає проти абортів.

Суд не переконаний, що необхідність обмежити її витрати п'ятьма англійськими фунтами обумовлена правомірною метою забезпечити рівність кандидатів, особливо у світлі того факту, що ніякі обмеження не заважали пресі виступати за чи проти конкретного кандидата або політич-

ної партії, а прихильники кандидатів могли розміщувати рекламу на національному або регіональному рівні, хоча і за умови, що вона не повинна сприяти поліпшенню або погіршенню виборчих перспектив певного кандидата в конкретному виборчому окрузі.

З усього вищесказаного випливає, що мало місце порушення статті 10 Конвенції». [Bowman v. the United Kingdom (141/1996/760/961). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58134]

157.3.2. Справа «Riza and Others v. Bulgaria»

Фактичні обставини:

Заявники були болгарською політичною партією «Рух за права та свободи» – (RZS), членом цієї партії паном Riza та 101 іншим болгарським громадянином, які використовували своє право голосу на виборчій дільниці в Туреччині, де вони жили під час парламентських виборів 2009 року в Болгарії. Пан Riza був кандидатом від RZS, яка отримала понад 600 тисяч голосів, тобто більше 14% усіх голосів, що було третім результатом політичної партії в країні. Таким чином, партія мала 38 депутатів, включаючи пана Riza.

Члени іншої політичної партії оскаржили законність виборів депутатів RZS і скаржилися на серйозні порушення виборчого законодавства на всіх виборчих дільницях, відкритих на території Туреччини. У своєму рішенні від 16 лютого 2010 року після того, як було відзначено аномалії у виборчих списках та виборчих бюлетенях, Конституційний Суд вирішив скасувати виборчі бюлетені на 23 виборчих дільницях, які було відкрито в Туреччині болгарськими дипломатичними представництвами, і анулювати всі голоси, отримані на таких дільницях з результатів кожної з політичних партій, тобто загалом 18 358 голосів, з яких 18 140 були віддані RZS. (…) Згідно з новим розподілом місць, RZS втратив одне місце в парламенті, за пропорційною системою представництва, до партії, яка перемогла на виборах, а пан Riza був позбавлений посади депутата.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«176. ... факти є достатніми для того, щоб Суд дійшов висновку, що процес прийняття рішення, здійснений Конституційним судом Болгарії, не відповідав стандартам, викладеним у прецедентній практиці Суду. Зокрема, Конституційний Суд скасував вибори на 22 виборчих дільницях на чисто формальних ознаках. Більше того, елементи, на які цей суд спирався, щоб виправдати цю частину свого рішення, не були чітко і передбачувано викладені в національному законодавстві, і не було доведено, що вони вплинули на вибір виборців та спотворювали результати виборів.

(…)

179. Із цих підстав Суд вважає, що Конституційний суд Болгарії скасував результати виборів на відповідних виборчих дільницях, анулював парламентський мандат пана Різи та спричинив втрату парламентського місця, визначеного за пропорційною системою, що є втручанням у здійснення активних виборчих прав 101 заявника та пасивних виборчих прав пана Riza та RZS. Беручи до уваги лакуни, зазначені в національному законодавстві, і відсутність можливості організувати нові вибори, оскаржений вирок, який ґрунтувався на чисто формальних аргументах, призвів до необґрунтованого порушення прав 101 заявників та пана Riza та RZS взяти участь у загальних виборах як виборців та кандидатів відповідно.

Постановляє одноголосно, що було порушення статті 3 Протоколу № 1 стосовно прав голосу 101 заявника, прізвища яких додано до рішення суду.

Постановляє шістьма голосами проти одного, що було порушення статті 3 Протоколу № 1 стосовно права пана Riza та RZS брати участь у виборах». [Riza and Others v. Bulgaria (48555/10 and 48377/10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–158149]

157.3.3. Справа «Gahramanli and Others v. Azerbaijan»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«72. Що стосується вимог заявників щодо конкретних випадків передбачуваних порушень, Суд не в змозі взяти на себе роль визначення фактів, намагаючись з'ясувати, чи були всі або дея-

кі з цих передбачуваних порушень, і якщо це так, чи були вони порушеннями, здатними перешкоджати вільному виявленню волі виборців. Унаслідок допоміжного характеру своєї ролі, Суд повинен бути обережним, приймаючи на себе функцію суду першої інстанції фактичного характеру, якщо це не є неминучим за обставин конкретної справи.

73. Щоправда, Суд вважає, що заявники висунули дуже серйозну скаргу, в якій розкривається очевидна нездатність проводити вільні та чесні вибори в їх окрузі. Зокрема, вони скаржилися, зокрема, на незаконне втручання у виборчий процес членами виборчої комісії, надмірний вплив на вибір виборців, перешкоджання діяльності спостерігачам та численні випадки заповнення виборчих бюлетенів до виборів. Суд вважає, що ці типи порушень, якщо вони належним чином підтверджені, дійсно потенційно здатні перешкодити демократичному характеру виборів. Суд також зазначає, що твердження заявників спиралися на відповідні докази, що складаються головним чином із заяв, написаних та підписаних спостерігачами, які в першу чергу звітували про передбачувані порушення. Суд також бере до уваги Звіт ОБСЄ, який опосередковано підтверджує вимоги заявників. Хоча цей звіт не містив жодних деталей, що стосуються конкретно виборців округів заявників...

(…)

87. Виходячи з вищесказаного, Суд визнає, що поведінка виборчих комісій та судів, зокрема Конституційного Суду, у цій справі та їх відповідні рішення, виявляють очевидна відсутність справжньої заклопотаності в боротьбі з передбачуваними випадками у виборчому процесі шахрайство та захисту прав заявників. Серйозні скарги заявників щодо порушень виборчого процесу не були ефективно розглянуті на внутрішньому рівні. (…)

88. Відповідно було порушення статті 3 Протоколу № 1 до Конвенції». [Gahramanli and Others v. Azerbaijan (36503/11). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–157535]

157.3.4. Справа «Садак та інші проти Туреччини»:

Фактичні обставини:

Заявники – тринадцять громадян Туреччини, були депутатами Великих національних зборів Туреччини та членами політичної партії – Партії демократії (Demokrasi Partisi). Через кілька місяців після заснування Партії демократії 1993 року прокурор звернувся з клопотанням видати наказ про її розпуск – на тій підставі, що вона порушила конституційні норми. Він посилався на Закон про політичні партії – з огляду на те, що дехто з її членів та її колишній голова зробили заяви, які могли підірвати цілісність держави та єдність нації. 16 червня 1994 року Конституційний суд видав наказ про розпуск Партії демократії і припинення чинності парламентських мандатів заявників.

Висновок палати ЄСПЛ

(комюніке Секретаря Суду):

«Суд взяв до уваги те, що в цій справі після розпуску Партії демократії Конституційний суд автоматично позбавив заявників їхніх парламентських мандатів за висловлювання, зроблені за кордоном колишнім головою цієї партії, та за письмову заяву, оприлюднену її центральним комітетом. Це покарання не було призначене з огляду на політичну діяльність заявників як фізичних осіб, але було автоматичним наслідком розпуску партії, членами якої вони були. Суд також зазначив, що з часу запровадження конституційної поправки в 1995 році лише члени парламенту, висловлювання чи вчинки яких спричинили розпуск тієї чи іншої партії, втрачали свої парламентські мандати. Суд визнав, що такий захід, а саме – остаточний розпуск Партії демократії згідно з указом, що негайно набрав чинності, а також заборона членам партії користуватися мандатами чи здійснювати політичну діяльність, був надзвичайно суворим покаранням.

Суд визнав, що застосоване до заявників покарання не можна вважати пропорційним до законної мети, на яку посилалася Туреччина; що цей захід несумісний із самою суттю права балотуватися на виборах та обіймати парламентську посаду; і що цим порушено необмежене дискреційне право електорату, який обрав заявників. На цих підставах Суд визнав, що допущено порушення статті 3 Протоколу № 1 [Право на вільні вибори]». [Садак та інші проти Туреччини (Sadak and Others v. Turkey) (25144/94, з 26149/95 до 26154/95, 27100/95 та 27101/95). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_169]

157.3.5. Справа «Суховецький проти України»

Фактичні обставини:

30 січня 2002 року виборча комісія виборчого округу № 11 відмовила у реєстрації заявника як кандидата в народні депутати України на парламентських виборах через несплату виборчої застави в розмірі шістдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (1041 грн). Центральна виборча комісія своєю постановою залишила заяву заявника без задоволення, зазначаючи, між іншим, що заявник подав до місцевої виборчої комісії усі потрібні документи, але не надав документів про сплату виборчої застави, яка вимагається відповідно до Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 18 жовтня 2001 року.

Заявник оскаржив це рішення до Верховного Суду України, стверджуючи, що він не мав можливості сплатити заставу, оскільки його річний дохід (близько 960 грн) був меншим, ніж сума застави, яку потрібно було сплатити.

Згідно з рішенням від 15 лютого 2002 року Верховний Суд України відхилив скаргу заявника. Зокрема, суд визначив, що заявник мав вільну можливість брати участь у виборах як кандидат в народні депутати України за умови сплати виборчої застави. Суд також послався на рішення Конституційного Суду України від 30 січня 2002 року, згідно з яким положення щодо вимоги виборчої застави було визнано таким, що відповідає Конституції України (254к/96-ВР).

Рішення ЄСПЛ:

«49. Заявник заявив, що будь-яке обмеження права, визначеного в статті 3 Першого протоколу, перешкоджає проведенню вільних виборів. Він стверджує, що сума застави, яка існувала на той час, позбавляла 80% населення України, яке живе за межею бідності, можливості висувати свою кандидатуру на виборах. (Однак заявник не подав суду жодних статистичних чи інших даних на підтвердження цього твердження). Отже, на думку заявника, цей захід не відповідав меті, що переслідувалась. Зокрема, в його ситуації через низький дохід він не мав можливості знайти кошти для сплати застави, що виключило його шанси зареєструватися на виборах в якості кандидата в народні депутати.

(…)

59. Суд зазначає, що сторони не оспорювали питання застосування статті 3 Першого протоколу чи той факт, що оскаржуваний заявником захід становив втручання у його виборчі права.

60. Таким чином, Суд визначатиме, чи переслідував оскаржуваний захід законну мету у співрозмірний спосіб, з огляду на принципи, встановлені вище.

a. Законна мета

61. Суд зазначає, що вимога виборчої застави для кандидатів на виборах існує не лише в Україні. Виборче право цілого ряду держав-членів містить таку вимогу, щоб завадити легковажним кандидатам виставляти на вибори свою кандидатуру. Більше того, Венеціанська комісія розцінила цю мету як законну, а вимогу застави як, в принципі, прийнятний інструмент для її досягнення. Також не слід залишати поза увагою участь держави у видатках кампанії, спрямованих на підтримання рівності між кандидатами.

62. Суд нагадує, що стаття 3 Першого протоколу, на відміну від багатьох інших положень Конвенції, не визначає або не обмежує мету, яку повинен переслідувати захід.

Отже, сумісним з цією статтею може бути широкий ряд цілей. Таким чином, взявши до уваги відповідні широкі повноваження держави-відповідача у цій сфері, Суд доходить висновку, що оскаржуваний захід переслідував законну мету гарантії права на ефективне, добре налагоджене представництво, підвищуючи відповідальність тих, хто висуває свою кандидатуру на вибори, та обмежуючи вибори серйозними кандидатами, одночасно уникаючи необґрунтованого витрачання державних коштів.

b. Пропорційність

63. Суд повторює, що справа стосується способу, у який право заявника висувати свою кандидатуру на участь у виборах було обмежено зобов'язанням сплатити виборчу заставу, яка не повертається тим кандидатам, яких не було обрано. Суд зазначає, що застосування застави було загальним заходом, що не був спеціально застосований щодо заявника у цій справі, хоча він мав очевидні наслідки для нього та інших осіб у подібній ситуації.

(…)

65. (…) В українському парламенті проводились серйозні дебати з приводу виборчої застави до того, як цей закон було прийнято. Встановлюючи суму застави, парламент прагнув, серед іншого, врівноважити конкуруючі інтереси стримування легковажних кандидатів та інтереси загального виборчого права. Більше того, факт, що звернення до Конституційного Суду було підписано 63 членами парламенту та й сам спікер виражали певні зауваження, вказують на важливість дебатів та їх спірну природу.

66. Суд зауважує, що захід був також предметом судового розгляду: він був оскаржений в Конституційному Суді на тих самих підставах, що були викладені в заяві заявника до Суду.

Конституційний Суд розглянув підстави для внесення застави, метою якої було підсилення відповідального ставлення з боку потенційних кандидатів на участь у виборах, а також запобігання зловживанню виборчими правами. Він постановив, що це обмеження не є неконституційним чи дискримінаційним, оскільки воно не є вирішальним щодо права громадян брати участь у виборах або висувати свою кандидатуру на виборах, а служить попередньою умовою для реєстрації кандидатів і однаково застосовується до всіх осіб, які прагнуть бути зареєстрованими. Більше того, окремо від виборчих питань існують інші конституційно дійсні причини, як, наприклад, необхідність запобігати надмірному та необґрунтованому витрачанню коштів державного бюджету, що виправдовують застосування заходу, що розглядається.

67. Суд відзначає, що політика поза оскаржуваним заходом вимагає від держави встановлення делікатного балансу між конфліктуючими інтересами: з одного боку, утримання від участі у виборах легковажних кандидатів, незалежно від соціального положення, а з іншого – можливість реєстрації серйозних кандидатів, включаючи тих, хто може знаходитись у скрутному економічному становищі. Суд задоволений тим, що система виборчої застави, прийнята на той час українськими політичними установами, становила прийнятний компроміс між цими конфліктуючими інтересами, а введення її в дію залишалось предметом ретельного розгляду національними законодавчою та судовою гілками влади в світлі сучасних умов.

(…)

70. Стосовно цього слід зазначити, що в європейському правовому полі сума застави, закріплена в українському законодавстві, є однією з найнижчих. Що ж стосується співвідношення між розміром застави та доходом громадян, то Суд зазначає, що при оцінці Виборчого кодексу Вірменії (країни, економічна ситуація в якій є схожою з українською), Венеціанська комісія у своїй доповіді від 22 жовтня 2005 визнала обґрунтованою значно вищу суму застави, закріплену у вірменському законодавстві.

71. Суд вважає необхідним зазначити, що з 20 кандидатів, зареєстрованих по виборчому округу заявника, 12 були самовисуванцями, включаючи двох професорів та лікаря (в Україні це професії з традиційно низькими заробітними платами), чия спроможність зібрати необхідну суму, виходячи тільки з власних доходів, видається сумнівною. Більше того, підвищення витрат кандидатів на вибори є спільною рисою для сучасних демократій. Таким чином, навіть відносно заможні кандидати в Україні та й будь-де в Європі зазвичай змушені шукати зовнішні джерела для фінансування успішної виборчої кампанії.

72. Суд зазначає, що втрата застави у випадку програшу виборів – це відносно рідкісна норма в європейських виборчих системах. Однак, враховуючи відносно низький розмір суми, що вимагається, рекламні послуги, що надаються державою, та інші обтяжуючі видатки на організації виборів, які застави можуть полегшити, Суд не вважає цей захід свавільним або таким, що виходить за межі широких повноважень держави.

73. Тому Суд доходить висновку, що збір, сплата якого вимагалась від заявника, не може вважатися непомірним або таким, що складає непереборний адміністративний або фінансовий бар'єр для певних кандидатів, які хочуть приєднатися до виборчих перегонів, і тим більше він не може становити перепону для появи достатньо представницьких політичних течій або ж втручання у принцип плюралізму.

74. Відповідно у цій справі не мало місце порушення статті 3 Першого протоколу до Конвенції». [Суховецький проти України (13716/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974–106]

157.3.6. Справа «Салов проти України»

Фактичні обставини:

Заявник – громадянин України 1958 р. н., юрист, займається адвокатською діяльністю в Україні, 31 липня 1999 р. був зареєстрований Центральною виборчою комісією як довірена особа кандидата у Президенти України О. О. Мороза. На той час останній був лідером Соціалістичної партії України.

31 жовтня 1999 р. прокуратура Київського району м. Донецька («прокуратура Київського району») порушила кримінальну справу проти заявника за фактом перешкоджання здійсненню виборчого права громадян (ч. 2 ст. 127 Кримінального кодексу України, що був чинний в той час – КК).

6 липня 2000 р. Районний суд під головуванням судді Т., що брав участь у слуханні справи 7 березня 2000 р., визнав заявника винним у перешкоджанні, шляхом обману, здійсненню громадянами своїх виборчих прав з метою вплинути на результати виборів Президента України. Районний суд присудив заявнику п'ять років умовного позбавлення волі, з дворічним випробувальним терміном в зв'язку з тим, що дії Салова «не спричинили фактичних серйозних наслідків». Крім того, він наклав на заявника штраф у розмірі 170 українських гривень. Районний суд ухвалив таке: «У жовтні 1999 року С. П. Салов отримав від осіб, які не були встановлені у ході слідства, у невстановленому місці екземпляри фальсифікованого видання газети Верховної Ради України «Голос України» від 29 жовтня 1999 року, яке містило звернення Верховної Ради України до громадян України від імені голови ВРУ Ткаченка О. О. з інформацією щодо кандидата в Президенти України Кучми Л. Д., зокрема, про його смерть… а також щодо державного перевороту, здійсненого людьми з кримінального оточення Кучми Л. Д.

Згадане видання містило також заклик від імені ВРУ до всіх громадян України «не допустити зриву президентських виборів… і, відповідно, встановлення в Україні фашистського режиму». Усвідомлюючи неправдивий характер інформації, яка містилась у згаданому виданні, Салов С. П. вирішив поширити вказані друковані видання серед виборців Київського району м. Донецька з метою перешкодити здійсненню їхнього виборчого права і, таким чином, вплинути на результати президентських виборів. Відповідно до висновку судово-криміналістичної експертизи спецвипуски в кількості восьми екземплярів були копіями оригінальної версії, текст якої був надрукований з використанням сучасної комп'ютерної техніки. «Перешкоджання здійсненню громадянином України його виборчих прав полягає в діях підсудного Салова С. П., які були спрямовані на перешкоджання, відносно громадян, брати участь у виборах, а обман полягає в тому, що він поширював серед громадян завідомо неправдиві відомості про смерть Кучми Л. Д., що могло вплинути на результати виборів, оскільки такі відомості, в які могла повірити частина громадян, призвели б їх до висновку не голосувати за цього кандидата в Президенти у зв'язку з його смертю».

15 вересня 2000 р. Донецький обласний суд залишив вирок суду від 6 липня 2000 р. без змін. 3 листопада 2000 р. і 9 лютого 2001 р., відповідно, обласний суд і Верховний Суд України відхилили скарги заявника і його вимогу про перегляд вироку суду в порядку нагляду за необґрунтованістю.

Рішення ЄСПЛ:

«99. Заявник скаржився на те, що внаслідок вироку Куйбишевського районного суду м. Донецька від 6 липня 2000 р. його право на свободу вираження поглядів, гарантоване статтею 10, було порушене.

100. Суд відзначає, що обидві сторони згодні з тим, що засудження заявника становило втручання в його право на свободу вираження поглядів, яке гарантоване параграф 1 статті 10 Конвенції. Однак сторони розійшлись в думці про те, чи було це втручання передбачене законом і чи переслідувало воно законну мету, а саме «захист репутації або прав інших осіб» у сенсі параграф 2 статті 10. Таким чином, Суд має розглянути питання, чи було втручання передбачене законом, чи переслідувало воно законну мету і чи було воно «необхідним у демократичному суспільстві».

А. Доводи сторін

101. Уряд визнає, що засудження заявника та присуджений строк покарання становили втручання в його право на свободу вираження поглядів за параграфом 1 статті 10. Однак це втручан-

ня було виправданим, в сенсі параграф 2 статті 10. Воно було «передбачене законом» (статтею 127 КК) і переслідувало законну мету (захист прав інших осіб обирати Президента України в ході вільних і чесних виборів). Крім того, втручання було «необхідним у демократичному суспільстві». Що ж стосується останнього пункту, Уряд вказував, що в усталеній практиці Суду підкреслюється важливість забезпечення вільного волевиявлення людей під час виборів і необхідність захисту демократичного суспільства від втручань, таких як у цій справі, у цей процес. Поширення інформації про кандидата в Президенти було в інтересах виборців. Однак, коли поширенню підлягала неправдива інформація, це могло вчинити негативний вплив на репутацію кандидата і перешкодити йому проводити ефективну виборчу кампанію.

102. Уряд повторює, що виступаючи як представник іншого кандидата в президенти, заявник поширив неправдиву інформацію про смерть суперника останнього. Тим самим він брав участь у нечесній виборчій кампанії і завдав шкоди інтересам українського суспільства, які полягають в проведенні чесних виборів. Визнавши заявника винним у вчиненні злочину, передбаченому статтею 127 КК (…), українські суди діяли суворо в межах свого розсуду. Більше того, заявник був засуджений до умовного позбавлення волі з випробувальним терміном, що не може не вважатися диспропорційним до обставин справи. Тому Уряд робить висновок про відсутність порушення статті 10 Конвенції щодо втручання в право заявника на поширення інформації в ході виборів.

103. Заявник з цим не погодився. Він наполягав, що п. 2 статті 127 КК не може бути застосований до його дій. Зазначене положення сформульоване настільки нечітко, що він не міг передбачати, що за цей вчинок його можуть позбавити волі. Його дії підпадали під статтю 186^2 Кодексу про адміністративні правопорушення, і його не можна було карати за поширення інформації. Крім того, відповідні санкції були застосовані до нього виключно у зв'язку з виборчою кампанією кандидата на пост Президента Л. Д. Кучми. Чимало неправдивої інформації було поширено й у відношенні до інших кандидатів, проте нікого за це не покарали. Що ж стосується винесення йому умовного вироку, то, на думку заявника, це доводить, що навіть суд усвідомлював абсурдність висунутих проти нього обвинувачень.

B. Відповідність статті 10 Конвенції

1. Практика Суду

104. Відповідно до усталеної практики Суду сфера для обмеження політичних висловлювань чи дебатів щодо питань, які становлять загальний інтерес, є дуже малою відповідно до п. 2 статті 10 Конвенції. Ця свобода підпадає під обмеження, викладені в статті 10 параграф 2 Конвенції, які, проте, мають тлумачитися однозначно. Необхідність будь-якого обмеження має бути переконливо встановлена.

105. Критерій «необхідності в демократичному суспільстві» вимагає від Суду встановлення того, чи відповідало «втручання», яке оскаржується, «нагальній суспільній необхідності», чи було це втручання пропорційним законній меті, яку воно переслідувало, та чи були доводи, надані національними органами на виправдання втручання, відповідними і достатніми. При визначенні існування такої «необхідності» та при обранні засобів в цьому зв'язку органи державної влади наділені певною свободою розсуду. Проте ця свобода розсуду не є необмеженою – вона нерозривно пов'язана з контролем Суду, якому належить винести остаточне рішення про сумісність застосованих обмежень з правом на свободу вираження поглядів, що захищається статтею 10 Конвенції.

106. Завданням Суду при нагляді не є підміна національних судів, а контроль за відповідністю статті 10 тих рішень, які вони винесли, здійснюючи своє право на свободу розсуду. При цьому Суд повинний поглянути на втручання, що оскаржується, в світлі обставин справи в цілому, включаючи зміст статті і умови, в яких вона була поширена.

107. Наприкінці Суд повторює, що стаття 10 захищає не тільки зміст ідей, що виражаються, і інформації, але і форму їх поширення.

2. Чи було втручання передбачене законом?

108. Суд зауважує, що однією з вимог, яка випливає з вислову «передбачений законом» є передбачуваність відповідних заходів. Та чи інша норма не може вважатись «законом», якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю, щоб громадянин міг регулювати свою поведінку: він

повинен мати можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести певна дія. Рівень передбачуваності значною мірою залежить від змісту заходу, сфери, яку він має охопити, а також кількості та статусу тих, до кого він застосовується.

109. Суд не вважає переконливими доводи заявника щодо застосування національними судами в його справі Кримінального кодексу, а не Кодексу про адміністративні правопорушення (…). У зв'язку з цим, він їх відхиляє. Взявши до уваги свою практику щодо вимог чіткості та передбачуваності та з огляду на той факт, що стаття 127 Кримінального кодексу відповідала цим вимогам, Суд вважає, що втручання у право заявника було «передбачене законом» в розумінні параграф 2 статті 10 Конвенції.

3. Чи переслідувало втручання правомірну мету?

110. Суд погоджується з Урядом, що втручання, яке є предметом спору, переслідувало законну мету – забезпечення виборців правдивою інформацією в ході президентської кампанії 1999 р. (…)

4. Чи було втручання необхідним у демократичному суспільстві і пропорційним до законної мети, що переслідувалася?

111. Суд дотримується думки, що стаття, яка оспорюється, розповсюджена в номері сфальсифікованої газети, стосувалася питань великого суспільного інтересу, а саме: особистості конкретного кандидата на президентських виборах та його нібито смерті від викликаної алкогольною інтоксикацією міокардіодистрофії і наступного державного перевороту, здійсненого кримінальним оточенням нібито померлого Кучми (…). Згадані в статті теми торкалися виборів як таких і можливості виборців голосувати за конкретного кандидата. На думку Суду, це важливі питання, здатні покласти початок серйозній суспільній дискусії в ході виборів. Отже, до цієї справи цілком можуть бути застосовані принципи щодо рамок політичної дискусії.

112. Що стосується питання про те, чим була стаття, що заперечується: фактичним твердженням або оціночним судженням, – Суд відзначає, що національні суди кваліфікували інформацію, що містилася в статті, як викладення фактів, тобто факту смерті Кучми і підміні його схожою на нього людиною, а тому таким, яке перешкоджало виборцям обрати його Президентом (…) Суд вважає, що ця стаття також має бути визнана як така, що містить неправдиві твердження.

113. Однак із установлених національними судами фактів вбачається, що це твердження не було підготовлено або опубліковано самим заявником – він просто посилався на нього в розмовах з іншими особами як на особисту оцінку фактичної інформації, вірогідність якої викликала в нього сумнів. Національні суди не довели того, що він навмисне намагався ввести в оману інших виборців і перешкодити їм у здійсненні ними своїх виборчих прав на президентських виборах 1999 р. Більш того, сама по собі стаття 10 Конвенції не забороняє обговорення або поширення отриманої інформації, навіть якщо виникають серйозні сумніви щодо її вірогідності. Якби це було не так, то це означало б, що люди були б позбавлені права виражати свої погляди і думки про заяви, зроблені у ЗМІ, що накладало б необґрунтовані обмеження на свободу вираження поглядів, гарантовану статтею 10 Конвенції.

114. Суд відзначає, що, відповідно до тверджень заявника, під час обговорення цієї інформації з іншими людьми він не знав, чи була вона правдива або помилкова. За його твердженнями, він прагнув її перевірити. Більше того, вплив інформації, що містилася в газеті, був незначним, оскільки заявник мав лише вісім екземплярів сфальсифікованої газети «Голос України», і він розповідав про неї тільки обмеженому колу осіб. Цей факт національні суди мали б взяти до уваги (…).

Розглядаючи справу заявника, національні суди також мали б враховувати право на свободу вираження поглядів та обговорення інформації, гарантоване статтею 10 Конвенції, зважаючи на конкретні обставини президентських виборів.

115. Суд нагадує, що при оцінці співрозмірності втручання варто брати до уваги і такі фактори, як характер і суворість накладеного покарання. У справі заявника покарання у виді позбавлення волі терміном на 5 років умовно з випробувальним терміном на два роки, штраф у розмірі 170 українських гривень наступне анулювання Донецькою обласною кваліфікаційно-дисципліні-

нарною комісією адвокатури свідоцтва про право заняття адвокатською діяльністю являло собою дуже суворе покарання.

116. Іншими словами, доводи, на які посилалась держава-відповідач, не були ні істотними, ні достатніми для обґрунтування того, що оскаржуване втручання було «необхідним у демократичному суспільстві». Крім того, рішення засудити заявника за обговорення інформації, що містилися у підробленому екземплярі газети, про смерть Президента Кучми було явно неспіврозмірним переслідуваній законній меті.

117. Відповідно, мало місце порушення статті 10 Конвенції». [Салов проти України (65518/01). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_428]

157.3.7. Справа «Magyar kétfarkú kutya párt v. Hungary»

Фактичні обставини:

У жовтні 2016 р. в Угорщині відбувся референдум, що стосувався планів Євросоюзу щодо переселення біженців. Деякі опозиційні партії закликали виборців бойкотувати референдум або фотографувати свої зіпсовані бюлетені, які не будуть враховані у фінальних результатах, виражаючи заперечення ідеї його проведення. У зв'язку з цим, заявник, політична партія, створила мобільний додаток для виборців, куди вони могли анонімно завантажувати, поширювати та коментувати фото їхніх бюлетенів. Приватна особа двічі зверталася зі скаргою до Національної виборчої комісії про порушення принципів справедливості виборів, таємниці голосування та добропорядності (bona fide) використання прав. Остання двічі визнала згадані порушення, вказуючи, що фотографування виборчих бюлетенів може дискредитувати роботу виборчих дільниць та систем підрахунку в очах суспільства, а також може впливати на виборців і спричиняти нечесне ведення кампанії.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«37. Суд зазначає, що програма на мобільний телефон була розроблена політичною стороною-заявником саме для того, щоб виборці могли ділитися інформацією і комунікаційними технологіями за допомогою анонімних фотографій недійсних виборчих бюлетенів. Таким чином, програма на мобільний телефон у даному випадку має комунікативну цінність і, отже, для Суду є питанням, що становлять суспільний інтерес, як це передбачено статтею 10 Конвенції. Більше того, в цій справі Суд переконаний в тому, що те, на що дорікали політичній партії-заявнику, було саме надання засобів іншим особам передачі для поширення і отримання інформації за змістом статті 10 Конвенції. Він вважає, що такі дії заявника забезпечуються захистом відповідно до пункту 1 статті 10 Конвенції і що, втручання в такі дії заявника порушує статтю 10, якщо воно не було «передбачене законом» і переслідувало одну або кілька законних цілей, зазначених в п. 2 статті 10 Конвенції.

(…)

40. Суд повторює, що перелік підстав для обмеження права на свободу вираження поглядів, що міститься в статті 10, є вичерпним. Визначення цих підстав обов'язково є обмежувальними і мають тлумачитися вузько. Для того щоб це відповідало Конвенції, обмеження цієї свободи повинне, зокрема, мати мету, яка може бути пов'язана з однією з підстав, перерахованих у п. 2 ст. 10 Конвенції. (…)

41. Уряд стверджував, що цей захід спрямований на забезпечення впорядкованого проведення процедури голосування і забезпечення належного використання виборчих бюлетенів. Він стверджував, що ці цілі можуть підпадати під «захист прав інших осіб» за змістом другого пункту статті 10 Конвенції. Політична партія-заявник не погодилася.

42. Щодо аргументу Уряду, який стосується захисту звичайної поведінки процедури голосування, Суд зазначає, що адміністративний орган вважав, що завантаження фотографій через додаток для мобільних телефонів має бути збалансованим щодо конкуруючих інтересів громадян, які полягають у справедливому проведенні референдумів, і секретності процедури голосування. Однак Палата вважала, що публікація фотографій виборчих бюлетенів не вплинула ні на одну з них. Що стосується таємності голосування, то Палата підкреслила, що особистість виборців не

може бути виявлена через анонімно завантажені фотографії. Він також постановив, що, хоча розміщення фотографій бюлетенів через мобільний телефон являє собою порушення закріпленого угорським законодавством принципу належного здійснення прав, воно не мало ніякого стосунку до справедливого проведення виборів.

Зі свого боку, Суд не бачить підстав для іншого висновку і переконаний в тому, що поведінка політичної партії-заявника не сприяла будь-яким порушенням щодо таємниці або справедливості референдуму.

43. Крім того, уряд не вказав на будь-які інші фактичні права, які мали або могли б постраждати від анонімної публікації зображень помічених або зіпсованих бюлетенів. Вони не представили жодних аргументів, які свідчать про те, що процес голосування був порушений, чому сприяло розміщення зображень цих бюлетенів, які повинні були бути усунені шляхом обмеження використання мобільного телефону.

44. Другий аргумент уряду був зосереджений на порушенні принципу належного здійснення прав, викладеного в розділі 2 (1) (e) Закону Угорщини про виборчу процедуру, який спричинив би за собою порушення права інших осіб. Однак Суд не сприймає цю позицію. Незважаючи на те, що національні органи влади встановили, що використання бюлетенів для голосування в будь-яких інших цілях, крім голосування, порушувало це положення, уряд не вказав переконливо будь-який зв'язок між цим принципом внутрішнього законодавства і цілями, вичерпно перерахованими в п. 2 ст. 10.

45. З цього випливає, що Суд не може погодитися з тим, що втручання було спрямовано на досягнення будь-якої із законних цілей, перерахованих в п. 2 ст. 10.

46. Якщо доведено, що втручання не мало «законної мети», немає необхідності досліджувати, чи було воно «необхідним у демократичному суспільстві».

47. Вищевикладені міркування є достатніми, щоб дозволити Суду зробити висновок про те, що санкція, накладена на політичну партію-заявника за розроблення та на експлуатацію даної програми на мобільний телефон, не відповідає вимогам п. 2 статті 10 Конвенції.

48. Таким чином, мало місце порушення статті 10 Конвенції». [Magyar kétfarkú kutya párt v. Hungary (201/17). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–180310]

157.3.8. Справа «Азіз проти Кіпру»

Фактичні обставини:

Заявник – Ібрагім Азіз, громадянин Кіпру турецького походження, 1938 року народження, проживає в Нікозії. 30 січня 2001 року він звернувся до міністра внутрішніх справ з клопотанням, аби його включили до списків виборців для участі в голосуванні на парламентських виборах 27 травня 2001 року. 8 лютого 2001 року його клопотання було відхилено на тій підставі, що, згідно зі статтею 63 Конституції, члени турецько-кіпріотської громади не можуть бути внесені до списків виборців греко-кіпріотської громади. Заявника також поінформували, що ця справа розглядається генеральним прокурором Республіки та що його повідомлять про результати розслідування. 27 квітня 2001 року заявник подав до Верховного суду скаргу, в якій оскаржував рішення Міністерства внутрішніх справ. Він посилався на статтю 3 Першого протоколу до Європейської конвенції з прав людини і стверджував, що після розпуску палати громад Уряд Кіпру не створив два списки виборців, для того щоб захистити виборчі права членів обох громад.

23 травня 2001 року Верховний суд відхилив його скаргу і постановив, що статтею 63 Конституції Кіпру та статтею 5 Закону N 72/79 (що стосується виборів депутатів парламенту) не передбачено включення до списку виборців представників турецько-кіпріотської громади, що проживають у контрольованій Урядом частині Кіпру і, відповідно, голосування на парламентських виборах.

Заявник посилався на статтю 3 Першого протоколу (право на вільні вибори) та статтю 14 (заборона дискримінації) Конвенції.

Рішення ЄСПЛ:

«27. Рішенням у справі заявника Верховний суд Кіпру постановив, що стаття 63 Конституції Кіпру та стаття 5 Закону № 72/79 (стосовно виборів членів парламенту) не забезпечують участі

членів турецько-кіпріотської громади, які проживають у контрольованій Урядом частині Кіпру, в голосуванні під час парламентських виборів і підтвердив, що не може втручатися на підставі закону необхідності, щоб заповнювати відповідні прогалини в законодавстві.

28. Хоч Суд і зауважує, що держави користуються значною свободою, встановлюючи правила в межах їхнього конституційного устрою, які регулюють парламентські вибори та склад парламенту, і що відповідні критерії можуть скасовуватися залежно від історичних та політичних чинників, властивих кожній державі, ці правила не повинні позбавляти окремих осіб або групи людей можливості брати участь у політичному житті країни, і зокрема у виборах до законодавчого органу, право на яку гарантоване як Конвенцією, так і конституціями всіх Договірних держав.

29. У цій справі Суд відзначає, що і без того складна ситуація на Кіпрі погіршилася внаслідок окупації Північного Кіпру турецькими військами, і така ситуація триває впродовж останніх тридцяти років. Він також зауважує, що, попри визнання відповідних положень Конституції неефективними, існує явна прогалина в законодавстві щодо вирішення подальших проблем.

Внаслідок цього заявник як член турецько-кіпріотської громади, який проживає на контрольованій Урядом території Кіпру, був повністю позбавлений будь-якої можливості виразити свою думку під час виборів членів Палати представників країни, громадянином якої він є і де завжди жив.

30. З огляду на викладені вище обставини, Суд вважає, що було порушено саму суть виборчого права заявника, гарантованого статтею 3 Першого протоколу. Отже, було допущено порушення цього положення.

(…)

36. Суд вважає, що в цій справі скарга на підставі статті 14 не є простим підтвердженням скарги заявника за статтею 3 Першого протоколу. Суд зауважує, що заявник був громадянином Кіпру і проживав на контрольованій Урядом території Кіпру. Він зауважує, що відмінне поводження в цій справі спричинене тим, що заявник був турком-кіпріотом. З конституційних положень, які регулюють виборчі права греків-кіпріотів та турків-кіпріотів, випливало, що їх практична реалізація стала неможливою.

37. Хоч Суд і бере до уваги аргументи Уряду, він вважає, що вони не можуть виправдати цю відмінність об'єктивними та розумними підставами, зокрема з огляду на той факт, що турки-кіпріоти, які перебувають у тій самій ситуації, що й заявник, позбавлені можливості голосувати на будь-яких парламентських виборах.

38. Отже, Суд доходить висновку, що існує явно неоднакове поводження щодо здійснення права, яке оспорюється і яке має вважатися основним аспектом справи. Таким чином, допущено порушення статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 3 Першого протоколу». [Азіз проти Кіпру (Aziz v. Cyprus) (69949/01). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–112964]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 157–160 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

157.4.1. Під «умисним наданням фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму фізичною особою або від імені юридичної особи у великому розмірі чи особою, яка не має на те права, або від імені юридичної особи, яка не має на те права» (ч. 2 ст. 159[1] КК України) слід розуміти тільки внесення (перерахування) у великих розмірах грошових коштів на рахунки політичної партії, перерахування або переказування до виборчого фонду на відповідних виборах у великих розмірах грошових коштів кандидату на виборах від політичної партії. Тиражування і поширення фізичними особами за власні кошти у великих розмірах агітаційних матеріалів, проведення за власні кошти у великих розмірах інших передвиборчих заходів, які за відсутності такої фінансової (матеріальної) підтримки необхідно було фінансувати відповідній політичній партії, тягнуть відповідальність за ст. 212[9], ст. 212[10] КАП.

(Див.: 157.3.1)

157.4.2. Правова позиція ЄСПЛ: позбавлення судом парламентських мандатів депутатів як автоматичний наслідок розпуску партії, членами якої вони були, що не пов'язано безпосередньо з конкретними діями зазначених депутатів, визнається порушенням необмеженого дискреційного права електорату, який обрав депутатів.

(Див.: 157.3.4)

Наведений у п. 157.3.4. висновок ЄСПЛ стосується казусу, який не може бути кваліфікований за статтями 157–160 КК України. Однак, він становить, на наш погляд, неабиякий теоретичний і певний практичний інтерес як в контексті питання про необхідність доповнення КК відповідними нормами, так і для розуміння особливостей застосування чинних норм Кримінального кодексу України, що передбачають відповідальність за злочини у сфері виборчих прав громадян.

157.4.3. Не може кваліфікуватися за ст. 157 КК перешкоджання діям кандидата, виборця або іншого суб'єкта виборчого процесу чи процесу референдуму, якщо такі дії суперечать виборчому законодавству, законодавству про референдум. Наприклад, відсутній склад цього злочину у випадку відмови у реєстрації як кандидата в народні депутати під час парламентських виборів через несплату особою виборчої застави, перешкоджання спробам використати право голосу на двох чи більше дільницях, проголосувати без паспорта чи іншого документа, який підтверджує особу та громадянство України, тощо.

(Див.: 157.3.5.)

157.4.4. Правова позиція ЄСПЛ: правильною є кваліфікація українським судом як злочину (перешкоджання вільному здійсненню громадянином свого виборчого права) дій особи по розповсюдженню опублікованої у підробленому примірнику газети неправдивої інформації про смерть кандидата в Президенти України. Однак засудження винної особи визнано явно неспіврозмірним переслідуваній законній меті, а отже, порушенням статті 10 Конвенції.

(Див.: 157.3.6)

157.4.5. Суб'єктом розголошенні змісту волевиявлення громадянина, який взяв участь у виборах або референдумі (ст.159 КК України) не може бути визнаний громадянин, який взяв участь у виборах або референдумі, а також особа, яка забезпечила такому громадянину технічну можливість розголошення ним змісту його волевиявлення.

(Див.: 157.3.7)

157.4.6. Фотографування виборцями виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі та подальше поширення таких фото не порушує інтересів громадян, які полягають в справедливому проведенні виборів та референдумів.

(Див.: 157.3.7)

Тому такі дії не утворюють складу злочину, передбаченого ст. 158^1 КК України.

157.4.7. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК (зокрема, ст. 157^2), в яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («порушення встановленого законом порядку»), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість за необхідності за належної правової допомоги передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підп. 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції. Так, по різному тлумачить доктрина права використане у ст. 158^2 КК України поняття «поза встановленим законом строком зберігання».

157.4.8. Деякі злочини проти виборчих прав слід відмежовувати від адміністративних правопорушень, відповідальність за які передбачена статтями 212^7, 212^9, 212^{15}, 212^{21} КпАП. Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» в розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки

провадження за нормами кримінального закону, але за певних обставин також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки у кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за вказаними статтями КпАП, а потім за те саме діяння – до кримінальної відповідальності за відповідними статтями розділу IX Особливої частини КК України (зокрема, ст. 158, ст. 159[1]), існує імовірність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 161. Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками

1. Умисні дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності, або образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, а також пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, інвалідності, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками –

караються штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Ті самі дії, поєднані з насильством, обманом чи погрозами, а також вчинені службовою особою, –

караються штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, які були вчинені організованою групою осіб або спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

(Стаття 161 в редакції Закону № 1707-VI від 05.11.2009; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1519-VII від 18.06.2014)

§1. Норми міжнародного права
що стосуються заборони дискримінації

161.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«Статья 1

Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах. Они наделены разумом и совестью и должны поступать в отношении друг друга в духе братства.

Статья 2

Каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, провозглашенными настоящей Декларацией, без какого бы то ни было различия, как-то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения.

Кроме того, не должно проводиться никакого различия на основе политического, правового или международного статуса страны или территории, к которой человек принадлежит, независимо от того, является ли эта территория независимой, подопечной, несамоуправляющейся или как-либо иначе ограниченной в своем суверенитете.

Статья 7

Все люди равны перед законом и имеют право, без всякого различия, на равную защиту закона. Все люди имеют право на равную защиту от какой бы то ни было дискриминации, наруша-

ющей настоящую Декларацию, и от какого бы то ни было подстрекательства к такой дискриминации.

(…)

Статья 23

(…)

2. Каждый человек, без какой-либо дискриминации, имеет право на равную оплату за равный труд.

(…)

Статья 25

(…)

2. Материнство и младенчество дают право на особое попечение и помощь. Все дети, родившиеся в браке или вне брака, должны пользоваться одинаковой социальной защитой». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

161.1.2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права

(ООН, від 16.12.1966)

(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)

Стаття 2

(…)

2. Якщо це вже не передбачено існуючими законодавчими чи іншими заходами, кожна держава-учасниця цього Пакту зобов'язується вжити необхідних заходів відповідно до своїх конституційних процедур і положень цього Пакту для вжиття таких законодавчих або інших заходів, які можуть виявитися необхідними для здійснення прав, визнаних у цьому Пакті.

3. Кожна держава, яка бере участь у цьому Пакті, зобов'язується:

a) забезпечити всякій особі, права і свободи якої, визнані в цьому Пакті, порушено, ефективний засіб правового захисту, навіть коли це порушення було вчинене особами, що діяли як особи офіційні;

b) забезпечити, щоб право на правовий захист для будь-якої особи, яка потребує такого захисту, встановлювалось компетентними судовими, адміністративними чи законодавчими властями або будь-яким іншим компетентним органом, передбаченим правовою системою держави, і розвивати можливості судового захисту;

c) забезпечити застосування компетентними властями засобів правового захисту, коли вони надаються.

Стаття 3

Держави, які беруть участь у цьому Пакті, зобов'язуються забезпечити рівне для чоловіків і жінок право користування всіма громадянськими і політичними правами, передбаченими в цьому Пакті.

(…)

Стаття 18

1. Кожна людина має право на свободу думки, совісті і релігії. Це право включає свободу мати чи приймати релігію або переконання на свій вибір і свободу сповідувати свою релігію та переконання як одноосібно, так і спільно з іншими, публічно чи приватно, у відправленні культу, виконанні релігійних і ритуальних обрядів та вчень.

2. Ніхто не повинен зазнавати примусу, що принижує його свободу мати чи приймати релігію або переконання на свій вибір.

3. Свобода сповідувати релігію або переконання підлягає лише обмеженням, які встановлено законом і які є необхідними для охорони суспільної безпеки, порядку, здоров'я і моралі, так само як і основних прав та свобод інших осіб.

(…)

Стаття 20

(…)

2. Будь-який виступ на користь національної, расової чи релігійної ненависті, що являє собою підбурювання до дискримінації, ворожнечі або насильства, повинен бути заборонений законом.

(…)

Стаття 25

Кожний громадянин повинен мати без будь-якої дискримінації, згаданої в статті 2, і без необґрунтованих обмежень право і можливість:

a) брати участь у веденні державних справ як безпосередньо, так і за посередництвом вільно обраних представників;

b) голосувати і бути обраним на справжніх періодичних виборах, які проводяться на основі загального і рівного виборчого права при таємному голосуванні і забезпечують свободу волевиявлення виборців;

c) допускатися в своїй країні на загальних умовах рівності до державної служби.

Стаття 26

Всі люди є рівними перед законом і мають право без будь-якої дискримінації на рівний захист закону.

В цьому відношенні всякого роду дискримінація повинна бути заборонена законом, і закон повинен гарантувати всім особам рівний і ефективний захист проти дискримінації за будь-якою ознакою, як-от: раса, колір шкіри, стать, мова, релігія, політичні чи інші переконання, національне чи соціальне походження, майновий стан, народження чи інші обставини.

Стаття 27

У тих країнах, де існують етнічні, релігійні та мовні меншості, особам, які належать до таких меншостей, не може бути відмовлено в праві разом з іншими членами тієї ж групи користуватися своєю культурою, сповідувати свою релігію і виконувати її обряди, а також користуватися рідною мовою». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. (ООН, від 16.12.1966) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

161.1.3. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №11 – Стаття 20»

(ООН, 1983 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«2. В статье 20 Пакта говорится, что всякая пропаганда войны и всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию, должны быть запрещены законом. По мнению Комитета, подобные запрещения полностью соответствуют праву на свободное выражение своего мнения, изложенному в статье 19, пользование которым налагает особые обязанности и особую ответственность. Запрещение, упоминающееся в пункте 1, распространяется на все виды пропаганды, осуществляемой с целью угрозы или акта агрессии или нарушения мира вопреки Уставу Организации Объединенных Наций, в то время как пункт 2 направлен против всякого выступления в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющего собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию, независимо от того, носит ли такая пропаганда или такое выступление внутренний или внешний характер в отношении соответствующего государства. Положения пункта 1 статьи 20 не запрещают поддержку суверенного права на самооборону или права народов на самоопределение или независимость в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций. Для того чтобы положения статьи 20 приобрели силу, должен существовать закон, в котором недвусмысленно указывалось бы, что подобные пропаганда и выступления противоречат государственной политике, и в котором предусматривались бы необходимые санкции в случае нарушения». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №11 – Стаття 20». (Дев'ятнадцята сесія (1983 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

161.1.4. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №15 – Положення іноземців відповідно до Пакту»

(ООН, 1986 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«1. В докладах государств участников зачастую не учитывается то, что каждое государство участник должно обеспечить права, предусматриваемые в Пакте, «всем находящимся в пределах

его территории и под его юрисдикцией лицам» (статья 2 (1)). В целом права, зафиксированные в Пакте, распространяются на всех лиц, независимо от принципа взаимности, от их гражданства или отсутствия такового.

2. Таким образом, общее правило заключается в том, чтобы каждое из прав, установленных в Пакте, должно быть гарантировано без дискриминации между гражданами и иностранцами. На иностранцев распространяется общее требование недискриминации в отношении прав, гарантированных в Пакте, согласно положениям статьи 2. Эта гарантия распространяется как на граждан, так и на иностранцев. В исключительных случаях некоторые права, признаваемые в Пакте, применимы, как на это прямо указывается, либо только к гражданам государства участника (статья 25), либо только к иностранцам (статья 13)». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 15 – Положення іноземців відповідно до Пакту». (Двадцять сьома сесія – 1986 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

161.1.5. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 18 – недискримінація»

(ООН, 1989 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«2. (…) в соответствии с пунктом 2 статьи 20 государства участники обязаны запрещать в законодательном порядке всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации.

(…)

7. (…) Комитет считает, что выражение «дискриминация», как оно используется в Пакте, следует понимать как означающее любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, которое основано на признаках расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства и которое имеет целью или следствием уничтожение или умаление признания, использования или осуществления всеми лицами, на равных началах, всех прав и свобод.

8. Пользование правами и свободами на равных началах, однако, вовсе не означает одинакового обращения в любом случае. В этой связи положения Пакта являются четкими. Так, например, пункт 5 статьи 6 запрещает вынесение смертных приговоров лицам моложе 18 лет. Тот же пункт запрещает приведение в исполнение такого приговора в отношении беременных женщин. Аналогичным образом, пункт 3 статьи 10 предусматривает отделение несовершеннолетних правонарушителей от совершеннолетних. Кроме того, статья 25 гарантирует определенные политические права, проводя различие на основе гражданства и возраста.

(…)

11. Как в пункте 1 статьи 2, так и в статье 26 перечисляются признаки, по которым может проводиться дискриминация, как то: раса, цвет кожи, пол, язык, религия, политические или иные убеждения, национальное или социальное происхождение, имущественное положение, рождение или иное обстоятельство. (…)

12. (…) применение принципа недискриминации, содержащегося в статье 26, не ограничивается теми правами, которые предусмотрены в Пакте

13. В заключение Комитет отмечает, что не всякое различие в обращении представляет собой дискриминацию при условии, что критерии такого различия являются разумными и объективными, а задача состоит в том, чтобы достичь цель, которая допускается по Пакту». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 18 – недискримінація». (Тридцять сьома сесія – 1989 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

161.1.6. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 22 (стаття 18)»

(ООН, від 20.07.1993)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«2. Статья 18 защищает теистические, нетеистические и атеистические убеждения, а также право не исповедовать никакой религии или убеждений. Понятия «убеждения» и «религия» сле-

дует толковать широко. Применение положении статьи 18 не ограничивается традиционными религиями или религиями и убеждениями, которые по своим организационным формам или практике аналогичны традиционным религиям. В связи с этим Комитет беспокоит любая тенденция к дискриминации любых религий или вероисповеданий на любых основаниях, в том числе потому, что они являются вновь созданными или что их исповедуют религиозные меньшинства, к которым может враждебно относиться преобладающая религиозная община.

(…)

5. Комитет отмечает, что свобода «иметь или принимать» религию или убеждения обязательно предполагает свободу выбирать религию или убеждения, включая, в частности, право менять свою религию или убеждения или придерживаться атеистических воззрений, а также право продолжать исповедовать свою религию или убеждения. В пункте 2 статьи 18 запрещается принуждение, умаляющее право иметь или принимать религию или убеждения, включая применение или угрозу применения физической силы или уголовных санкций с целью заставить верующих или неверующих придерживаться своих религиозных убеждений или воззрений, отказаться от своей религии или убеждений или поменять их на другие. Преследующие эти же цели политика или практика, ограничивающие доступ к образованию, медицинскому обслуживанию, трудоустройству или правам, гарантированным в статье 25 и других положениях Пакта, также являются несовместимыми с пунктом 2 статьи 18. Такая же защита гарантирована тем, кто придерживается любых нерелигиозных убеждений.

(…)

7. В соответствии со статей 20 никакое исповедование религии или убеждений не должно превращаться в пропаганду войны или выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию. (…)

9. Тот факт, что та или иная религия признана в качестве государственной или что она провозглашена в качестве официальной или традиционной, или что ее приверженцы составляют большинство населения, не должен ни наносить ущерб осуществлению любого из прав, закрепленных в Пакте, включая статьи 18 и 27, ни вести к дискриминации в отношении приверженцев других религий или лиц, не исповедующих никакой религии. В частности, некоторые меры, являющиеся дискриминационными по отношению к последним, такие, как ограничение круга лиц, имеющих доступ к государственной службе, приверженцами доминирующей религии, или предоставление им экономических привилегий, или установление специальных ограничений на исповедование других убеждений, противоречат положениям, запрещающим дискриминацию на основании религии или убеждений, и гарантии равной защиты, предусмотренной в статье 26. Важной гарантией от нарушения свобод религиозных меньшинств и других религиозных групп, предусмотренных статьями 18 и 27, а также от актов насилия или преследования в отношении этих групп являются меры, о которых говорится в пункте 2 статьи 20 Пакта. (…)

10. Если в уставах, положениях, заявлениях правящих партии и т.д. или в реальной жизни тот или иной набор убеждений рассматривается в качестве официальной идеологии, это не может вести ни к нанесению какого-либо ущерба свободам, провозглашённым в статье 18, или другим правам, признанным в Пакте, ни к дискриминации в отношении лиц, не принимающих официальную идеологию или выступающих против нее». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 22 (стаття 18)». (ООН, від 20.07.1993). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

161.1.7. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 23 (стаття 27)» *(ООН, 1994)*

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«5.2 Статья 27 представляет права лицам, принадлежащим к меньшинствам, которые «существуют» на территории государства-участника. Учитывая содержание и объем прав, предусмотренных в этой статье, нет смысла определять, какая степень постоянного пребывания подразумевается под словом «существуют». Эти права сводятся к тому, что лицам, принадлежащим

к таким меньшинствам, не должно быть отказано в праве совместно с другими членами той же группы пользоваться своей культурой, исповедовать свою религию и говорить на своем языке. Эти лица могут не являться не только подданными или гражданами, но и постоянными резидентами данной страны. Так, трудящимся-мигрантам и даже приезжим, находящимся на территории государства-участника и принадлежащим к таким меньшинствам, не может быть отказано в осуществлении этих прав. Как и все другие лица, находящиеся на территории государства-участника, они будут в связи с этим обладать общими правами, например правом на свободу ассоциации и выражения своего мнения. Существование этнических, религиозных или языковых меньшинств на территории данного государства-участника не зависит от решения этого государства-участника, а должно устанавливаться на основе объективных критериев». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 23 (стаття 27)» (1994 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

161.1.8. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 28 – Стаття 3 (рівноправність чоловіків і жінок)»

(ООН, 2000)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«24. (…) Следует отметить, что равенство обращения в отношении права на вступление в брак подразумевает, что полигамия несовместима с этим принципом. Полигамия оскорбляет достоинство женщин. Она является недопустимой дискриминацией в отношении женщин.

(…)

29. (…) Эффективные меры, принимаемые государствами-участниками для обеспечения того, чтобы все лица, имеющие право голоса, были в состоянии реализовать это свое право, не должны быть дискриминационными по признаку пола».

[Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 28 – Стаття 3 (рівноправність чоловіків і жінок)». (Шістдесят восьма сесія – 2000 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

161.1.9. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 32 – Стаття 14 (Рівність перед судами і трибуналами і право кожного на справедливий судовий розгляд)»

(Дев'яноста сесія – 2007 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«9. Статья 14 охватывает право доступа в суды при рассмотрении любого уголовного обвинения и при определении прав и обязанностей в каком-либо гражданском процессе. Доступ к отправлению правосудия должен действенным образом гарантироваться во всех таких случаях в целях обеспечения того, чтобы никакое лицо не было с процессуальной точки зрения лишено своего права требовать правосудия.

Право на обращение в суды и трибуналы и на равенство перед ними принадлежит не только гражданам государств-участников, но должно быть также предоставлено всем лицам независимо от гражданства или их статуса апатридов или любого другого их статуса, будь то просители убежища, беженцы, трудящиеся-мигранты, несопровождаемые дети или другие лица, которые могут оказаться на территории или под юрисдикцией государства-участника. Ситуация, в условиях которой попытки лица добиться доступа в компетентные суды или трибуналы систематически сводятся на нет де юре или де-факто, противоречит гарантии, предусмотренной в первом предложении пункта 1 статьи 14. Эта гарантия запрещает также любые различия в отношении доступа к судам и трибуналам, не основанные на законе и не могущие быть оправданными по объективным и разумным основаниям. Данная гарантия оказывается нарушенной, если каким либо лицам препятствуют в предъявлении иска любым другим лицам, исходя из таких признаков, как раса, цвет кожи, пол, язык, вероисповедание, политические или иные убеждения, национальное или социальное происхождение, имущественное положение, рождение, или иных оснований.

(…)

65. Процессуальные нормы или их применение, допускающие различия, основанные на любых критериях, перечисленных в пункте 1 статьи 2 или в статье 26, или несоблюдение равенства прав

мужчин и женщин, предусмотренного в статье 3, в использовании гарантий, сформулированных в статье 14 Пакта, не только являются нарушением содержащегося в пункте 1 этого положения требования о том, что «все лица равны перед судами и трибуналами», но также могут составить дискриминацию». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 32 – Стаття 14 (Рівність перед судами і трибуналами і право кожного на справедливий судовий розгляд)» (Дев'яноста сесія – 2007 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

161.1.10. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права
(ООН, від 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)
Стаття 2
(…)
2. Держави, які беруть участь у цьому Пакті, зобов'язуються гарантувати, що права, проголошені в цьому Пакті, здійснюватимуться без будь-якої дискримінації щодо раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану, народження чи іншої обставини.
(…)
Стаття 3
Держави, які беруть участь у цьому Пакті, зобов'язуються забезпечити рівне для чоловіків і жінок право користування всіма економічними, соціальними і культурними правами, передбаченими в цьому Пакті». [Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_042]

161.1.11. Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації
(ООН, від 21.12.1965)
(див. Указ Президії ВР УРСР від 14.03.89)
*«**Стаття 1***
(1) У цій Конвенції вислів «расова дискримінація» означає будь-яке розрізнення, виняток, обмеження чи перевагу, основані на ознаках раси, кольору шкіри, родового, національного чи етнічного походження, метою або наслідком яких є знищення або применшення визнання, використання чи здійснення на рівних засадах прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній чи будь-яких інших галузях суспільного життя.
(…)
Стаття 4
Держави-учасниці осуджують всяку пропаганду і всі організації, які ґрунтуються на ідеях або теоріях переваги однієї раси чи групи осіб певного кольору шкіри або етнічного походження або намагаються виправдати, або заохочують расову ненависть і дискримінацію в будь-якій формі, і зобов'язуються вжити негайних і позитивних заходів, спрямованих на викоренення всякого підбурювання до такої дискримінації чи актів дискримінації, і з цією метою вони відповідно до принципів, поданих у Загальній декларації прав людини, і прав, ясно викладених у Статті 5 цієї Конвенції, серед іншого:
a) оголошують злочином, що карається за законом, всяке поширення ідей, основаних на расовій перевазі або ненависті, всяке підбурювання до расової дискримінації, а також усі акти насильства або підбурювання до таких актів, спрямованих проти будь-якої раси чи групи осіб іншого кольору шкіри або етнічного походження, а також подання будь-якої допомоги для проведення расистської діяльності, включаючи її фінансування;
b) оголошують протизаконними і забороняють організації, а також організовану і всяку іншу пропагандистську діяльність, які заохочують расову дискримінацію та підбурюють до неї, і визнають участь у таких організаціях чи в такій діяльності злочином, що карається законом;
c) не дозволяють національним чи місцевим органам державної влади або державним установам заохочувати расову дискримінацію чи підбурювати до неї.

Стаття 5

Відповідно до основних зобов'язань, викладених у Статті 2 цієї Конвенції, Держави-учасниці зобов'язуються заборонити і ліквідувати расову дискримінацію в усіх її формах і забезпечити рівноправність кожної людини перед законом, без розрізнення раси, кольору шкіри, національного або етнічного походження, особливо щодо здійснення таких прав:

a) права на рівність перед судом і всіма іншими органами, що здійснюють правосуддя;

b) права на особисту безпеку і захист з боку держави від насильства або тілесних ушкоджень, заподіюваних як урядовими службовими особами, так і будь-якими окремими особами, групами чи установами;

c) політичних прав, зокрема права брати участь у виборах – голосувати і виставляти свою кандидатуру – на основі загального і рівного виборчого права, права брати участь в управлінні країною, так само як і в керівництві державними справами на будь-якому рівні, а також права рівного доступу до державної служби;

d) інших громадянських прав, зокрема:

(i) права на свободу пересування і проживання в межах держави;

(ii) права залишати будь-яку країну, включаючи свою власну, і повертатися в свою країну;

(iii) права на громадянство;

(iv) права на одруження і на обрання подружжя;

(v) права на володіння майном як одноосібно, так і спільно з іншими;

(vi) права спадкоємства;

(vii) права на свободу думки, совісті і релігії;

(viii) права на свободу переконань і на вільне вираження їх;

(ix) права на свободу мирних зборів та асоціацій;

e) прав в економічній, соціальній і культурній галузях, зокрема:

(i) права на працю, вільний вибір роботи, справедливі і сприятливі умови праці, захист від безробіття, рівну плату за рівну працю, справедливу і задовільну винагороду;

(ii) права створювати професійні спілки і вступати до них;

(iii) права на житло;

(iv) права на охорону здоров'я, медичну допомогу, соціальне забезпечення і соціальне обслуговування;

(v) права на освіту і професійну підготовку;

(vi) права на рівну участь у культурному житті;

f) права на доступ до всякого місця або всякого виду обслуговування, призначеного для громадського користування, як, наприклад, транспорт, готелі, ресторани, кафе, театри і парки».

[Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації. (ООН, від 21.12.1965). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_105]

161.1.12. Рамкова конвенція про захист національних меншин

(Рада Європи, від 01.02.1995)

(ратифіковано Законом від 09.12.97)

«Стаття 4

1. Сторони зобов'язуються гарантувати особам, які належать до національних меншин, право рівності перед законом та право на рівний правовий захист. У цьому зв'язку будь-яка дискримінація на підставі приналежності до національної меншини забороняється.

2. Сторони зобов'язуються вжити, у разі необхідності, належних заходів з метою досягнення у всіх сферах економічного, соціального, політичного та культурного життя повної та справжньої рівності між особами, які належать до національної меншини, та особами, які належать до більшості населення. У цьому зв'язку, вони належним чином враховують конкретне становище осіб, які належать до національних меншин.

3. Заходи, вжиті відповідно до пункту 2, не розглядаються як акт дискримінації.

(…)

Стаття 6

1. Сторони заохочують атмосферу терпимості та міжкультурного діалогу і вживають ефективних заходів для поглиблення взаємної поваги, взаєморозуміння та співробітництва між усіма особами, що проживають в межах їхньої території, незалежно від їхньої етнічної, культурної, мовної або релігійної самобутності, зокрема в галузях освіти, культури та засобів масової інформації.

2. Сторони зобов'язуються вживати належних заходів для захисту осіб, які можуть стати об'єктами погроз або актів дискримінації, ворожого ставлення чи насильства на підставі їхньої етнічної, культурної, мовної або релігійної самобутності.

(…)

Стаття 9

1. (…) Сторони забезпечують, в рамках своїх правових систем, щоб особи, які належать до національної меншини, не дискримінувалися у їхньому доступі до засобів масової інформації.

[Рамкова конвенція про захист національних меншин (Рада Європи, від 01.02.1995). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_055]

161.1.13. Конвенція про права дитини

(ООН, від 20.11.1989)

(ратифіковано Постановою ВР № 789-XII від 27.02.91)

«Стаття 1

Для цілей цієї Конвенції дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше.

(…)

Стаття 30

У таких державах, де існують етнічні, релігійні або мовні меншості чи особи з числа корінного населення, дитині, яка належить до таких меншостей чи корінного населення, не може бути відмовлено в праві спільно з іншими членами її групи користуватися своєю культурою, сповідати свою релігію і виконувати її обряди, а також користуватися рідною мовою». [Конвенція про права дитини. (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_021]

161.1.14. Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи

(Рада Європи, від 28.01.2003)

(ратифіковано Законом від 21.07.2006)

«Стаття 2. Визначення

1. Для цілей цього Протоколу:

«расистський та ксенофобний матеріал» означає будь-який письмовий матеріал, будь-яке зображення чи будь-яке інше представлення ідей або теорій, які захищають, сприяють або підбурюють до ненависті, дискримінації чи насильства проти будь-якої особи або групи осіб за ознаками раси, кольору шкіри, національного або етнічного походження, а також віросповідання, якщо вони використовуються як привід для будь-якої з цих дій.

(…)

Стаття 3. Поширення расистського та ксенофобного матеріалу через комп'ютерні системи

1. Кожна Сторона вживає таких законодавчих й інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання у її національному законодавстві злочинами, у разі умисного вчинення без права на це, таких дій:

розповсюдження або іншим чином надання громадськості доступу через комп'ютерні системи до расистського та ксенофобного матеріалу.

(…)

Стаття 4. Погроза з расистських та ксенофобних мотивів

Кожна Сторона вживає таких законодавчих й інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання у її національному законодавстві злочинами, у разі умисного вчинення без права на це, таких дій:

погроза, зроблена через комп'ютерну систему, вчинення тяжкого злочину, визначеного в її національному законодавстві, проти (i) осіб з причини їх належності до групи, яка відрізняється за ознаками раси, кольору шкіри, національним або етнічним походженням, а також віросповіданням, якщо вони використовуються як привід для будь-якої з цих дій; або (ii) групи осіб, яка відрізняється за будь-якою з цих характеристик.

Стаття 5. Образа з расистських та ксенофобних мотивів

1. Кожна Сторона вживає таких законодавчих й інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання у її національному законодавстві злочинами, у разі умисного вчинення без права на це, таких дій:

публічна образа через комп'ютерну систему (i) осіб з причини їх належності до групи, яка відрізняється за ознаками раси, кольору шкіри, національним або етнічним походженням, а також віросповіданням, якщо вони використовуються як привід для будь-якої з цих дій; або (ii) групи осіб, яка відрізняється за будь-якою з цих характеристик.

2. Сторона може:

a) вимагати, щоб визначення злочину, яке наводиться в пункті 1 цієї статті, застосовувалося, якщо особа чи група осіб, про яких йдеться в пункті 1, були піддані ненависті, презирству чи глузуванню; або

b) залишити за собою право не застосовувати, повністю або частково, пункт 1 цієї статті.

Стаття 6. Заперечення, значна мінімізація, схвалення або виправдання геноциду чи злочинів проти людства

1. Кожна Сторона вживає таких законодавчих й інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання таких дій кримінальними правопорушеннями у її національному законодавстві, у разі умисного вчинення без права на це:

розповсюдження або іншим чином надання громадськості доступу через комп'ютерні системи до матеріалу, який заперечує, значно мінімізує, схвалює або виправдовує дії, які є геноцидом або злочинами проти людства, як це визначено в міжнародному праві і як це визнано заключними та обов'язковими рішеннями Міжнародного військового трибуналу, заснованого згідно з Лондонською угодою від 8 серпня 1945 року, або будь-якого іншого міжнародного суду, заснованого відповідними міжнародними документами, юрисдикція якого визнана такою Стороною»[1]. *[Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи (Рада Європи, від 28.01.2003). http://zakon5.rada.gov.ua*/laws/show/994_687*]*

161.1.15. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«Стаття 14. Заборона дискримінації

Користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою.

(…)

[1] «Україна заявляє, що відповідно до підпункту «a» пункту 2 статті 6 Додаткового протоколу вона вимагатиме, щоб заперечення чи значна мінімізація, про які йдеться в пункті 1 цієї статті, були вчинені з наміром підбурити до ненависті, дискримінації чи насильства проти будь-якої особи чи групи осіб на підставі ознак раси, кольору шкіри, національного чи етнічного походження, а також віросповідання, якщо вони використовуються як привід для будь-якої з цих дій». Закон від 21.07.2006 р. № 23-V «Про ратифікацію Додаткового протоколу до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи».

Стаття 16. Обмеження політичної діяльності іноземців

Жодне з положень статей 10, 11 і 14 не може розглядатись як таке, що забороняє Високим Договірним Сторонам встановлювати обмеження на політичну діяльність іноземців». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

161.1.16. Протокол №12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ETS №177)

(Рада Європи, від 04.11.2000)

(ратифіковано Законом від 09.02.2006)

«***Стаття 1. Загальна заборона дискримінації***

1. Здійснення будь-якого передбаченого законом права забезпечується без дискримінації за будь-якою ознакою, наприклад за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національної меншини, майнового стану, народження або за іншою ознакою.

2. Ніхто не може бути дискримінований будь-яким органом державної влади за будь-якою ознакою, наприклад за тими, які зазначено в пункті 1». [Протокол N 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ETS N 177). (Рада Європи, від 04.11.2000). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_537]

161.1.17. Конвенція про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти

(ООН, від 14.12.1960)

(набрання чинності 22.05.1962)

«***Статья 1***

1. В настоящей Конвенции выражение «дискриминация» охватывает всякое различие, исключение, ограничение или предпочтение по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, экономического положения или рождения, которое имеет целью или следствием уничтожение или нарушение равенства отношения в области образования, и, в частности:

a. Закрытие для какого-либо лица или группы лиц доступа к образованию любой ступени или типа;

b. Ограничение образования для какого-либо лица или группы лиц низшим уровнем образования;

c. Создание или сохранение раздельных систем образования или учебных заведений для каких-либо лиц или группы лиц, помимо случаев, предусмотренных положением статьи 2 настоящей Конвенции; или

d. Положение, несовместимое с достоинством человека, в которое ставится какое-либо лицо или группа лиц.

2. В настоящей Конвенции слово «образование» относится ко всем типам и ступеням образования и включает доступ к образованию, уровень и качество обучения, а также условия, в которых оно ведется.

(…)

Статья 3

(…)

e. Предоставлять иностранным гражданам, проживающим на их территории, такой же доступ к образованию, что и своим гражданам.

Статья 3

(…)

d. Обеспечить без дискриминации подготовку к преподавательской профессии.

(…)

Статья 9

Никакие оговорки к настоящей Конвенции не допускаются». [Конвенція про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти. (ООН, від 14.12.1960). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_174]

161.1.18. Конвенція про дискримінацію в галузі праці та занять № 111

(Міжнародна організація праці, від 25.06.1958)

«***Стаття 1***

1. Відповідно до мети цієї Конвенції термін «дискримінація» охоплює:

а) будь-яке розрізнення, недопущення або перевагу, що робиться за ознакою раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних переконань, іноземного походження або соціального походження і призводить до знищення або порушення рівності можливостей чи поводження в галузі праці та занять;

b) будь-яке інше розрізнення, недопущення або перевагу, що призводить до знищення або порушення рівності можливостей чи поводження в галузі праці та занять і визначається відповідним членом Організації після консультації з представницькими організаціями роботодавців і працівників, де такі є, та з іншими відповідними органами.

2. Будь-яке розрізнення, недопущення або перевага відносно певної роботи, що ґрунтується на її специфічних вимогах, дискримінацією не вважається.

3. Відповідно до мети цієї Конвенції терміни «праця» й «заняття» охоплюють доступ до професійного навчання, доступ до праці та різних занять, а також оплату й умови праці». [Конвенція про дискримінацію в галузі праці та занять № 111. (Міжнародна організація праці, від 25.06.1958) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_161]

161.1.19. Європейська конвенція про громадянство

(Рада Європи, від 06.11.1997)

(ратифіковано Законом від 20.09.2006)

«***Стаття 5. Заборона дискримінації***

1. Правила держави-учасниці, які стосуються громадянства, не повинні містити розрізнень або допускати практику, що призводять до дискримінації за ознакою статі, релігії, раси, кольору шкіри, національного чи етнічного походження.

2. Кожна держава-учасниця керується принципом заборони дискримінації своїх громадян незалежно від того, чи вони є громадянами за народженням, чи набули свого громадянства пізніше». [Європейська конвенція про громадянство. (Рада Європи, від 06.11.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_004]

161.1.20. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок

(ООН, від 18.12.1979)

(ратифіковано 12.03.1981)

*«**Стаття 1***

Для цілей цієї Конвенції поняття «дискримінація щодо жінок» означає будь-яке розрізнення, виняток або обмеження за ознакою статі, спрямовані на ослаблення чи зведення нанівець визнання, користування або здійснення жінками, незалежно від їхнього сімейного стану, на основі рівноправності чоловіків і жінок, прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній, громадській або будь-якій іншій галузі.

(…)

Стаття 4

1. Вжиття державами-сторонами тимчасових спеціальних заходів, спрямованих на прискорення встановлення фактичної рівності між чоловіками та жінками, не вважається, як це визначено цією Конвенцією, дискримінаційним, проте воно ні в якому разі не повинно тягнути за собою збереження нерівноправних або диференційованих стандартів; ці заходи повинні бути скасовані, коли будуть досягнуті цілі рівних можливостей і рівноправних відносин.

2. Вжиття державами – сторонами спеціальних заходів, спрямованих на охорону материнства, включаючи заходи, що містяться в цій Конвенції, не вважається дискримінаційним». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок. (ООН, від 18.12.1979). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_207]

161.1.21. Конвенція МОП N 158 про припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця 1982 року

(Міжнародна організація праці, від 22.06.1982)

(ратифіковано Постановою ВР № 3933-XII від 04.02.94)

«***Стаття 4***

Трудові відносини з працівниками не припиняються, якщо тільки немає законних підстав для такого припинення, пов'язаного із здібностями чи поведінкою працівника або викликаного виробничою потребою підприємства, установи чи служби.

Стаття 5

Не є, зокрема, законною підставою для припинення трудових відноси такі причини:

(…)

d) раса, колір шкіри, стать, сімейний стан, сімейні обов'язки, вагітність, віросповідання, політичні погляди, національність або соціальне походження». [Конвенція МОП N 158 про припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця 1982 року. (Міжнародна організація праці, від 22.06.1982). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_005]

161.1.22. Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину

(Рада Європи, від 04.04.1997)

(підписано від України 22.03.2002)

*«**Стаття 11. Заборона дискримінації***

Будь-яка форма дискримінації особи за ознакою її генетичної спадковості забороняється.

(…)

Стаття 26. Обмеження на здійснення прав

1. Здійснення прав і положень про захист, що містяться у цій Конвенції, не підлягає жодним обмеженням, за винятком тих, які встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах громадської безпеки, з метою запобігання злочинам, для захисту здоров'я населення чи з метою захисту прав і свобод інших людей.

2. Передбачені у попередньому пункті обмеження не можуть застосовуватися до статей 11, 13, 14, 16, 17, 19, 20 і 21». [Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину. (Рада Європи, від 04.04.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_334]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо заборони дискримінацію

161.2.1. Справа «Khamtokhu and Aksenchik v. Russia»

«61. Стаття 14 Конвенції забороняє не будь-які відмінності у поводженні, а лише ті, що ґрунтуються на ідентифікованій, об'єктивній чи особистій характеристиці або «статусі», за яким окремі особи або групи відрізняються одна від іншої. У статті перераховані конкретні підстави, які становлять «статус», включаючи, зокрема, стать, расу, майновий стан. Однак перелік, викладений у статті 14, є ілюстративним та не вичерпним, як показано словами «за будь-якою ознакою» (у французькому «nonamment») та включення в перелік фразу «будь-який інший статус» (французькою «toute autre» – ситуація). Слова «або за іншою ознакою», отримують, як правило, широке тлумачення, і їх інтерпретація не обмежується характеристиками, які є особистими в тому сенсі, що вони є природними або невід'ємними.

(…)

65. Що стосується тягаря доказів стосовно статті 14 Конвенції, то Суд визнав, що після того, як заявник продемонстрував різницю в ставленні, уряд повинен показати, що це є обґрунтованим». [Khamtokhu and Aksenchik v. Russia (60367/08 and 961/11). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–170663] (Неофіційний авторський переклад).

161.2.2. Справа «Spadea and Scalabrino v. Italy»

«45. Суд наголошує насамперед, що згідно з його прецедентною практикою, стаття 14 Конвенції буде порушена, якщо без об'єктивного та обґрунтованого оправдання особи, які мають відповідні подібні ситуації, розглядаються по-різному. Для того щоб претензія про порушення цієї статті (стаття 14) була успішною, слід, зокрема, встановити, що ситуацію із передбачуваною жертвою можна вважати подібною до ситуації з людьми, до яких ставлення було кращим». [Spadea and Scalabrino v. Italy (12868/87). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57937] (Неофіційний авторський переклад).

161.2.3. Справа «Пічкур проти України»

«39. (…) стаття 14 Конвенції доповнює інші основні положення Конвенції та протоколів до неї. Вона не існує незалежно, оскільки застосовується лише щодо «користування правами та свободами», що гарантуються цими основними положеннями (…) Застосування статті 14 Конвенції необов'язково означає порушення одного з матеріальних прав, гарантованих Конвенцією. Необхідно, але й також достатньо, щоб обставини справи входили «до сфери застосування» однієї або більше статей Конвенції (…).

40. Таким чином, заборона дискримінації за статтею 14 Конвенції поширюється за межі використання прав та свобод, гарантування яких кожною державою вимагається Конвенцією та протоколами до неї. Вона також застосовується до тих додаткових прав, що входять до загальної сфери застосування будь-якої статті Конвенції, які держави добровільно вирішили гарантувати.

(…)

49. Відмінність у ставленні є дискримінаційною, якщо вона не має об'єктивного та розумного обґрунтування, іншими словами, якщо вона не переслідує легітимну ціль або якщо немає розумного співвідношення між застосованими засобами та переслідуваною ціллю. Договірна держава користується свободою розсуду при визначенні того, чи та якою мірою відмінності в інших схожих ситуаціях виправдовують різне ставлення». [Пічкур проти України (10441/06). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_984]

161.2.4. Справа «Федорченко та Лозенко проти України»

«65. Зокрема, під час розслідування насильницьких злочинів державні органи мають додатковий обов'язок вжити всіх розумних заходів для того, щоб викрити расистський мотив і встановити, чи відігравали будь-яку роль у події національні ворожнеча або упередження. Його невиконання та однакове ставлення до випадків насильства та жорстокості, що мають расистське підґрунтя, і до подібних випадків, що такого підґрунтя не мають, означає потурання специфічному характеру вчинків, які є особливо руйнівними для основоположних прав. Неспроможність провести розмежування між способами розв'язання ситуацій, що суттєво відрізняються одна від одної, може становити неправомірне поводження, що є несумісним з вимогами статті 14 Конвенції». [Федорченко та Лозенко проти України (387/03). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_933]

161.2.5. Справа «Шенехен проти Сполученого Королівства»

«129. У випадку, коли загальна політика чи захід завдають неспівмірної шкоди конкретній групі людей, не виключено, що це може розглядатись як дискримінація, попри те, що ця політика чи захід не спрямовані конкретно на цю групу (…)». [Шенехен проти Сполученого Королівства». (37715/97). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_021)

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками

161.3.1. Справа «M'bala M'bala v. France»

Фактичні обставини:

В грудні 2008 року заявник, відомий комік, запросив на сцену під час виступу особу, яка була засуджена кілька разів у Франції за заперечення існування газових камер у німецьких концентраційних таборах. Ця особа отримала від актора, одягненого в «пальто світла», а саме піжама зі

смужками та з жовтої зіркою зі словом «єврей», приз – лампу, що представляє єврейський релігійній Семисвічник.

У жовтні 2009 року обласний суд визнав заявника винним у публічній образі щодо особи або групи осіб з причини їх походження або належність чи неналежність до певної етнічної групи, нації, раси чи релігії, в даному випадку, людей єврейського походження чи єврейської релігії. Він наклав штраф у розмірі 10 000 євро. Рішення було підтверджено апеляцією.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«39. Суд вважає, що під час проведення сатиричне шоу набуло характеру мітингу та більше не мало форми розваги. Заявник не може вимагати, за певних обставин та з урахуванням всього контексту, що він виступав як художник, який має право висловлювати себе за допомогою сатири, гумору та провокації. (…) Суд вважає, що це демонстрація ненависті та антисемітизму, що підтримує заперечення Голокосту. Він не може погодитися з тим, що вираження ідеології, що суперечить основним цінностям Конвенції, вираженим у її преамбулі, а саме справедливість і мир, може бути зведене до розваги, сатиричної чи провокаційної, яка б мала захист відповідно до статті 10 Конвенції.

40. Крім того, Суд підкреслює, що, хоча в статті 17 Конвенції в принципі завжди застосовуються чіткі та прямі зауваження, які не потребують будь-якого тлумачення, він переконаний, що явний прояв ненависної та антисемітської позиції, замаскований як художній твір, настільки ж небезпечний, як і відкритий та гострий вияв ненависті. Таким чином, такі дії не користуються захистом відповідно до статті 10 Конвенції.

41. Відповідно, оскільки діяння як за своїм змістом, так і загальним звучанням, а значить і з їхньою метою, мали виражений негативістський та антисемітський характер, Суд вважає, що заявник намагався зловживати захистом статті 10 Конвенції, прагнучі використати своє право на свободу вираження поглядів для цілей, які суперечать тексту та духу Конвенції і які, якщо це буде виправдане, сприятимуть знищенню прав і свобод, гарантованих Конвенцією.

42. Таким чином, Суд вважає, що відповідно до статті 17 Конвенції заявник не може користуватися захистом статті 10. Із цього випливає, що заява має бути відхилена як несумісне ratione materiae з положеннями Конвенції відповідно до пунктів 3 (a) і 4 статті 35 Конвенції». [M'bala M'bala v. France (25239/13). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–160358]

161.3.2. Справа «Leyla Şahin v. Turkey»

Фактичні обставини:

Заявниця – Leyla Şahin, громадянка Туреччини, 1973 року народження. Вона походить з традиційної мусульманської сім'ї і вважає своїм релігійним обов'язком носити ісламську хустку. У час, про який ідеться у справі, вона навчалася на п'ятому курсі медичного факультету Стамбульського університету. 23 лютого 1998 року заступник ректора університету видав розпорядження, яке забороняло допускати до лекцій, курсів і консультацій студентів, що мали бороди, та студенток, які носили ісламські хустки. У березні 1998 року заявницю не допустили до письмового іспиту з дисципліни, яка входила у програму навчання, на тій підставі, що на ній була ісламська хустка. Згодом керівництво університету, посилаючись на ті самі підстави, відмовилося зарахувати її на певний курс і не допустило її до лекцій та письмового іспиту.

Заявниця, посилаючись на ст. 14 у поєднанні зі ст. 9 Конвенції, стверджувала, що заборона носити ісламську хустку змушувала студентів вибирати між освітою та релігією і становила дискримінацію між віруючими і невіруючими.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«115. Після розгляду подань сторін Велика палата не бачить вагомих підстав для відмови від підходу, прийнятого Палатою наступним чином:

«…Суд вважає, що при розгляді питання про ісламську хустку в турецькому контексті слід мати на увазі вплив такого символу, що сприймається як обов'язковий релігійний обов'язок, на тих, хто вважає за краще не носити його. Як вже зазначалося поставлені питання включають за-

хист «прав і свобод інших осіб» і «підтримання громадського порядку» в країні, в якій більшість населення, заявляючи про захист прав жінок і світський спосіб життя, дотримується ісламської віри. Отже, застосування обмежень свободи в цій сфері може розглядатися як невідкладна соціальна потреба, що має законні цілі, тим більше, що, як заявили турецькі суди цей релігійний символ в останні роки придбав політичне значення в Туреччині.

(…) Суд не випускає з уваги той факт, що в Туреччині існують екстремістські політичні рухи, які прагнуть нав'язати суспільству в цілому свою релігійну символіку і концепцію суспільства, заснованого на релігійних приписах (…). Раніше вказувалося, що кожна Договірна Держава може відповідно до положень Конвенції вживати заходів проти таких політичних рухів на основі свого історичного досвіду. Відповідні положення повинні розглядатися в цьому контексті і бути спрямовані на досягнення законних цілей, згаданих вище.

(…)

165. Що стосується скарги за статтею 14, в поєднанні зі статтею 9 Конвенції або першим реченням статті 2 Протоколу № 1, Суд відзначає, що заявниця не надала докладних відомостей в своїх заявах до Великої палати. Крім того, як вже зазначалося, положення про ісламські хустки не були спрямовані проти релігійної приналежності заявниці, але, крім усього іншого, переслідували законну мету захисту порядку і прав і свобод людини і були явно спрямовані на збереження світського характеру навчальних закладів. Отже, причини, за якими Суд прийшов до висновку про те, що не було порушення статті 9 Конвенції або статті 2 Протоколу № 1, стосуються скарги і за статтею 14 Конвенції.

166. Отже, Суд вважає, що не було порушень статей 8, 10 або 14 Конвенції». [Leyla Şahin v. Turkey (44774/98). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–70956]

161.3.3. Справа «I. v. the United Kingdom»

Фактичні обставини:

Заявниця – І., громадянка Великої Британії, 1955 року народження, після операції із зміни статі стала жінкою-транссексуалом. Пані І., яка раніше працювала стоматологічною медичною сестрою, було позбавлено права пройти курс навчання для медичних сестер, оскільки вона відмовилася пред'явити своє свідоцтво про народження. Із 1988 р. вона не працює і живе на пенсію, через непрацездатність з огляду на незадовільний стан здоров'я.

Заявниця скаржиться на порушення ст. 12 (право на шлюб) та ст. 14 (заборона дискримінації) Конвенції.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«56. Суд зазначає, що заявник, зареєстрований при народженні як чоловік, зробив операцію зміни статті і живе в суспільстві як жінка. Проте заявник залишається юридично чоловіком. Це впливає на життя заявника у випадках коли стать має юридичну значущість (…).

(…)

81. (…) право згідно зі статтею 8 на повагу до приватного життя не включає в себе всі питання, передбачені в статті 12 Конвенції. Тому Суд розглянув питання про те, чи є закріплення статі при реєстрації народження обмеженням, яке порушує саму суть права на вступ у шлюб в цьому випадку. У зв'язку з цим він вважає, що буде штучним стверджувати, що післяопераційні транссексуали не позбавлені права на вступ у шлюб, оскільки, відповідно до закону, вони як і раніше можуть одружитися на особі протилежної до своєї колишньої статі. Заявник в цьому випадку живе як жінка, знаходиться в стосунках з чоловіком і хоче одружитися тільки на чоловікові. У неї немає такої можливості.

(…)

84. Суд доходить висновку про те, що в цій справі мало місце порушення статті 12 Конвенції.

(…)

88. Суд вважає, що відсутність юридичного визнання зміни статі транссексуалом знаходиться в основі скарги заявника відповідно до статті 14 Конвенції. Ці питання були розглянуті відповідно до статті 8 і привели до виявлення порушення цього положення. За цих обставин Суд вважає,

що відповідно до статті 14 Конвенції не виникає окремого питання і не робить окремого висновку. [I. v. the United Kingdom (25680/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–60595]

161.3.4. Справа «Pla and Puncernau v. Andorra»

Фактичні обставини:

У 1939 році Carolina Pujol Oller, мати пана Pla Pujol, склала заповіт, яким залишала йому своє нерухоме майно. В одному з пунктів заповіту зазначено, що її син мав передати спадкоємне майно дитині чи онукові «від законного та церковноправового шлюбу». У разі незадоволення цих умов нерухоме майно мало перейти до дітей та онуків дочок пані Pujol Oller. Пан Pla Pujol одружився з пані Roser, і в 1969 році вони усиновили Antoni, взявши на себе всі батьківські обов'язки. У 1995 році пан Pla Pujol заповів успадковане ним майно синові Antoni, надавши пані Roser право на довічне володіння майном.

18 травня 2000 року Високий суд Андорри встановив, що Antoni як прийомний син не може вважатися «дитиною від законного та церковноправового шлюбу» і, отже, не може успадкувати майно пані Pujol Oller. Суд зажадав від заявників передати це майно правнучкам пані Pujol Oller, які вважаються її законними спадкоємцями. Це рішення було підтверджене Конституційним судом.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«61. Суд повторює, що відмінність є дискримінаційною для цілей статті 14 Конвенції, якщо вона не має об'єктивного і розумного виправдання, тобто якщо вона не переслідує законної мети або якщо немає «розумної пропорційності між використовуваними засобами і метою, яка повинна бути реалізована». У цій справі Суд не бачить ніякої законної мети, яку переслідує відповідне рішення, або будь-якого об'єктивного і розумного обґрунтування, на якому може ґрунтуватися відмінність. На думку Суду, якщо дитина усиновлена (крім того, відповідно до легальної процедури усиновлення), ця дитина знаходиться в тому ж юридичному становищі, що і біологічна дитина в усіх відношеннях: відносини пов'язані з його або її сім'єю, і наслідки, щодо майнових прав. Суд неодноразово заявляв, що необхідно висувати дуже вагомі причини для того, щоб відмінність у ставленні за ознакою позашлюбного статусу можна було вважати сумісною з Конвенцією.

Суд не встановив наявності тієї чи іншої легітимної мети або того чи іншого об'єктивного і розумного виправдання, на яке міг спиратися національний суд, встановлюючи відмінність у підходах до спадкоємців. На думку Суду, прийомний син мав такий самий, у всіх аспектах, правовий статус, що й біологічна дитина його батьків. Суд уже неодноразово зазначав, що відмінність у підходах до позашлюбних дітей може вважатися сумісною з вимогами Конвенції лише тоді, коли для цього існують дуже вагомі підстави.

63. Беручи до уваги вищесказане, Суд вважає, що мало місце порушення статті 14 Конвенції (заборона дискримінації), взятої в зв'язку зі статтею 8 Конвенції. [Pla and Puncernau v. Andorra (69498/01) (69498/01). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–61900]

161.3.5. Справа «Buscarini and Others v. San Marino»

Фактичні обставини:

18 червня 1993 року заявники, яких було обрано до парламенту Сан-Марино, склали присягу в письмовій формі без клятви на Біблії, як вимагається статтею 55 Закону про вибори. 26 липня 1993 року парламент розпорядився, щоб заявники іще раз склали присягу, цього разу на Біблії, інакше їх буде позбавлено місць у парламенті. Заявники оскаржили це розпорядження, хоча, між іншим, скаржилися і на те, що мало місце порушення їхнього права на свободу релігії та свободу.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«38. Суд вважає непотрібним у цій справі визначити, чи є цілі, згадані Урядом, законними за змістом другого абзацу статті 9 Конвенції, оскільки це обмеження в будь-якому випадку є несумісним з цим положенням в інших відносинах.

39. Суд зазначає, що на слуханні 10 грудня 1998 р. уряд прагнув продемонструвати, що Республіка Сан-Марино гарантує свободу релігії; на підтримку цього він послався на установчий Указ 1600 року,

Декларацію про права 1974 року, на те, що Республіка Сан-Марино ратифікувала Конвенцію і цілий ряд положень кримінального права, сімейного права, трудового законодавства і законодавства про освіту, які забороняють будь-яку дискримінацію за ознакою релігії. Не викликає сумнівів, що, загалом, сан-марійський закон гарантує свободу совісті та релігії. У даному випадку, однак, вимога, щоб заявники склали присягу на Біблії, дорівнює вимозі від двох обраних представників народу присягнути на вірність певній релігії, вимога, яка є несумісною зі статтею 9 Конвенції. Як справедливо зазначила у своїй доповіді Комісія, існує суперечність у тому, щоб вираження різних поглядів при здійсненні повноважень у парламенті залежало від попередньої відданості певному віруванню.

40. Таке обмеження, відповідно, не може вважатися «необхідним у демократичному суспільстві». (…)

41. У світлі вищесказаного було допущено порушення статті 9 Конвенції». [Buscarini and Others v. San Marino (24645/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58915]

161.3.6. Справа «Ларкос проти Кіпру»

Фактичні обставини:

Заявник скаржився, що його як мешканця, який проживає в урядовому будинку (умови такого проживання регулюються Законом про орендний контроль 1983 року) було дискриміновано – на відміну від приватного мешканця, який орендує житло у приватного власника, йому не було надано захисту від виселення в кінці строку оренди. Він стверджує, що було порушення статті 14 Конвенції.

Рішення ЄСПЛ:

«31. Суд зауважує, що держава-відповідач, посилаючись на свої обов'язки за Конституцією стосовно управління державним майном, намагалася виправдати відмінність у ставленні до орендарів, що наймають державну власність (таких, як заявник), та до приватних орендарів, які наймають житло у приватних власників.

Суд погоджується, що певні заходи, які мають наслідком неоднакове поводження з особами у схожій ситуації, можуть бути виправдані з огляду на публічний інтерес, але він вважає, що в цій справі Уряд не надав переконливого пояснення щодо того, яким чином виселення заявника слугуватиме загальним інтересам.

Уряд не вказав на жодний переважний інтерес, який би міг бути підставою для вилучення заявника з числа орендарів, яких захищає Закон про контроль за орендою 1983 року. Стосовно твердження Уряду, що здавання в оренду державних приміщень не пов'язане з отриманням прибутку і, отже, не може бути прирівняне до оренди майна приватних орендодавців, Суд хотів би зауважити таке: ніщо не заважає органам державної влади вимагати від своїх орендарів сплачувати орендну плату за ринковою ціною, хоч, як уже зазначалося, в цій справі не доведено, що орендну плату заявникові було встановлено за пільговим тарифом. Безумовно, держава передала майно в користування заявникові, діючи не в публічно-правовій якості та з урахуванням громадських інтересів, а як сторона приватно-правової угоди.

Суд підкреслює, що цей закон розроблено як засіб соціального захисту орендарів, які живуть у певних місцевостях Кіпру. Рішення не поширювати цей захист на орендарів, які наймають державне житло і проживають поруч із орендарями, що наймають житло у приватних орендодавців, потребує детального виправдання, тим більше що саму державу, коли вона наймає житло у приватних власників, цей закон захищає. Проте Уряд не навів будь-яких умотивованих та об'єктивних аргументів на виправдання неоднакового ставлення до орендарів, яке б відповідало вимогам статті 14 Конвенції – навіть з урахуванням свободи розсуду у сфері управління майном.

32. Відповідно, Суд дійшов висновку, що було порушення статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 8 Конвенції». [Ларкос проти Кіпру (29515/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–112969]

161.3.7. Справа «Chassagnou and Others v. France»

Фактичні обставини:

Справа стосувалася трьох заяв, що були попередньо подані десятьма громадянами Франції, Згідно із Законом від 10 липня 1964 року, відомим під назвою «Loi Verdeille», про створення

санкціонованих муніципальних та міжмуніципальних мисливських асоціацій (ACCAs та AICAs), усі заявники, що були противниками полювання, змушені були стати членами створених в їхніх муніципалітетах мисливських асоціацій і передали право полювання на своїх земельних ділянках цим асоціаціям, для того щоб усі мисливці, які проживали у відповідному муніципалітеті, могли там полювати. Заявники не могли ухилитися від обов'язкового вступу в асоціацію і відмовитися від передання права на полювання на своїх земельних ділянках, якщо площа їхніх земель не перевищувала встановлену межу, яка за різними даними становила 20 гектарів і 60 гектарів.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«120. Суд вважає, що розгляд цієї справи, відповідно до статті 11, розглянутої в поєднанні зі статтею 14, по суті аналогічний розгляду, проведеного вище стосовно статті 1 Протоколу № 1, і не бачить причин відхилятися від свого висновку. Він обмежиться зауваженням, що стаття L. 222–13 Кодексу Франції про сільську місцевість дійсно створює різницю в ставленні до осіб в порівняних ситуаціях, а саме до власників земельних або мисливських прав, оскільки ті, хто володіє 20 гектарами або більше земель можуть заперечувати проти включення їх землі до мисливських угідь ACCA, уникаючи при цьому обов'язкового членства в асоціації, тоді як такі власники, як заявники, мають менше 20 або 60 гектарів землі, не можуть уникнути включення їх землі до мисливських угідь обов'язкового членства в асоціації.

121. Суд вважає, що уряд не висуває ніяких об'єктивних і розумних підстав для цієї різниці у ставленні, що зобов'язує дрібних землевласників стати членами ACCA, але дозволяє великим землевласникам ухилятися від обов'язкового членства (…). Суд зазначає, що немає ніяких пояснень, чому власники більше 20 гектарів землі не підлягають включенню в мисливські угіддя ACCA, якщо, за твердженням уряду, мета ACCA полягає в забезпеченні демократичного доступу до полювання. Суд вважає, що відмінність між малими і великими землевласниками щодо свободи використання їх майна не має ніякого обгрунтування.

Як наслідок, було допущено порушення статті 11 Конвенції, взятої у поєднанні зі статтею 14 Конвенції». [Chassagnou and Others v. France (25088/94, 28331/95 and 28443/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58288]

161.3.8. Справа «Пічкур проти України»

Фактичні обставини:

У 1996 році заявник, який тоді жив в Україні, пішов у відставку і почав отримувати пенсію за віком. Він емігрував до Німеччини в 2000 році. У 2005 році, дізнавшись, що заявник тепер постійно проживає за кордоном, влада України вирішила припинити свої пенсійні виплати. Конституційний суд України оголосив ці положення неконституційними 7 жовтня 2009 року. У 2011 році український районний суд наказав владі відновити виплату пенсії заявника з дня винесення рішення Конституційним судом. Рішення суду було залишено в силі по апеляції.

Рішення ЄСПЛ:

«26. Статтею 69 Конвенції Міжнародної організації праці про мінімальні норми соціального забезпечення 1952 року (далі – Конвенція МОП 1952 року) передбачено, що виплату допомоги, на яку особа, що підлягає забезпеченню, має право згідно з Конвенцією МОП 1952 року (включаючи виплати за віком) може бути припинено частково або в цілому національним законодавством на весь час відсутності особи на території відповідної держави – члена Організації. Вищезазначене положення відображено у статті 68 Європейського кодексу соціального забезпечення 1964 року та підпункті «f» пункту 1 статті 74 (переглянутого) Європейського кодексу соціального забезпечення 1990 року.

27. Заявник скаржився, що його було позбавлено пенсії за віком на підставі його місця проживання у порушення статті 14 Конвенції в поєднанні зі статтею 1 Першого протоколу,

(…)

51. (…) у цій справі право на отримання пенсії як таке стало залежним від місця поживання заявника, що призвело до ситуації, в якій заявник, пропрацювавши багато років у своїй країні та сплативши внески до системи пенсійного забезпечення, був зовсім позбавлений права на пенсію

лише на тій підставі, що він більше не проживає на території України. Дійсно, заявник, який був економічно активним в Україні з 1956 до 1996 року, мав право на отримання пенсії після закінчення трудової діяльності та, як це передбачалося національним законодавством на час події, він знову отримував би свою пенсію після повернення в Україну. Тому Суд доходить висновку, що заявник перебував у відносно схожій ситуації із пенсіонерами, які проживали в Україні, щодо самого права на отримання пенсії.

52. Залишається розглянути, чи може бути виправданою різниця у поводженні, на яку заявник скаржиться. У зв'язку з цим Суд зазначає, що органи влади не надали ніякого обґрунтування позбавлення заявника його пенсії лише через те, що він проживав за кордоном. Дійсно, ані рішення Конституційного Суду України від 7 жовтня 2009 року не вказує на те, що національні органи наводили відповідні причини для виправдання відмінності у ставленні, на яку заявник скаржився, ані Уряд під час провадження в Суді не навів жодних таких обґрунтувань.

53. У цьому контексті Суд зазначає, що Уряд не посилався на міркування щодо міжнародного співробітництва з метою обґрунтування поводження з пенсіонерами, які проживають в Україні, в інший спосіб, ніж з тими, які проживають за кордоном. У будь-якому випадку Суду не забороняється визначати на підставі Конвенції більш високі стандарти ніж ті, що містяться в інших міжнародних юридичних документах. Суд неодноразово повторював, що Конвенція є живим інструментом, який повинен тлумачитися «з огляду на умови сьогодення». Підвищення мобільності населення, більш високі рівні міжнародного співробітництва та інтеграції, а також розвиток банківського обслуговування та інформаційних технологій більше не виправдовують здебільшого технічних обмежень щодо осіб, які отримують соціальні виплати, проживаючи за кордоном, що могли вважатися розумними на початку 1950-х років, коли розроблялася Конвенція МОП 1952 року, яка згадувалася у пункті 26.

54. Вищезазначених міркувань Суду достатньо для висновку про те, що різниця у поводженні, на яку заявник скаржився, порушувала статтю 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 1 Першого протоколу». [Пічкур проти України (10441/06). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_984]

161.3.9. Справа «Фріц Конрад та інші проти Німеччини»

Фактичні обставини:

Заявники належать до християнської громади, яка суворо дотримується біблейських канонів і з релігійних мотивів забороняє відвідувати приватні чи державні школи. Батьки заявники вважають, що шкільна освіта не узгоджується з їхніми віруваннями, оскільки передбачає сексуальне виховання, під час занять згадуються казкові міфічні істоти, такі як відьми та гноми, а також через зростання фізичного та психологічного насильства в школі.

Вони навчають своїх дітей у домашніх умовах відповідно до навчальної програми та матеріалів «Філадельфійської школи», закладу, що базується у Зігнені (Siegen), і який держава не визнає як приватну школу. Цей заклад допомагає віруючим батькам християнам навчати своїх дітей вдома. Шкільна навчальна програма спирається як на підручники та навчальні матеріали, що використовуються у державних та приватних школах, так і на матеріали, спеціально розроблені для сприяння викладанню релігійних дисциплін. За тим, як батьки навчають дітей, наглядають підготовлені в «Філадельфійській школі» фахівці. Навчальний процес доповнюється нерегулярними зборами батьків, дітей та співробітників «Філадельфійської школи».

Батьки – заявники звернулися з клопотанням про те, щоб їхні діти були звільнені від обов'язкового відвідування початкової школи та щоб батькам було дозволено навчати їх у домашніх умовах.

28 серпня 2000 року Управління державної шкільної служби в м. Офенбург (Staatliches Schulamt Offenburg) відхилило клопотання відповідно до пункту 1 статті 72 та пункту 2 статті 76 Закону про освіту землі Баден-Вюртемберг (Schulgesetz Baden Württemberg). Регіональне управління державної шкільної служби м. Фрайбург (Oberschulamt Freiburg) відхилило заперечення заявника 30 жовтня 2000 року. 11 липня 2001 року адміністративний суд Фрайбурга відхилив клопотання заявника про звільнення від обов'язкового відвідування початкової школи. 18 червня 2002 року Баден-Вюртембергський адміністративний апеляційний суд відхилив апеляцію заяв-

ників. Суд визнав, що хоч право батьків-заявників на навчання їхніх дітей передбачає також і релігійну освіту, однак Основний закон не надає їм виняткового права забезпечувати навчання їхніх дітей. 7 січня 2003 року Федеральний адміністративний суд відхилив клопотання заявників розглянути апеляцію з правової точки зору.

29 квітня 2003 року Федеральний конституційний суд відмовив у розгляді конституційної скарги заявника на тих підставах, що він у своїй прецедентній практиці вже виносив остаточні конституційні рішення з цієї проблематики.

Рішення ЄСПЛ:

«(…) заявники стверджували, що вони зазнали дискримінації у по рівнянні з іншими сім'ями, діти з яких були звільнені від обов'язкового відвідування школи на тій підставі, що їхні батьки працювали за кордоном або не мали постійного місця проживання через те, що їхня робота вимагала постійних переїздів в межах країни (стаття 14 у поєднанні зі статтею 8 Конвенції). Суд нагадує, що відповідно до статті 14, різниця у поводженні з особами в аналогічних або подібних ситуаціях буде дискримінаційною, якщо це не матиме об'єктивних або раціональних виправдань, тобто, коли це не зроблено задля досягнення законної мети або ж коли не існує розумної пропорційності між застосованими засобами та метою, якої прагнули досягнути. Окрім того, держави-учасниці наділені полем розсуду в оцінюванні того, чи існування відмінностей та рівень таких відмінностей слугували виправданням різного ставлення в інших подібних ситуаціях.

Суд відзначає, що існувала різниця у ставленні до дітей-заявників та до інших дітей, яких було увільнено від обов'язкового відвідування школи «за 101 Фріц Конрад та інші проти Німеччини виняткових обставин», як це визначалось у пункті 1 статті 76 баден-вюртемберзького Закону про освіту чи відповідними законодавчими положеннями в інших землях (Länder). Однак, заявники скаржились, що такі «виняткові обставини» шкільні наглядові органи визнавали лише у випадках, коли діти або були фізично не в змозі відвідувати школу, або у випадку, коли через свою професійну діяльність батьки повинні були переїздити з місця на місце в межах країни. Такі винятки надавались шкільними наглядовими органами через те, що через обмежену можливість відвідувати школу ці діти зіткнулись би з надмірними складнощами. Як видно, такі винятки робились суто з практичних мотивів, тоді як заявники прагнули отримати звільнення з релігійних міркувань. Тому Суд вважає, що такі зазначені розбіжності виправдовують різницю у ставленні.

З цього слід зробити висновок, що ця скарга також має бути відхилена як вочевидь необґрунтована на підставі застосування пп. 3 та 4 статті 35 Конвенції». [Фріц Конрад та інші проти Німеччини (35504/03). http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001–105363]

161.3.10. Справа «Цезар та інші проти України»

Фактичні обставини:

Заявники, 1954, 1952, 1964, 1926, 1952, 1960 та 1956 років народження відповідно, проживають у м. Донецьк.

Із початку квітня 2014 року збройні угрупування почали захоплення офіційних будівель Донецької та Луганської областей та оголосили про створення самопроголошених суб'єктів, відомих як «Донецька Народна Республіка» та «Луганська Народна Республіка» («ДНР» та «ЛНР»). У відповідь на це, 14 квітня 2014 року Уряд, який вважає збройні угрупування терористичними організаціями, санкціонував застосування проти них сили в юридичній формі «антитерористична операція». У червні 2014 року збройні угрупування почали захоплювати офіси Національного банку України та інших регіональних фінансових установ Донецької та Луганської областей. 24 липня 2014 року українська поштова служба «Укрпошта» призупинила свою діяльність на територіях Донецької та Луганської областей, які не перебували під контролем Уряду, через регулярні напади на свої транспортні засоби та працівників збройними угрупуваннями. 6 серпня 2014 року Національний банк України призупинив усі фінансові операції на територіях, які не контролюються Урядом. Урядові сили повернули декілька територій у Донецькій та Луганській областях, але певні частини регіонів з того часу залишалися поза контролем Уряду. Місто Донецьк – саме така непідконтрольна Уряду частина Донецької області. 2 вересня 2014 року, після внесення змін до закону, юрисдикція судів у непідконтрольних районах, була передана відповід-

ним судам у сусідніх регіонах на території, яка контролюється Урядом. 11 листопада 2014 року всі платежі соціальних виплат у населених пунктах Донецької та Луганської областей, які не перебували під контролем Уряду, були призупинені. У грудні 2014 р. Донецький обласний адміністративний суд та Донецький обласний адміністративний апеляційний суд були переведені до міст Слов'янськ та Краматорськ, територію, контрольовану Урядом.

Заявники були зареєстровані як одержувачі соціальних виплат у різних відділеннях Пенсійного фонду України у Донецьку. Деякі заявники отримували соціальні виплати до 30 червня 2014 року, інші – до 31 серпня 2014 року. 16 червня 2015 року перший та другий заявники зареєструвалися у Департаменті праці та соціального забезпечення Червоноармійського району Донецької області (нині в місті Покровську), який контролюється Урядом. Того ж дня їхні соціальні виплати були відновлені, включаючи соціальні виплати, що мали виплачуватися їм у період з 1 липня 2014 року до 16 червня 2015 року. Шостий заявник була зареєстрована у Департаменті праці та соціального забезпечення Оболонського району м. Києва 9 вересня 2015 року. Проте вона не зверталася із заявою про відновлення своїх соціальних виплат. Інші заявники не зверталися до відповідних соціальних органів на території, контрольованої Урядом, для відновлення їхніх соціальних виплат.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний переклад Міністерства соціальної політики України):

«73. Перші три заявника скаржилися на те, що вони зазнали дискримінації щодо їхнього права на доступ до суду та їх прав власності за ознакою місця їх проживання, всупереч статті 14, що розглядається у поєднанні зі статтею 6 Конвенції, і/або статтею 1 Протоколу №1 до Конвенції.

(…)

74. Уряд стверджував, що переміщення судів з неконтрольованої території не було дискримінаційним та не мало на меті обмеження прав тих, хто жив на цих територіях. Навпаки, метою переміщення було забезпечення відповідності прав, гарантованих законом, для тих, хто проживав у зоні постійних бойових дій. З урахуванням вищезгаданого Уряд заявив, що зазначені вище скарги слід відхилити як очевидно необґрунтовані.

75. Суд зазначає, що право, передбачене статтею 14 бути забезпеченим без дискримінації правами, гарантованими Конвенцією, порушується, коли держави ставляться по-різному до осіб з аналогічними ситуаціями без надання об'єктивного та розумного обґрунтування.

76. Від початку Суд зазначає, що перші три заявника порівнювали свою ситуацію з ситуацією резидентів інших територій України, які перебувають під контролем Уряду.

77. Суд зазначає, що головна різниця між положеннями перших трьох заявників у порівнянні з положеннями осіб, які проживають на території інших регіонів, контрольованих Урядом, полягає у тому, що в місті, де проживають ці заявники, Уряд не здійснює свої повноваження. Очевидно, це значно обмежує, якщо не позбавляє Уряд можливості ефективно підтримувати діяльність судів та здійснювати соціальні виплати на цій території. Об'єктивний чинник військових дій, що відбуваються в регіоні, де проживали перші три заявники, змусив Уряд вжити заходів щодо виправлення становища, які не потрібні в інших частинах країни, які залишилися під контролем Уряду. Зважаючи на вищенаведене Суд вважає, що перші три заявника не опинилися в «аналогічній ситуації» порівняно з тими, хто проживає на території, контрольованій Урядом.

78. Таким чином, скарга є вочевидь необґрунтованою і повинна бути відхилена відповідно до пунктів 3 та 4 статті 35 Конвенції». [Цезар та інші проти України (13.02.2018). http://www.msp.gov.ua/news/14818.html?PrintVersion]

161.3.11. Справа «Konstantin Markin v. Russia»

Фактичні обставини:

Відповідно до російського законодавства, батьки і матері з числа цивільних осіб мають право на трирічну відпустку по догляду за малолітньою дитиною і на отримання щомісячної допомоги протягом частини цього періоду. Це право прямо поширене на жінок-військовослужбовців, проте стосовно чоловіків-військовослужбовців відповідна норма в законі відсутня. Заявник, розведений оператор радіоелектронної розвідки збройних сил, звернувся за наданням трирічної відпустки по

догляду за трьома дітьми, народжених у шлюбі, але йому було в цьому відмовлено з посиланням на відсутність підстави для такої вимоги в російському законодавстві.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«143. Суд дійшов висновку з вищевикладеного, що посилання на традиційний розподіл гендерних ролей у суспільстві не може служити виправданням виключення чоловіків, включаючи військовослужбовців, з права на відпустку по догляду за дитиною. Суд згоден з Палатою в тому, що гендерні стереотипи, такі як сприйняття жінок як основних осіб, які доглядають за дітьми, і чоловіків як основних годувальників, самі по собі не можуть вважатися достатньою підставою для різниці в поводженні, так само, як аналогічні стереотипи залежності від раси, походження, кольору шкіри або сексуальної орієнтації.

144. Суд також не переконав другий аргумент уряду, а саме, що розширення відповідного права на військовослужбовців-чоловіків буде мати негативний вплив на бойову міць і оперативну ефективність збройних сил, тоді як надання відпустки військовослужбовцям-жінкам не тягне за собою такого ризику, оскільки в збройних силах жінок менше, ніж чоловіків. Немає ніяких вказівок на те, що російські експертні висновки або статистичні дослідження коли-небудь робилися, щоб оцінити кількість військовослужбовців, які могли б у будь-який момент взяти відпустку на три роки в будь-який час і були б готові зробити це, і щоб оцінити, як це вплине на операційну ефективність армії…

(…)

147. При цьому Суд визнає, що з огляду на важливість армії для захисту національної безпеки деякі обмеження на право на відпустку по догляду за дитиною можуть бути виправданими, якщо вони не є дискримінаційними…

148. Суд бере до відома статтю 1 Конвенції МОП №111, згідно з якою будь-яке розрізнення, недопущення або перевага щодо певної роботи, що ґрунтується на її специфічних вимогах, дискримінацією не вважається. Разом із тим він не переконаний в тому, що виключення з права на відпустку по догляду за дитиною в цій справі може розглядатися як засноване на обов'язкових вимогах військової служби. Дійсно, жінки-військовослужбовці мають право на відпустку по догляду за дитиною, і виняток стосується лише військовослужбовців-чоловіків (…).

149. Суд зазначає, що заявник, який служив оператором радіорозвідки, міг бути замінений або військовослужбовцем-чоловіком, або військовослужбовцем-жінкою. Примітно, що еквівалентні посади в підрозділі заявника часто займалися військовослужбовцями-жінками і що він сам часто замінювався у своїх службових обов'язках військовослужбовцями-жінками. Військовослужбовці-жінки мали безумовне право на трирічний відпустку по догляду за дитиною. Заявник, навпаки, не мав такого права, і тільки тому що він був чоловіком. Тому він піддавався дискримінації за ознакою статі.

150. Нарешті, що стосується аргументу Уряду про те, що, підписавши військовий контракт, заявник відмовився від свого права не піддаватися дискримінації, Суд вважає, що з урахуванням важливості заборони дискримінації за ознакою статі відмова від права не піддаватися дискримінації за такою підставою не може бути прийнятою, оскільки це буде суперечити важливим суспільним інтересам.

151. Беручи до уваги вищесказане, Суд вважає, що виключення військовослужбовців-чоловіків з права на відпустку по догляду за дитиною, тоді як військовослужбовці-жінки мають право на таку відпустку, не можуть вважатися обґрунтованими або об'єктивно необхідними. Суд доходить висновку про те, що ця різниця в поводженні, в якій заявник є жертвою, являє собою дискримінацію за ознакою статі.

152. Таким чином, мало місце порушення статті 14 у поєднанні зі статтею 8 Конвенції». [Konstantin Markin v. Russia (30078/06). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–109868]

161.3.12. Справа «Жданока проти Латвії»

Фактичні обставини:

Заявниця – Тетяна Жданока, громадянка Латвії, 1950 року народження, проживає в м. Ризі. Вона була першою у списку кандидатів від виборчого об'єднання, відомого як альянс «За права

людини в об'єднаній Латвії» (ПЛОЛ) (Par cilveka tiesibat vienota Latvija) на європейських виборах у червні 2004 року. Її заява стосувалася рішення, яким її кандидатуру визнано такою, що не відповідає необхідним критеріям, які дозволяють виступати на виборах кандидатом від Латвії, з огляду на її колишнє членство в політичній партії, яку оголошено неконституційною, та з огляду на її діяльність у ній.

Пані Жданока стала членом Комуністичної партії Латвії (КПЛ) в 1971 році; це був регіональний осередок Комуністичної партії Радянського Союзу (КПРС). 1990 року її було обрано депутатом Верховної ради Радянської Соціалістичної Республіки Латвія (строк її повноважень закінчився в 1993 році). Після відновлення незалежності Латвії Комуністичну партію Латвії, яка, за твердженнями Уряду, брала участь у двох спробах здійснити державний переворот, було оголошено неконституційною, і 10 вересня 1991 року Верховна рада оголосила про її розпуск.

У 1993 році заявниця стає головою «Руху за соціальну справедливість та рівні права в Латвії», який згодом перетворився в політичну партію під назвою «Рівні права» У 1997 році її обрано до Ризької міської ради, і вона спробувала балотуватися як кандидат на парламентських виборах 1998 року. Однак Центральна виборча комісія постановила, що її кандидатура несумісна з виборчим законодавством, згідно з яким особи, які «брали активну участь» у діяльності КПЛ після 13 січня 1991 року, права балотуватися не мають. Не бажаючи піддавати увесь список кандидатур ризику відмови в реєстрації, заявниця відкликала свою кандидатуру.

На підставі заяви генеральної прокуратури Ризький обласний суд ухвалив рішення, яким визнав, що заявниця брала участь у діяльності КПЛ після зазначеної дати. 15 грудня 1999 року палата у цивільних справах Верховного суду, розглядаючи справу в апеляційному провадженні, залишила це рішення без змін. Оскільки рішення підлягало безпосередньому виконанню в примусовому порядку, заявниця втратила право на виборчу посаду і, отже, свій депутатський мандат у місцевій раді. Після цього вона звернулася з апеляцією з питань права до касаційної палати Верховного суду, але апеляцію було оголошено неприйнятною.

У 2002 році заявниця намагалася балотуватися на виборах до парламенту; її партія утворила з двома іншими партіями виборчий блок під назвою ПЛОЛ. Однак, посилаючись на рішення від 1999 року палати у цивільних справах, Центральна виборча комісія вилучила її ім'я зі списку кандидатів.

Рішення ЄСПЛ:

(комюніке Секретаря Суду)

«Щодо нинішньої діяльності [заявниці], Суд зазначив, що критика, яка висловлюється на її адресу, стосується головним чином того факту, що вона відстоювала і поширювала ідеї, які є діаметрально протилежними офіційній політиці органів влади Латвії і не схвалюються значною частиною населення. Щодо ідей заявниці стосовно російськомовної меншини в Латвії та законодавства, яке регулює мовні питання, Суд зауважив, що не вбачає жодних ознак антидемократичних тенденцій чи їхньої несумісності з основоположними цінностями Конвенції. Такий самий висновок неминуче напрошується стосовно засобів, які заявниця використовувала для досягнення своїх політичних цілей. Коротко кажучи, Уряд не надав інформації про будь-який акт з боку заявниці, який міг би становити загрозу Латвії, її національній безпеці чи її демократичному порядку.

На цих підставах Суд визнав, що безстрокове виключення права заявниці балотуватися на виборах до парламенту Латвії було заходом, непропорційним до легітимних цілей, що це обмежило її виборчі права настільки, що спотворило саму їхню суть, і що необхідність цього заходу в демократичному суспільстві не було встановлено». [Жданока проти Латвії (58278/00). Комюніке Секретаря Суду. // http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_345]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 161 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

161.4.1. Питання про визнання чи невизнання заборони носіння в громадських місцях певного одягу-символу (наприклад, заборона перебувати в приміщеннях навчальних закладів з ісламською

хусткою на голові) приниженням національної честі та гідності або образою почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями має вирішуватися з в контексті політичної ситуації в країні, а також з урахуванням впливу, який носіння такого символу може мати на тих, хто вирішив не носити його.

(Див.: 161.3.2)

161.4.2. Незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій, вчинене з мотивів ворожнечі за ознаками расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності чи за іншими ознаками, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів: відповідні частини ст. 340 та ст. 161 КК України (за наявності всіх об'єктивних і суб'єктивних ознак цих складів злочинів).

(Див.: 340.3.1)

161.4.3. Ієрархічна структура армії тягне за собою встановлення відмінностей залежно від звання. Різним званням відповідає різна ступінь відповідальності, що, у свою чергу, виправдовує певну нерівність щодо застосування санкцій за правопорушення.

(Див.: 58.4.1)

161.4.4. Порушенням рівноправності громадян визнається ЄСПЛ, зокрема, неправомірне застосування нормативних актів, які передбачають обмеження прав людини для досягнення певних законних цілей (наприклад, вимоги за ознакою мови до кандидатів на виборні посади), якщо насправді рішення про обмеження прав громадян переслідувало інші цілі (наприклад, обмежити доступ до виборних посад за ознакою політичних переконань).

(Див.: 161.3.12).

161.4.5. Відсутній склад цього злочину у випадках обмеження прав чи встановлення привілеїв громадян, якщо це передбачено міжнародними договорами (наприклад, незастосування окремих видів покарання до осіб, що вчинили злочини у віці до 18 років). Також не визнаються дискримінацією обмеження прав або встановлення привілеїв громадян за умови, що критерії таких відмінностей є розумними й об'єктивними, а завдання полягає в тому, щоб досягти мети, яка допускається за міжнародними договорами (наприклад, обмеження за мовними ознаками прав на державну службу).

(Див.: 161.1.5 – п. 8 і п. 13).

161.4.6. До «інших переконань» (ст.161 КК України») належать, зокрема, переконання ідеологічного характеру, що є поняттям більш широким порівняно з переконаннями політичними.

(Див.: 161.1.6 – п. 10)

Згідно зі ст. 15 Конституції України «Жодна ідеологія не може визнаватися державою як обов'язкова». Пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян у зв'язку з їх ідеологічними переконаннями утворює об'єктивну сторону складу цього злочину.

161.4.7. Зміст «інших ознак», на які вказано у ст. 161 КК, розкривають, зокрема, норми міжнародного права, що забороняють дискримінацію, та прецедентні рішення Європейського суду з прав людини.

Частинами 1 і 2 ст. 161 КК України встановлена кримінальна відповідальність за пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за такими ознаками:

1) раса;
2) колір шкіри;
3) політичні переконання;
4) релігійні переконання;
5) інші переконання;
6) стать;
7) інвалідність;
8) етнічне походження;
9) соціальне походження;
10) майновий стан;

11) місце проживання;
12) мовні ознаки;
13) інші ознаки.

Зміст поняття «інші ознаки» розкривають норми міжнародного права, що забороняють дискримінацію, а також низка рішень Європейського суду з прав людини. До вказаних «інших ознак» слід віднести, зокрема:

– національне походження (*див.: 161.1.1 – ст. 2; 161.1.2 – ст. 26*);
– політичний, правовий або міжнародний статус країни або території, до якої людина належить – зокрема, чи є ця територія незалежною, підопічною, несамоврядованою або як-небудь інакше обмеженою у своєму суверенітеті (*див.: 161.1.1 – ст. 2*);
– народження у шлюбі або поза шлюбом (*див.: 161.1.1 – ст. 25*);
– народження (*див.: 161.1.2 – ст. 26; 161.1.15 – ст. 14*). Слід зазначити, що в наведених джерелах зміст терміна «народження» як ознаки дискримінації не розкривається. Видається, що під ознакою «народження» слід розуміти місце народження, а також будь-які особливості щодо народження людини. Це може бути, зокрема, народження з природним чи штучним запліднennям, біологічною чи «сурогатною» матір'ю тощо;
– громадянство (*див.: 161.1.4 – ст. 7*);
– гендерні особливості (*див.: 161.3.3*);
– форма власності (*див.: 161.3.6*);
– ознака генетичної спадковості (*див.: 161.1.21 – ст. 11*);
– місце походження (наприклад, походження з тимчасово окупованих територій) (*див.: 161.3.10; 157.3.8*);
– біологічне чи суто юридичне батьківство (*див.: 161.3.4*).

161.4.8. Умисні дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності, або образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями кваліфікуються за ст. 161 КК незалежно від того, мають такі дії внутрішній або зовнішній характер стосовно України.

(Див.: 161.1.3)

Наприклад, за відповідною частиною ст. 161 КК України слід кваліфікувати відповідні дії незалежно від того, спрямовані вони на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті на території України чи на території інших країн.

161.4.9. Утворюють склад цього злочину обмеження прав або встановлення привілеїв громадян у політичній, економічній, соціальній, культурній, громадській або будь-якій іншій галузі, що призводить до ослаблення чи зведення нанівець визнання, користування або здійснення прав щодо, зокрема: охорони життя і особистої безпеки; судочинства; політичної діяльності; державної служби; сімейних відносин; майнових прав; совісті і релігії; організації мирних зборів та асоціацій та участі в них; трудових відносин; медицини; доступу до всякого місця або всякого виду обслуговування, призначеного для громадського користування, як, наприклад, транспорт, готелі, ресторани, кафе, театри і парки.

(Див.: 161.1.11)

161.4.10 Ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, кваліфікується за відповідними частинами ст. 300 КК України.

(Див.: 161.1.14 – ст. 3 і ст. 5)

161.4.11. Погрози, у т.ч. поширені через засоби масової інформації, комп'ютерну систему тощо, вчинити насильство проти осіб з причини їх належності до групи, яка відрізняється за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, інвалідності, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками, якщо такі погрози спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності, образу почуттів громадян, кваліфікуються за ч. 2 чи ч. 3 ст. 161, а у випадках погрози вбивством, якщо були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози, додатково за ст. 129 КК України

(Див.: 161.1.14 – ст. 4)

161.4.12. Вчинені з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості умисне вбивство, умисне тяжке тілесне ушкодження, умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження, мордування, катування кваліфікуються відповідно за п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127 і додаткової кваліфікації за ст. 161 КК України не потребують.

Якщо ж умисні дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності, або образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями мають ознаки інших злочинів (заподіяння легких тілесних ушкоджень, незаконне позбавлення волі, зґвалтування, порушення статутних правил відносин між військовослужбовцями тощо), вчинене кваліфікується за ч. 2 або ч. 3 ст. 161 та додатково за статтями КК України, що передбачають відповідальність за такі злочини (ст.125, ст. 146, ст. 152, ст. 406 тощо).

Об'єктивна сторона цього складу злочину (ст. 161 КК України) не передбачає відповідальності за умисну бездіяльність, навіть якщо така бездіяльність має мотиви національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, приниження національної честі та гідності. Наприклад, не утворює склад цього злочину бездіяльність співробітників поліції, які спостерігають напади на учасників публічних заходів ЛГБТ-спільноти, прибічників релігійних переконань, членів окремих етнічних груп тощо. У таких випадках бездіяльність службових осіб має кваліфікуватися за ч. 1 або ч. 2 ст. 367 КК України, а покарання призначатися з урахуванням п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України.

Якщо ж дискримінація шляхом бездіяльності вчиняється неслужбовими особами (наприклад, офіціант умисно не обслуговує столик з темношкірими відвідувачами кафе, роботодавець під час пошуку персоналу не приймає резюме осіб з певними політичними поглядами тощо), вчинене не може кваліфікуватися ні за ст. 161 КК, ні за ст. 367 КК. У таких випадках відсутність відповідальності винних у дискримінації осіб означає високу імовірність покладення відповідальності за порушення ст. 14 Конвенції саме на державу Україна. З огляду на викладене слід визнати необхідним викладення диспозиції ч. 1 ст. 161 КК у такій редакції: «Умисне розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, приниження національної честі та гідності, образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, а також умисне пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, інвалідності, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками – караються (…)». У частинах 2 і 3 ст. 161 КК слово «дії» замінити на слово «діяння».

(Див.: 161.2.4; 367.4.2)

161.4.13. Потерпілими від умисних дій, що утворюють склад цього злочину, можуть бути громадяни України, громадяни інших країн, особи без громадянства, біженці, мігранти, особи з іншим статусом.

(Див.: 161.1.1 – ст. 2; 161.1.1 – ст. 2; 161.1.4 – п. 2; 161.1.9 – п. 9; 161.1.17 – ст. 3; 161.1.18 – ст. 1; 161.1.17 – ст. 3)

161.4.14. Потерпілими від обмеження прав або встановлення привілеїв громадян за ознаками статі, можуть бути не лише жінки і чоловіка, але також транссексуали та інші особи, біологічні ознаки статі яких не збігаються з їх гендерним сприйняттям.

(Див.: 161.3.3)

161.4.15. Якщо насильство стосовно членів будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи має ознаки геноциду, вчинене кваліфікується за ст. 442 і додаткової кваліфікації за ст. 161 КК України не потребує.

(Див.: 441.4.2 - 442.4.5)

161.4.16. Поняття «переконання» і «релігія» слід тлумачити широко. Відносяться до об'єктивної сторони складу цього злочину умисні дії, спрямовані на розпалювання ворожнечі та ненависті до атеїстів, образа почуттів громадян, а також пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян у зв'язку з їхніми теїстичними, нетеїстичними чи атеїстичними переконаннями. Той факт, що прихильники православ'я складають

більшість населення країни, не повинен вести до дискримінації щодо прихильників інших релігій або осіб, які не сповідують жодної релігії.

(Див.: 161.1.6)

161.4.17. Непрямим обмеженням прав (встановленням непрямих привілеїв) за ознакою релігійних переконань слід визнати застосування (погрозу застосування) санкцій до громадянина, який відмовляється у зв'язку зі своїми релігійними (атеїстичними) переконаннями скласти на Біблії присягу (президента, депутата, державного службовця тощо).

(Див.: 161.3.5)

За справою, що наведена у п. 161.3.5, заявники оскаржували порушення щодо них вимог ст. 9 (свобода думки, совісті і віросповідання), тоді як дискримінація заборонена ст. 14 Конвенції. Однак, як неодноразово зазначав у своїх рішення ЄСПЛ, ст. 14 Конвенції не застосовується самостійно, а лише в поєднанні з іншими статтями Конвенції, у т. ч. ст. 9. Те, що в даному випадку заявники обмежилися оскарженням лише за ст. 9 Конвенції, не скасовує, на наш погляд, сформульованого нами висновку щодо наявності дискримінації (порушення рівноправності громадян) залежно від їх релігійних переконань.

161.4.18. Обмеженням прав (встановленням привілеїв) громадян за ознакою майнового стану визнано ЄСПЛ незастосування до орендаря житла в державному будинку норм закону, які застосовується до орендарів у будинках приватної власності.

(Див.: 161.3.6)

161.4.19. Обмеженням прав (встановленням привілеїв) громадян за ознакою майнового стану визнано ЄСПЛ різне правове становища великих і дрібних землевласників щодо обов'язку передати права на полювання на своїх земельних ділянках.

(Див.: 161.3.7)

161.4.20. Обмеженням прав громадян за ознакою місця проживання визнано ЄСПЛ позбавлення пенсії особи, яка емігрувала за кордон.

(Див.: 161.3.8)

161.4.21. Відсутній склад цього злочину у випадках, коли пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, інвалідності, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками має об'єктивні або раціональні виправдання, тобто коли це зроблено задля досягнення законної мети, а також існує розумна пропорційність між застосованими засобами та метою, якої прагнули досягнути.

(Див.: 161.3.9)

161.4.22. Відсутня дискримінація (обмеження прав) за ознакою місця проживання стосовно жителів неконтрольованої урядом України територій щодо їхнього права на доступ до суду та їх прав власності, якщо вони не зверталися з позовами до судів на території, контрольованій урядом України.

(Див.: 161.3.10)

161.4.23. Обмеженням прав громадян (дискримінацією) за ознакою статі визнана ЄСПЛ відмова надати військовослужбовцю-чоловіку відпустку для догляду за дитиною.

(Див.: 161.3.11)

Стаття 162. Порушення недоторканності житла

1. Незаконне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, незаконне проведення в них огляду чи обшуку, а так само незаконне виселення чи інші дії, що порушують недоторканність житла громадян, –

караються штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені службовою особою або із застосуванням насильства чи з погрозою його застосування, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

(Стаття 162 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

§1. Норми міжнародного права
щодо забезпечення права на недоторканість житла

162.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
*«**Стаття 12***
Ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, тайну його кореспонденції або на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист закону від такого втручання або таких посягань». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

162.1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
*«**Стаття 8. Право на повагу до приватного і сімейного життя***
1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції.
2. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

162.1.3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.1973)
*«**Стаття 17***
1. Ніхто не повинен зазнавати свавільного чи незаконного втручання в його особисте і сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність його житла або таємницю його кореспонденції чи незаконних посягань на його честь і репутацію.
2. Кожна людина має право на захист закону від такого втручання чи таких посягань». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

162.1.4. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 16 – Стаття 17 (право на особисте життя)»
(Тридцять друга сесія – 1988)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«3. Термин «незаконное» означает, что вмешательство вообще не может иметь места за исключением случаев, предусмотренных законом. Вмешательство, разрешаемое государствами, может совершаться только на основании закона, который должен в свою очередь соответствовать положениям, целям и задачам Пакта.

4. Выражение «произвольное вмешательство» также связано с защитой права, предусмотренного в статье 17. По мнению Комитета, выражение «произвольное вмешательство» может также распространяться на допускаемое законом вмешательство. Введение понятия произвольности призвано обеспечить, чтобы даже вмешательство, допускаемое законом, соответствовало положениям, целям и задачам Пакта и в любом случае являлось обоснованным в конкретных обстоятельствах.

5. (…) Слова «home» в английском, «manzel» в арабском, «zhùzhái» в китайском, «domicile» во французском, «жилище» в русском и «domicilio» в испанском текстах, употребленные в статье 17 Пакта, должны пониматься как термины, указывающие то место, в котором человек проживает или занимается своими обычными делами. В этой связи Комитет предлагает государствам раскрывать в своих докладах смысл, который их общество вкладывает в понятия «семья» и «жилище».

(…)

8. Даже в отношении вмешательства, которое соответствует Пакту, в соответствующем законодательстве должны подробно определяться конкретные обстоятельства, в которых такое вмешательство может допускаться. Решение о санкционировании такого вмешательства должно приниматься только конкретным органом, предусмотренным законом, и строго индивидуально. (…) Обыск жилища должен ограничиваться поиском необходимых доказательств и не должен причинять излишнее беспокойство проживающим в данном жилище лицам. (…)

9. Государства участники обязаны не участвовать сами в осуществлении вмешательств, несовместимых со статьей 17 Пакта, и обеспечивать правовую основу, запрещающую такие действия со стороны физических или юридических лиц.

(…)

11. Статья 17 обеспечивает защиту личного достоинства и репутации, и государства обязаны обеспечивать принятие в этих целях надлежащего законодательства. Каждому должна быть также обеспечена эффективная защита от любых имевших место незаконных посягательств и эффективные средства правовой защиты от тех, кто совершает такие посягательства». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 16 – Стаття 17 (право на особисте життя)» (Тридцять друга сесія – 1988 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.asp]

162.1.5. Захист жінок від насильства

(Рада Європи, Комітет міністрів, Рекомендації Rec(2002)5)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«Додаток до Рекомендацій

Додаткові заходи щодо насильства в сім'ї

Держави-члени покликані:

(…)

58. передбачити можливість вжиття заходів з тим, щоб:

a. дозволити силам поліції проникати в житло, в якому перебуває особа, що піддається небезпеці, з метою затримати винуватця насильства і зробити все необхідне для того, щоб він/вона постав/ла перед суддею». [Council of Europe. Recommendation Rec 5 of the Committee of Ministers to member States on the protection of women against violence. https://rm.coe.int/09000016805e2612]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо порушення права на повагу до житла

162.2.1. Справа «Ратушна проти України»

«72. Суд нагадує, що коли держави вважають за необхідне вдаватися до таких заходів, як обшуки житлових приміщень, з метою отримання доказів факту вчинення правопорушень, Суд буде оцінювати, чи були підстави, наведені для виправдання таких заходів, відповідними та чи було дотримано принцип пропорційності. Суд також буде вивчати наявність у національному законодавстві ефективних гарантій від зловживань та свавілля та перевіряти, як ці гарантії працюють

в окремому випадку, який розглядається. Критерії, які слід брати до уваги в цьому контексті (але не обмежуватись ними), – це спосіб та обставини, за яких було ухвалено постанову про проведення обшуку, інші докази, доступні на той час, а також зміст та обсяг постанови. При цьому особлива увага має приділятись гарантіям, застосованим з метою обмежити розумними рамками вплив цього заходу». [Ратушна проти України (17318/06). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_821]

162.2.2. Справа «Новоселецький проти України»

«68. Суд нагадує свою постійну практику, відповідно до якої стаття 8, яка має на меті головним чином захистити особу від свавільного втручання державної влади, може також бути застосована останньою при прийнятті заходів, спрямованих на дотримання прав, гарантованих цією статтею, і у відносинах між особами.

69. Якщо розглядати справу зі сторони позитивного зобов'язання з боку держави або з огляду виправдання втручання державної влади відповідно до пункту 2, то є очевидним, що принципи, які застосовуються, є достатньо суміжними. В обох випадках необхідно звернути увагу на дотримання справедливої рівноваги між конкуруючими інтересами осіб і суспільства в цілому.

Більше того, навіть для позитивних зобов'язань, які випливають з пункту 1, випадки, перераховані в пункті 2, можуть відігравати деяку роль при пошуку бажаної рівноваги.

70. Більше того, розуміння позитивного зобов'язання залежить від різноманіття ситуацій, які виникають в договірних країнах, та застосування у цих випадках відповідних термінів. Таке зобов'язання не повинно бути інтерпретоване таким чином, щоб нав'язати органам влади нестерпний та обтяжуючий тягар». [Новоселецький проти України (47148/99). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_238]

162.2.3. Справа «Heino v. Finland»

«33. Суд нагадує, що він неодноразово вважав, що поняття «житло» в п. 1 статті 8 Конвенції охоплює не тільки житло приватної особи, але також може поширюватися, наприклад, на офіс особи, який використовується для професійних цілей. Отже, поняття «житло» має тлумачитися як таке, що включає також зареєстрований офіс компанії, що належить приватній особі, а також юридична адреса юридичної особи, філії та інші комерційні приміщення. [Heino v. Finland (56720/09). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–103394] (Неофіційний авторський переклад).

162.2.4. Справа «Niemietz v. Germany»

«30. «Що стосується слова «житло» («home» в англійському тексті), Суд зазначає, що в деяких державах-учасниках воно поширюється на службові приміщення. Більше того, таке тлумачення повністю співзвучне французькому варіанту тексту, оскільки слово «domicile» має навіть ширше значення, ніж «home», і може поширюватися на діловий офіс типу адвокатського.

Не завжди можна провести чітке розмежування також і тому, що здійснювати діяльність, яку можна віднести до професійної або ділової, можна з таким же успіхом і зі свого місця проживання, і навпаки, можна займатися справами, які не належать до професійної сфери, в офісі або комерційних службових приміщеннях». [Niemietz v. Germany (13710/88). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57887] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо порушення права на повагу до житла

162.3.1. Справа «Prokopovich v. Russia»
Фактичні обставини:

Влітку 1998 р. заявниця і Філіппов жили на своїй дачі. 18 серпня 1998 р. Філіппов повернувся на тиждень у місто. 24 серпня 1998 р. Філіппов помер, і його тіло було виявлено сусідом. 26 серпня 1998 р. Філіппова поховали у присутності його сина і двох його сестер, яких викликали телеграмою. Заявниця не була сповіщена про смерть співмешканця або про похорон. Вона дізналася про це занадто пізно, тільки коли повернулася в місто.

4 вересня 1998 р., після повернення в квартиру, заявниця виявила, що двері зламані і що книги та інші предмети домашнього ужитку під керівництвом начальника місцевого відділку міліції вантажать у вантажівку. Коли винос речей закінчився, заявниці було наказано негайно звільнити квартиру. Коли заявниця відмовилася підкоритися цій вимозі, її силою вигнали з квартири. Двері були замінені, і заявнику не дали ключів. 7 вересня 1998 р. заявниця подала в прокуратуру Радянського районного суду м. Владивостока скаргу. Заявниця вимагала порушення кримінальної справи за фактом її примусового виселення та позбавлення майна. У результаті кількох рішень в прокуратурі і суді їй відмовлено в порушенні кримінальної справи за звинуваченням у незаконному виселенні.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«36. Європейський Суд послався на прецедентне право органів Конвенції щодо того, що концепція «житла» за змістом статті 8 Конвенції не обмежена житлом, займаним на законних підставах або встановленим в законному порядку. «Житло» – це автономна концепція, яка не залежить від класифікації в національному праві. Чи є місце конкретного проживання «житлом», яке має бути під захистом на підставі пункту 1 статті 8 Конвенції, залежить від фактичних обставин справи, а саме від наявності достатніх триваючих зв'язків із конкретним місцем проживання.

37. За твердженням заявника, оспорювана квартира стала її будинком в 1988 році, коли вона вселилася в неї зі своїм співмешканцем. Вона пред'явила чеки та інші платіжні документи, що свідчать про те, що вони разом купували меблі та інші предмети побуту, разом несли витрати по господарству і комунальні витрати. Як видається, заявник отримувала листи і листівки, які надсилаються їй і її співмешканцю за поштовою адресою спірної квартири. Показання кількох свідків, у чесності яких у Європейського Суду немає підстав сумніватися, вказують, що вони бачили, що заявник постійно проживає у квартирі Філіппова. Більше того, національні суди встановили, що заявник дійсно проживала в оспорюваної квартирі (…). Влада Російської Федерації не заперечувала, що оспорювана квартира була фактичним місцем проживання заявника. Беручи до уваги співіснування переконливих, несуперечливих і незаперечних доказів, зазначених вище, Європейський Суд дійшов висновку, що заявниця мала достатньо значний і триваючий зв'язок з квартирою Філіппова, щоб ця квартира розглядалася як її «житло» за змістом статті 8 Конвенції». [Prokopovich v. Russia (58255/00). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–67538]

162.3.2. Справа «Ратушна проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«70. Суд зазначає, що обшук мав юридичну основу в національному законодавстві, ґрунтуючись на статті 177 Кримінально-процесуального кодексу України (див. вище пункти 7 та 41).

71. Суд також зазначає, що обшук, про який йдеться, був призначений в рамках кримінального розслідування крадіжки. Таким чином, обшук слугував легітимній меті, а саме запобіганню злочину. Залишається розглянути, чи було втручання «необхідним у демократичному суспільстві».

72. Суд нагадує, що коли держави вважають за необхідне вдаватися до таких заходів, як обшуки житлових приміщень, з метою отримання доказів факту вчинення правопорушень, Суд буде оцінювати, чи були підстави, наведені для виправдання таких заходів, відповідними та чи було дотримано принцип пропорційності. Суд також буде вивчати наявність у національному законодавстві ефективних гарантій від зловживань та свавілля та перевіряти, як ці гарантії працюють в окремому випадку, який розглядається. Критерії, які слід брати до уваги в цьому контексті (але не обмежуватися ними), – це спосіб та обставини, за яких було ухвалено постанову про проведення обшуку, інші докази, доступні на той час, а також зміст та обсяг постанови. При цьому особлива увага має приділятись гарантіям, застосованим з метою обмежити розумними рамками вплив цього заходу.

73. Повертаючись до справи, яка розглядається, Суд зазначає, що обшук житла заявниці був проведений на підставі постанови, прийнятої Тростянецьким судом, і, таким чином, була пред-

метом судового контролю. Проте лише цей факт сам по собі не обов'язково призведе до наявності достатніх гарантій від зловживань. Оцінюючи, чи було втручання з боку держави пропорційним, Суд має розглядати особливі обставини кожної справи.

74. Оскаржуваний обшук проводився в рамках розслідування крадіжки в місцевому продуктовому магазині, у вчиненні якої міліція підозрювала дорослого сина заявниці. Суд визнає, що завдання виявлення доказів злочину може потребувати проведення обшуку в приміщеннях третьої сторони. Однак цей фактор слід враховувати при застосуванні оцінки пропорційності.

75. Суд зазначає, що для санкціонування проведення обшуку житла чи іншої власності закон вимагає, аби суди України були переконані у наявності достатніх підстав вважати, що речі, які розшукуються, можуть бути знайдені там.

76. Як вбачається із фактів, пов'язаних з подальшим розслідуванням кримінальної скарги заявниці стосовно обшуку, про який ідеться, Тростянецький суд мав деякі докази того, що син заявниці пан Р. міг бути причетний до розслідуваної крадіжки і що фактично він проживав, постійно або значний період часу, в будинку заявниці (…). Так, були наявні показання свідка, відповідно до яких автомобіль, схожий на автомобіль сина заявниці, був помічений поруч магазину в ніч, коли сталася крадіжка. Крім того, пан Р. був безробітним і були наявні відомості про те, що він мав дружні стосунки з крадієм, який у минулому мав судимість. Насамкінець, хоча були показання свідків про те, що син заявниці на час подій проживав в іншому місці, були також наявні фактичні докази та показання свідків, що він проживав разом із заявницею в її будинку.

77. Суд зазначає, що вищезазначені докази могли породити думку про те, що вкрадені речі могли б зберігатися у домогосподарстві заявниці. Необхідно наголосити, що факти, які породжують таку підозру, не повинні бути на однаковому рівні з тими, що необхідні для виправдання засудження чи навіть для пред'явлення обвинувачення та з'являються на подальшому етапі кримінального розслідування.

78. Далі Суд зазначає, що перед тим, як винести постанову про проведення обшуку, Тростянецький суд вивчив матеріали, отримані в ході оперативно-розшукових заходів, та заслухав слідчого (…). Таким чином, у нього склалася обґрунтована думка про дійсну наявність відповідних та достатніх підстав для проведення обшуку.

79. Крім того, заявник не стверджував, і це не випливало з матеріалів справи, що суддя, який розглядав це питання, діяв недобросовісно чи з будь-яких інших причин адекватно не здійснив судовий контроль.

80. Що стосується обґрунтування, наведеного в постанові про проведення обшуку Суд зазначає, що підозра, зазначена в цій постанові, ґрунтувалася на інформації, отриманій у ході оперативно-розшукових заходів. Наведення більш детальної інформації щодо цих заходів та їх результатів могло правильно вважатися невиправданим з огляду на дуже ранню стадію розслідування, та, зокрема, той факт, що деякі суттєві докази (а саме, викрадені речі) ще мали бути виявлені.

81. Суд також зазначає, що постанова про проведення обшуку була досить конкретною за змістом і містила чітке та детально описане посилання на розслідувану крадіжку із зазначенням викрадених речей та їхньої вартості.

82. Таким чином, Суд вважає, що обшук житла заявниці, на який вона скаржилася, ґрунтувався на відповідних та достатніх підставах і супроводжувався адекватними гарантіями від зловживань та свавілля. Таким чином, Суд не вважає його непропорційним переслідуваній меті.

83. Відповідно в цій справі не було порушення статті 8 Конвенції». [Ратушна проти України (17318/06). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_821]

162.3.3. Справа «Кривіцька та Кривіцький проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«42. Втручання держави є порушенням статті 8 Конвенції, якщо воно не переслідує законну мету, одну чи декілька, що перелічені у пункті 2 статті 8, не здійснюється «згідно із законом» та не може розглядатись як «необхідне в демократичному суспільстві».

43. Вислів «згідно із законом» не просто вимагає, щоб оскаржуваний захід мав підставу в національному законодавстві, але також звертається до якості такого закону. Зокрема, положення закону мають бути достатньо чіткими у своїх термінах, а також закон має передбачати засоби юридичного захисту проти свавільного застосування. Функція роз'яснення та тлумачення положень національного закону належить насамперед національним судам. Хоча Суд не може замінити своїм рішенням рішення національних судів та його повноваження щодо перевірки дотримання національного законодавства обмежені, його функцією є перевірка обґрунтування національних судів з точки зору Конвенції. Щоб захистити особу від свавілля, недостатньо забезпечити формальну можливість мати змагальне провадження для оскарження застосування положення закону в її справі. Якщо ухвалене в результаті судове рішення не містить обґрунтування або доказової бази, виникле втручання у гарантоване Конвенцією право може стати непередбачуваним та, як наслідок, не відповідати вимозі законності.

44. Крім того, втручання у право заявника на повагу до його житла має бути не лише законним, але й «необхідним у демократичному суспільстві». Інакше кажучи, воно має відповідати «нагальній суспільній необхідності», зокрема бути співрозмірним із переслідуваною законною метою. Концепція «житла» має першочергове значення для особистості людини, самовизначення, фізичної та моральної цілісності, підтримки взаємовідносин з іншими, усталеного та безпечного місця в суспільстві. Враховуючи, що виселення є серйозним втручанням у право особи на повагу до її житла, Суд надає особливої ваги процесуальним гарантіям, наданим особі в процесі прийняття рішення. Зокрема, навіть якщо законне право на зайняття приміщення припинено, особа вправі мати можливість, щоб співрозмірність заходу була визначена незалежним судом у світлі відповідних принципів статті 8 Конвенції. Відсутність обґрунтування в судовому рішенні підстав застосування законодавства, навіть якщо формальні вимоги було дотримано, може серед інших факторів братися до уваги при вирішенні питання, чи встановлено справедливий баланс заходом, що оскаржується.

45. Суд зазначає, що заявники у цій справі уклали договір найму спірної квартири в 1992 та 1993 роках відповідно. Урядом не було зазначено, що до виселення в 2002 році вони проживали в іншому місці. Отже, Суд вважає встановленим, що визнання договору найму недійсним і подальше виселення становить втручання у їхні права, що гарантуються статтею 8 Конвенції.

46. За твердженням Уряду, це втручання переслідувало законну мету захистити інтереси власника. Оскільки власником була сама держава, виселення захищало її інтереси та не може підпадати під виняток, передбачений пунктом 2 статті 8 Конвенції щодо захисту прав і свобод інших осіб. Оскільки державні органи вимагали звільнення квартири з метою отримання доходу, Суд може погодитись, що виселення розглядалось як покращення економічного добробуту держави. Таким чином, було задоволено вимогу щодо «законної мети» згідно з пунктом 2 статті 8 Конвенції.

(…)

51. Загалом, з огляду на ненадання державними органами належного обґрунтування для відхилення доводів заявників щодо застосовності до їхньої справи законодавства відносно виселення мешканців, які самоправно зайняли приміщення, та відсутності оцінки співрозмірності їхнього виселення, Суд вважає, що заявників було позбавлено адекватних процесуальних гарантій у процесі прийняття рішення щодо їхнього права на житло.

52. Отже, у цій справі мало місце порушення статті 8 Конвенції». [Кривіцька та Кривіцький проти України (30856/03). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_774]

162.3.4. Справа «Багієва проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«52. Суд зазначає, що при встановленні обсягу запропонованого обшуку, національний суд посилався на таке формулювання як «підроблені документи», а також «засоби та знаряддя для підроблення документів». Суд не вказав жодних деталей, навіть незважаючи на те, що міг це

зробити з огляду на предмет доказування кримінального провадження, що стосувався документів, які належали колишньому чоловіку заявниці або були пов'язані з ним, а також стверджуваного підроблення документів.

54. Крім того, додатково до наведеного вище висновку про те, що у постанові про дозвіл на обшук не були встановлені межі обшуку, варто зазначити, що працівники міліції вилучили низку речей, які навіть не входили до категорії розшукуваних речей, встановлених судом: мобільні телефони, скриня з готівкою, картина та ікона, – навряд чи відповідали обсягу обшуку, дозвіл на проведення якого було надано постановою суду, та стосувались кримінального провадження щодо підроблення посвідчення водія. Варто також зазначити, що органи влади згодом визнали, що вони вилучили мобільні телефони, які з самого початку не були включені до списку вилучених речей. Лише потім, із запізненням, вони повернули заявниці телефони та деякі інші речі, які не стосувалися кримінальної справи. У зв'язку з цим Суд зауважує, що поняті та представник житлово-експлуатаційної організації, запрошені міліцією для участі в проведенні обшуку, не пересвідчилися у правильності внесення до списку протоколу про проведення обшуку всіх вилучених речей, тау тому, чи відповідали вилучені речі обсягу обшуку, визначеному в постанові про дозвіл на обшук.

56. Суд доходить висновку, що було порушення статті 8 Конвенції». [Багієва проти України (41085/05). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_b65]

162.3.5. Справа «Бєлозоров проти Росії та України»

Фактичні обставини:

Україною ратифіковано (Закон №240/94-ВР від 10.11.94) «Конвенцію про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах» («Мінська конвенція»). Згідно зі ст. 5 цієї Конвенції: «При виконанні цієї Конвенції компетентні установи юстиції Договірних Сторін зносяться один з одним через свої центральні органи, якщо тільки цією Конвенцією не встановлений інший порядок зносин».

19 вересня 2000 року прокуратурою Північно-Західного адміністративного округу м. Москви (далі – прокуратура) було порушено кримінальну справу за фактом вбивства бізнесмена. 1 і 2 листопада 2000 року прокуратурою було винесено постанову про проведення обшуку квартири заявника у м. Феодосії, прокуратура направила до України групу працівників Управління внутрішнього розшуку ГУ МВС Російської Федерації у м. Москві. У своєму листі від 1 листопада 2000 року прокурор чітко зазначив, що він вирішив надіслати до Феодосії двох працівників управління для проведення «оперативно-розшукових заходів».

3 листопада 2000 року працівник української міліції Ков. та двоє працівників російської міліції Ті. і Го. встановили місцезнаходження заявника і затримали його. До заявника було застосовано наручники, а в його квартирі було проведено обшук. Обшук відбувся у присутності матері заявника Б. Н. та її сусідів К. М. і П. Н. як понятих, що було зафіксовано у протоколі обшуку, складеному Ков. 3 листопада 2000 року.

Рішення ЄСПЛ:

«114. (…) Очевидно, що клопотання про видачу було неофіційним та що посадові особи України не могли про це не знати.

(…)

119. Враховуючи попередні висновки Суду стосовно незаконності допомоги, яку 3 і 4 листопада 2000 року надали працівникам російської міліції посадові особи України, разом з твердженнями української прокуратури у листі від 8 грудня 2000 року щодо порушення статті 177 Кримінально-процесуального кодексу України та статті 80 Мінської Конвенції, Суд доходить висновку, що обшук, проведений 3 листопада 2000 року, не мав підстав ані згідно із законодавством України, ані згідно з Мінською Конвенцією, та що, таким чином, втручання органів влади України у права заявника за статтею 8 Конвенції не було «згідно із законом».

120. Відповідно у цій справі було порушення статті 8 Конвенції». [Бєлозоров проти Росії та України (43611/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b05]

162.3.6. Справа «Геращенко проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:

«133. Суд не має підстав сумніватися у тому, що при винесенні 19 травня 2004 року постанови про проведення обшуку Суворовський суд мав певні докази того, що заявник міг мати наркотичні засоби і намір їхнього збуту. А саме стверджувалося, що заявник збуває наркотичні засоби. Це слугувало підставою для проведення розслідування, в тому числі шляхом здійснення обшуку його помешкання.

134. Проте Суд зауважує, що міліція здійснила обшук помешкання заявника на підставі вищезазначеної постанови тільки через півтора місяці. Як відомо, жодного пояснення цій затримці надано не було. Крім того, хоча апеляційний суд при скасуванні вироку від 14 травня 2005 року піддав явній критиці нездійснення судом першої інстанції оцінки строків та контексту винесення постанови про проведення обшуку, про яку йдеться, це питання було повністю залишено без уваги у наступних судових рішеннях, винесених у кримінальній справі щодо заявника.

135. Суд звертає увагу на той факт, що обшук, щодо якого подано скаргу, відбувся майже негайно після оперативної закупівлі. Його проведення, ймовірно, було обумовлено певною невідкладністю з метою гарантувати збереження доказів злочину. Проте у цій справі той факт, що підставою для проведення обшуку слідчими органами була постанова від 19 травня 2004 року, не вказує на таку невідкладність.

(…)

137. З огляду на вищезазначене Суд не вважає, що втручання у право заявника на повагу до його житла було пропорційним законній цілі, що переслідувалась.

138. Отже, у зв'язку з цим було порушення статті 8 Конвенції». [Геращенко проти України (20602/05). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_985]

162.3.7. Справа «Сілін проти України»
Фактичні обставини:

У вересні 1997 року право на проживання у квартирі державної форми власності, де проживав батько заявників до своєї смерті (29 грудня 1996 року), перейшло до пана С.

У невстановлену дату заявники звернулися до відділу міліції та прокуратури з декількома скаргами стосовно їх незаконного виселення із зазначеної квартири. У вересні 2000 року скарги заявників були розглянуті та відхилені як необґрунтовані. Органи внутрішніх справ та прокуратура відмовили в порушенні кримінальної справи за цим фактом.

Рішення ЄСПЛ:

«40. Заявники також скаржаться на виселення їх із квартири та неспроможність органів внутрішніх справ запобігти проживанню у квартирі сторонніх осіб, що є порушенням їх права на повагу до житла, передбаченого пунктом 1 статті 8 Конвенції.

41. Суд зазначає, що заявники зверталися з цими скаргами до національних судів. Останні встановили, що заявники ані проживали у спірній квартирі, ані набули права проживати у ній. Відповідно вони не були виселені з квартири. Беручи до уваги ці обставини відповідно до пункту 1 статті 6 та статті 13 Конвенції Суд не знаходить жодних підстав, щоб дійти інших висновків, ніж національні суди.

42. Суд вважає, що факти цієї справи не свідчать про будь-які ознаки порушення статті 8 Конвенції, та зазначає, що ця частина заяви повинна бути відхилена як явно необґрунтована згідно з пунктами 3 та 4 статті 35 Конвенції». [Сілін проти України (23926/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_103]

162.3.8. Справа «Пантелеєнко проти України»
Фактичні обставини:

Із травня 1999 року прокуратура м. Чернігова (далі – прокуратура) порушила кримінальну справу проти заявника за звинуваченням у зловживанні службовим становищем та підробці офі-

ційних документів. Версія обвинувачення полягала в тому, що заявник, діючи як приватний нотаріус, шляхом обману завіряв операції, пов'язані з правом власності та нерухомістю, використовуючи недійсні реєстраційні форми. 21 травня 1999 року прокурор м. Чернігова видав ордер на обшук нотаріальної контори заявника. Обшук було проведено того самого дня. Відповідно до протоколу, складеного за результатами обшуку, уповноваженими органами було вилучено з контори нотаріальні печатки і документи, ряд бухгалтерських документів та металевий сейф. Останній було відкрито 2 липня 1999 року у приміщенні прокуратури. Відповідними протоколами засвідчено, що в ньому, крім іншого, було знайдено особисті речі заявника.

4 серпня 2001 року кримінальну справу було закрито за малозначущістю вчиненого злочину. Скаргу заявника щодо цієї постанови було відхилено 6 листопада 2001 року Деснянським судом як недостатньо обґрунтовану. Зокрема, суд зазначив, що провину заявника було підтверджено доказами, зібраними під час розслідування.

Рішення ЄСПЛ:

«47. Оскільки Уряд заявив, що держава має більше повноважень у сфері обшуку офісних приміщень у порівнянні з обшуком житлових помешкань, Суд вважає недоцільним розпочинати дискусію з цього приводу, наслідок якої не матиме жодного відношення до цієї справи. Суду достатньо, що в будь-якому випадку (а це була спільна позиція) обшук офісу заявника призвів до порушення, у значенні статті 8 Конвенції, його права на повагу до житла.

(…)

51. Суд, однак, відмічає, що 28 серпня 2000 року Новозаводський суд дійшов висновку, що цей обшук «було проведено незаконно», оскільки органи влади не дотрималися вищезазначених засобів правового захисту, передбачених законодавством. Отже, слідчі органи, знаючи про місцеперебування заявника, навіть не спробували вручити йому ордер на обшук. Більше того, замість вибору доказів, суттєвих для розслідування, вони вилучили всі документи з офісу та певні особисті речі, що належать заявнику, які не мали жодного відношення до справи.

52. Варто зазначити, що сутність цього висновку ніколи не скасовувалася судами вищої інстанції, хоча це рішення було в подальшому скасоване з інших підстав. Більше того, Уряд під час розслідування не ставив під сумнів цей факт і не надавав доказів протилежного.

53. За таких обставин, Суд постановляє, що втручання, яке розглядається, не було здійснено «відповідно до закону» і, таким чином, мало місце порушення статті 8». [Пантелеєнко проти України (11901/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_274]

162.3.9. Справа «Бєлоусов проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«105. Повертаючись до фактів цієї справи, Суд звертає увагу на аргумент Уряду про те, що втручання, щодо якого надійшла скарга, було здійснено «згідно із законом», оскільки ґрунтувалось на статті 190 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, чинного на час подій, якою регулювалась, зокрема, процедура, за допомогою якої державні органи, що розслідують кримінальні злочини, можуть оглядати житлові приміщення. Суд також зазначає, що це положення, за винятком обмеженої кількості невідкладних випадків, коли ці вимоги не діють, зобов'язувало державні органі отримати або постанову суду, або письмову згоду володільця в якості передумови для огляду житлових приміщень. У контексті цієї справи огляд здійснювався на підставі письмової згоди, наданої заявником працівникам міліції.

106. Суд також зауважує, що згідно з наявними документами вищезазначений дозвіл був підписаний заявником у другій половині дня 18 липня 2005 року. Як встановлено вище, впродовж цього строку заявник тримався під вартою у відділенні міліції, що не підтверджено документально, та був підданий жорстокому поводженню з боку міліції. Також вбачається, що заявника було доправлено для участі в огляді під щільним наглядом кількох працівників міліції, яких заявник вважав винними у жорстокому поводженні з ним, та що впродовж усієї процедури він залишався в наручниках. Отже, працівники міліції отримали дозвіл заявника на огляд його житла за обставин,

в яких були відсутні процесуальні гарантії, що захищають його здатність висловлювати свою справжню думку. За цих обставин Суд вважає правдоподібним, що заявник відчував, що його примушують надати дозвіл, про який йдеться. Отже, цей оскаржуваний огляд не здійснювався на підставі справжнього дозволу заявника, а отже, умов для застосування статті 190 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року явно не було дотримано.

107. Цього висновку достатньо, щоб дійти висновку, що огляд працівниками міліції житла заявника 18 липня 2005 року не проводився згідно із законом.

108. Отже, було порушення статті 8 Конвенції». [Бєлоусов проти України (4494/07). https://minjust.gov.ua/files/37660]

162.3.10. Справа «Володимир Поліщук та Світлана Поліщук проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:

«43. Суд вважає, що обшук, про який ідеться, становив втручання у право заявниці на повагу до її приватного життя та її житла. Залишається вирішити питання, чи було це втручання виправданим з точки зору пункту 2 статті 8 Конвенції і, зокрема, чи було воно – для цілей цього пункту – здійснене «згідно із законом».

44. Суд повторює, що словосполучення «згідно із законом» у пункті 2 статті 8 Конвенції, по суті, стосується національного законодавства і встановлює обов'язок забезпечувати дотримання матеріальних та процесуальних норм.

45. У справі, що розглядається, Суд зазначає, що факт незаконності проведення обшуку двічі встановлювався національними органами, а саме – обласною прокуратурою і Токмацьким районним судом. Хоча згодом відповідне рішення Токмацького районного суду було скасовано, суди вищого рівня не поставили під сумнів суть його висновків. До того ж результати перевірки, проведеної обласною прокуратурою стосовно незаконності обшуку, ніколи не оспорювалися. Суд не бачить підстав відходити від цих висновків національних органів і визнає, що обшук проводився всупереч вимогам національного законодавства.

46. Суд також зазначає, що, хоча національні органи визнали обшук незаконним і притягли працівників міліції до дисциплінарної відповідальності, вони не запропонували заявниці жодного відшкодування. Однак вбачається, що обшук проводився в присутності заявниці і гостей, запрошених на святкування дня народження сина заявників.

47. Беручи до уваги ці конкретні обставини, Суд вважає, що втрата заявницею статусу жертви вирішальною мірою залежала від відшкодування, якого заявниця безуспішно вимагала. Тому Суд вважає, що, оскільки заявниці не було присуджено відшкодування шкоди, вона може й далі вважати себе жертвою порушення статті 8 Конвенції.

48. Суд також визнає, що, оскільки зазначене втручання суперечило національному законодавству, як це встановили національні органи, таке втручання не відповідало вимозі законності, передбаченій статтею 8 Конвенції. З цього випливає, що мало місце порушення цього положення». [Володимир Поліщук та Світлана Поліщук проти України (12451/04). https://minjust.gov.ua/files/24886]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 162 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

162.4.1. У випадках, коли порушення недоторканності житла вчинене від імені держави, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону права людини на недоторканність житла, своєчасне і повне розслідування випадків його порушення, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

(Див: 04.13)

162.4.2. ЄСПЛ виділяє чотири основні критерії (умови) відповідності вимогам ст. 8 Конвенції дій державних службовців чи інших осіб, які становлять втручання в право, що захищено ст. 8 Конвенції.

Втручання в право особи на повагу до свого житла визнається таким, що не суперечить Конвенції, якщо виконані такі умови (критерії):

1. Втручання було мало юридичну основу в національному законодавстві.

Перший критерій визнається наявним, якщо:

а) відповідні норми національного законодавства прийняті в установленому порядку і містять ефективні гарантії від зловживань та свавілля під час їх застосування;

б) відповідні норми національного законодавства доступні (наприклад, опубліковані в установленому порядку) для особи, право якої порушено;

в) відповідні норми національного законодавства є «передбачуваними», тобто вони сформульовані з достатньою чіткістю, що дає змогу кожній особі у разі потреби за допомогою відповідної консультації регулювати свою поведінку.

2. Втручання слугувало легітимній (законній) меті з числа тих, що перелічені у п. 2 ст. 8 Конвенції.

Другий критерій визнається наявним, якщо втручання вчинено:

а) в інтересах національної та громадської безпеки;

б) в інтересах економічного добробуту країни;

в) для запобігання заворушенням чи злочинам;

г) для захисту здоров'я чи моралі;

д) для захисту прав і свобод інших осіб.

3. Втручання було необхідним у демократичному суспільстві.

Третій критерій визнається наявним, якщо:

а) втручання відповідало «нагальній суспільній необхідності»;

б) втручання вчинено з дотриманням принципу пропорційності – було співрозмірним із переслідуваною легітимною метою.

4. Втручання було санкціоновано законним судовим рішенням.

Четвертий критерій визнається наявним, якщо:

а) судове рішення ґрунтувалося на відповідних фактичних підставах;

б) судове рішення містить обґрунтування необхідності втручання;

в) судове рішення чітко визначає змістовні та часові обсяги (межі) втручання (виселення, обшуку тощо).

(Див.: 162.2.1; 162.2.2; 162.3.2; 162.3.3, а також нижче пункти 162.4.4–162.4.6)

162.4.3. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («порушення встановленого законом порядку»), має здійснюватися з врахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість за необхідності за належної правової допомоги передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підп. 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

162.4.4. Фактичні підстави як докази необхідності проведення обшуку не обов'язково мають бути на однаковому рівні з доказами, що необхідні для засудження чи навіть для пред'явлення обвинувачення та з'являються на подальшому етапі кримінального розслідування.

(Див.: 162.3.2 – п. 77)

162.4.5. Розпливчастість та надмірна узагальненість формулювань щодо змістовних та часових обсягів (меж) втручання в судових рішеннях про дозвіл виселення, обшуку визнається ЄСПЛ порушенням ст. 8 Конвенції.
(Див.: 162.3.4)

162.4.6. Незаконними є огляд чи обшук, проведені на виконання запиту (прохання) іноземних правоохоронних органів за відсутності належним чином оформленого доручення чи вимоги про надання правової допомоги.
(Див.: 162.3.5)

162.4.7. Незаконним є обшук, проведений через півтори місяці після винесення постанови про проведення обшуку житла чи іншого володіння особи без жодного пояснення цій затримці.
(Див.: 162.3.6)

162.4.8. Не може вважатися потерпілою від злочину, передбаченого ст. 162 КК України, особа, яка ані проживала у відповідному приміщені, ані набула права проживати в ньому.
(Див.: 162.3.7)

162.4.9. Незаконним є обшук, який було проведено з порушенням правових норм про обов'язок вручення ордера про обшук та про заборону вилучення під час обшуку предметів, які абсолютно не стосуються справи.
(Див.: 162.3.8)

162.4.10. Незаконним є огляд житла, проведений на підставі згоди на це власника житла за обставин, які свідчать про відсутність добровільності зазначеної згоди.
(Див.: 162.3.9)

162.4.11. Житлом як предметом складу цього злочину є об'єкт нерухомості (квартира, приватний будинок тощо), у якому фактично тривалий час проживає потерпіла особа, незалежно від наявності для цього законних підстав у вигляді права власності, договору оренди тощо.
(Див.: 162.1.3; 162.1.4; 162.3.1)

162.4.12. Житлом як предметом складу цього злочину є не лише квартира чи приватний будинок, але також офіс потерпілої особи.
(Див.: 162.3.8 – п. 47)

162.4.13. Незаконний обшук в офісі адвоката з вилученням документації має кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених ст. 397 та ст. 162 КК України.
(Див.: 397.3.1 та 397.4.1)

162.4.14. Конвенція та ЄСПЛ не покладають на національні органи влади обов'язку притягати представників влади за порушення недоторканності житла невідмінно до кримінальної відповідальності. Однак, якщо винні не притягнуті до кримінальної відповідальності на перший план виходить відшкодування потерпілим завданої шкоди. За відсутності такого відшкодування існує імовірність визнання національної влади винною в порушенні ст. 8 Конвенції.
(Див.: 162.3.10)

Стаття 163. Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер

1. Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер, –

караються штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або щодо державних чи громадських діячів, журналіста, або вчинені службовою особою, або з використанням спеціальних засобів, призначених для негласного зняття інформації, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

(Стаття 163 із змінами, внесеними згідно із Законом № 993 – VIII від 04.02.2016)

§1. Норми міжнародного права
щодо таємниці кореспонденції

163.1.1. Женевська Конвенція (III) про поводження з військовополоненими
(ООН, від 12.08.1949)
(ратифіковано Указом ПВР від 03.07.1954)
«***Стаття 76***
Цензурування кореспонденції, яку надсилають або одержують військовополонені, здійснюють якомога швидше. Цензурування кореспонденції здійснюють лише держава-відправник і держава-одержувач, при цьому кожна з них здійснює цензурування лише раз». [Женевська Конвенція (III) про поводження з військовополоненими. (ООН, від 12.08.1949). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_153]

163.1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
*«**Стаття 8. Право на повагу до приватного і сімейного життя***
1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції.
2. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

163.1.3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)
*«**Стаття 17***
1. Ніхто не повинен зазнавати свавільного чи незаконного втручання в його особисте і сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність його житла або таємницю його кореспонденції чи незаконних посягань на його честь і репутацію.
2. Кожна людина має право на захист закону від такого втручання чи таких посягань». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

163.1.4. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 16 – Стаття 17 (право на особисте життя)»
(ООН, 1988)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«8. Даже в отношении вмешательства, которое соответствует Пакту, в соответствующем законодательстве должны подробно определяться конкретные обстоятельства, в которых такое вмешательство может допускаться. Решение о санкционировании такого вмешательства должно приниматься только конкретным органом, предусмотренным законом, и строго индивидуально. Статья 17 требует, чтобы неприкосновенность и конфиденциальность корреспонденции были гарантированы де юре и де факто. Корреспонденция должна доставляться адресату без перехвата, не вскрываться и не прочитываться так или иначе. Должно быть запрещено электронное или иное наблюдение, перехватывание телефонных, телеграфных и других сообщений, прослушивание и запись телефонных разговоров. (…)
9. Государства участники обязаны не участвовать сами в осуществлении вмешательств, несовместимых со статьей 17 Пакта, и обеспечивать правовую основу, запрещающую такие действия со стороны физических или юридических лиц. [Комітет ООН з прав людини «Зауваження

загального порядку №16 – Стаття 17 (право на особисте життя)» (Тридцять друга сесія – 1988 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.asp]

163.1.5. Рекомендація № Rec (2005) 10 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про «особливі методи розслідування» тяжких злочинів, а також у разі терористичних актів»

(Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи, від 20.04.2005)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«Комитет министров, в соответствии с положениями статьи 15 «b» Устава Совета Европы,

(…)

принимая во внимание Конвенцию о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных (СЕД №108, от 28 января 1981 г.) и Дополнительный протокол к ней о наблюдательных органах и трансграничной передаче информации (СЕД № 181, от 8 ноября 2001 г.); Рекомендацию № R (87) 15 об использовании персональных данных полицейскими службами; а также Рекомендацию № R (95) 4 о защите персональных данных в области телекоммуникационных услуг, в особенности услуг телефонной связи;

(…)

Раздел I. Определения и сфера применения

В целях данной Рекомендации «особые методы расследования» означают методы, применяемые компетентными органами в области уголовных расследований в целях раскрытия и расследования тяжких преступлений и установления подозреваемых и направленные на сбор информации таким образом, чтобы не вызвать подозрений у объекта расследования.

В целях данной Рекомендации «компетентные органы» означают судебные органы, органы уголовного преследования и следственные органы, участвующие в выборе, использовании методов расследования или контроле их использования, в соответствии с государственным законодательством.

4. Особые методы расследования должны использоваться, только если есть основания полагать, что тяжкое преступление совершено, подготовлено или готовится одним или несколькими конкретными лицами или еще не установленным лицом или группой лиц.

5. Необходимо обеспечить соразмерность между последствиями использования особых методов расследования и поставленной целью. В этом отношении при принятии решения об их использовании необходимо оценить серьезность правонарушения и учесть, что особые методы расследования имеют характер вмешательства.

(…)

10. Государства-члены должны в надлежащей степени обеспечить сохранность и защиту данных о передвижении и нахождении лиц компаниями, оказывающими услуги связи, такими, как провайдеры телефонных и интернет услуг, в соответствии с государственным законодательством и международными документами, особенно Европейской конвенцией о правах человека и Конвенцией о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных (СЕД N 108).

11. Государства-члены должны принять надлежащие меры по обеспечению соответствия техники, необходимой для особых методов расследования, в частности в области прослушивания средств связи, минимальным требованиям конфиденциальности, сохранности и доступности». [Рекомендація № Rec (2005) 10 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про «особливі методи розслідування» тяжких злочинів, а також у разі терористичних актів». (Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи, від 20.04.2005). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_670]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо таємниці кореспонденції

163.2.1. Справа «Halford v. the United Kingdom»

«44. Із точки зору Суду, з його прецедентної практики телефонні дзвінки, що здійснюються як з ділових приміщень, так само як і з житлових приміщень, можуть охоплюватися поняттями

«приватне життя» та «кореспонденція» у розумінні пункту 1 ст. 8 Конвенції». [Halford v. the United Kingdom (20605/92). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58039] (Неофіційний авторський переклад).

163.2.2. Справа «Klass and Others v. Germany»

«41. (…) Хоча телефонні розмови прямо не згадуються в пункті 1 статті 8 Конвенції, Суд, як і Комісія, вважає, що такі розмови охоплюються поняттями «приватне життя» і «кореспонденція», про які йдеться в цій нормі». [Klass and Others v. Germany (5029/71). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57510] (Неофіційний авторський переклад).

163.2.3. Справа «Malone v. The United Kingdom»

«81. Існування законодавства, що дозволяє перехоплювати повідомлення, щоб допомогти поліції виконати свої завдання, може бути необхідним у демократичному суспільстві для захисту правопорядку і попередження кримінальних правопорушень у сенсі п. 2 статті 8 Конвенції.

(…)

84. (…) Проте Суд не погоджується, що використання даних, отриманих під час [законного] зняття інформації, незалежно від обставин і цілей, не може спричинити виникнення питання згідно зі статтею 8 Конвенції. Записи обліку містять інформацію, зокрема набрані номери, що є невід'ємним елементом у повідомленнях, зроблених по телефону. Відповідно, поширення поліцією цієї інформації без згоди особи також, на думку Суду, становить втручання у право, гарантоване статтею 8 Конвенції». [Malone v. The United Kingdom (8691/79). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57533] (Неофіційний авторський переклад).

163.2.4. Справа «Lambert v. France»

«21. Суд зазначає, що оскільки телефонні переговори охоплюються поняттями «приватне життя» та «листування» у значенні статті 8, заходи перехоплення становили втручання державного органу у здійснення права, що забезпечене в пункті 1 цієї статті. У зв'язку з цим не мало значення що телефонне прослуховування, про яке йшлося, було проведено на лінії третьої сторони». [Lambert v. France (88/1997/872/1084). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58219] (Неофіційний авторський переклад).

163.2.5. Справа «Михайлюк та Петров проти України»

«24. Суд нагадує, що відкриття листа само по собі достатньо для становлення втручання у право заявника на повагу до кореспонденції». [Михайлюк та Петров проти України (11932/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_500]

163.2.6. Справа «Сергій Волосюк проти України» (Sergey Volosyuk v. Ukraine)»

«81 (…) перевірка кореспонденції заявника, здійснювана посадовими особами установи, в якій його тримали під вартою, становила втручання у право заявника на повагу до своєї кореспонденції, гарантоване пунктом 1 статті 8 Конвенції. Суд також зазначає, що таке втручання суперечитиме статті 8 Конвенції, якщо воно здійснюється не «згідно із законом», не має однієї або кількох легітимних цілей, зазначених у пункті 2 статті 8 Конвенції, а також не є «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення цих цілей.

82. Словосполучення «згідно із законом» не лише вимагає дотримання національного закону, а й стосується якості такого закону. Суд нагадує, що національне законодавство має з достатньою чіткістю визначати межі та спосіб здійснення відповідного дискреційного права, наданого органам влади, щоб забезпечувати громадянам той мінімальний рівень захисту, на який вони мають право згідно з принципом верховенства права в демократичному суспільстві.

83. Суд у своїй практиці вже визнав, що перевірка кореспонденції в'язнів, здійснювана в автоматичному режимі на підставі правових норм, які сформульовані в досить загальній формі і які надають адміністрації місць позбавлення волі широкі дискреційні повноваження у цьому зв'язку, становить практику, яка не відповідає вимогам статті 8 Конвенції». [Сергій Волосюк проти України (Sergey Volosyuk v. Ukraine) (1291/03). http://old.minjust.gov.ua/file/1716.docx]

163.2.7. Справа «Margareta and Roger Andersson v. Sweden»

«72. Телефонні розмови між членами однієї сім'ї включаються в поняття «сімейне життя» і «кореспонденція» за змістом статті 8 Конвенції». [Margareta and Roger Andersson v. Sweden (61/1990/252/323). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57748] (Неофіційний авторський переклад).

163.2.8. Справа «Pfeifer and Plankl v. Austria»

«46. Певний контроль за листуванням ув'язнених відповідає Конвенції, але таке втручання не повинно виходити за межі вимог щодо законної мети». [Pfeifer and Plankl v. Austria (10802/84). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57753] (Неофіційний авторський переклад).

163.2.9. Справа «Campbell v. the United Kingdom»

«48. Очевидно, що, як зазначив уряд, межа між повідомленнями про передбачувані судові справи та справи загального характеру особливо складно окреслити, а кореспонденція з адвокатом може стосуватися питань, які мало чи зовсім не пов'язані з судовими процесами. Проте Суд не бачить причин, щоб розрізняти різні категорії кореспонденції з адвокатами, які, незалежно від їх призначення стосуються приватного та конфіденційного характеру. У принципі на такі листи поширюються гарантії статті 8 Конвенції.

Це означає, що адміністрація в'язниці може відкрити лист адвоката ув'язненому, якщо існують обґрунтовані причини вважати, що в конверті є незаконне вкладення, яке звичайні засоби не змогли розкрити. Однак відкритий лист не можна читати. Необхідно забезпечити відповідні гарантії, що перешкоджають читанню листа, наприклад, відкриття листа у присутності ув'язненого. З іншого боку, читання листів ув'язненого до адвоката і листів від адвоката може бути дозволено, але лише у виняткових обставинах, коли влада має обґрунтовану підставу вважати, що зміст листа ставить під загрозу безпеку в'язниці або безпеку інших осіб, або має кримінальний характер». [Campbell v. the United Kingdom (13590/88). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57771] (Неофіційний авторський переклад).

163.2.10. Справа «Amann v. Switzerland»

«56. (…) Суд завжди дотримувався думки, що словосполучення «згідно із законом» не просто відсилає до національного законодавства, а й пов'язане з вимогою якості «закону», тобто вимогою дотримання принципу «верховенства права», про що прямо говориться у преамбулі Конвенції (…). Отже, цей вислів означає – і це випливає з предмета і мети статті 8, – що в національному законодавстві має існувати засіб правового захисту від свавільного втручання державних органів у права, гарантовані пунктом 1. (...) Ризик такої свавільності є особливо очевидним в умовах, коли повноваження виконавчої влади здійснюються таємно. (...) Оскільки здійснювані на практиці заходи таємного спостереження за обміном інформації є закритими для їх ретельного аналізу з боку осіб, яких це стосується, або з боку громадськості загалом, надання правової дискреції органам виконавчої влади у вигляді необмежених повноважень було б несумісним з принципом верховенства права. Отже, закон має з достатньою чіткістю визначати межі такої дискреції, наданої компетентним органам, і порядок її здійснення, з урахуванням законної мети даного заходу, щоб забезпечити особі належний захист від свавільного втручання.

Він також заявив, що виклики та інші форми перехоплення телефонних переговорів становлять серйозне втручання у приватне життя та листування, і відповідно вони повинні ґрунтуватися на особливому точному законі». Необхідно мати чіткі, детальні правила з цього питання, особливо тому, що доступна для використання технологія постійно стає все більш досконалою». [Amann v. Switzerland (27798/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58497] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо таємниці кореспонденції

163.3.1. Справа «Copland проти Сполученого Королівства»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«1. Межі приватного життя

41. Відповідно до практики Суду телефонні дзвінки з ділових приміщень з першого погляду охоплюються поняттями приватного життя та кореспонденції у цілях ч. 1 ст. 8 Конвенції. Звідси логічно випливає, що відправлені з роботи електронні листи також повинні захищатися на підставі ст. 8 Конвенції, як і інформація, отримана з відстеження приватного використання мережі Інтернет.

42. Заявниця у цій справі не була попереджена про те, що її дзвінки можуть бути піддані відстеженню, тому вона обґрунтовано сподівалася на приватність дзвінків, зроблених з її робочого телефону. Таке ж очікування мала заявниця і щодо електронної пошти та використання мережі Інтернет.

2. Чи мало місце втручання у права, гарантовані ст. 8 Конвенції

43. Суд зазначив, що використання інформації щодо дати та тривалості телефонних розмов, а особливо щодо набраних номерів може порушити питання за ст. 8 Конвенції, оскільки така інформація становить «центральний елемент контактів, здійснюваних по телефону». Простий факт того, що ці дані могли бути легітимно отримані коледжем у формі рахунків за послуги телефонного зв'язку не забороняє встановити втручання у право, гарантоване ст. 8 Конвенції. Більше того, до збереження особистих даних, що стосуються приватного життя індивіда, також застосовується гарантії ч. 1 ст. 8 Конвенції. Таким чином, не важливим є те, що отримана коледжем інформація не була оприлюднена та не використовувалася проти заявниці у дисциплінарному чи іншому провадженнях.

44. Відповідно, Суд вважає, що збирання та збереження особистої інформації щодо телефонних контактів заявниці, а також щодо її електронної пошти та користування мережею Інтернет, без її відома становлять втручання у право на повагу до приватного життя та кореспонденції у розумінні ст. 8 Конвенції.

3. Чи здійснювалося втручання «відповідно до закону»

45. Суд зазначає, що у його практиці усталеною є позиція, згідно з якою термін «відповідно до закону» означає – і це випливає з предмета та цілей ст. 8 Конвенції – що повинен бути засіб юридичного захисту у національному законодавстві для усунення свавільних втручань державних органів у право, що охороняється ч. 1 ст. 8 Конвенції. Це тим більше стосується сфери відстеження інформації з огляду на брак громадського контролю та ризик зловживання владою.

46. Цей термін не лише вимагає відповідності втручання національному законодавству, але й стосується якості закону, який має відповідати принципу верховенства права. Для виконання обов'язку передбачуваності закон повинен бути сформульованим достатньо чітко для того, аби індивіди могли правильно встановити обставини та умови, за яких державні органи уповноважені застосувати будь-який з таких заходів.

47. Суд не переконаний твердженням Уряду про те, що коледж був законодавчо наділений повноваженнями вживати «усіх необхідних та достатніх заходів» у цілях надання професійної та вищої освіти, а тому відхиляє цей аргумент. Більш того, Уряд не стверджував, що на час подій у справі були наявні певні положення національного права чи внутрішні акти коледжу, котрі б встановлювали обставини, за яких роботодавці можуть відстежувати користування телефоном, електронною поштою та мережею Інтернет працівниками. Крім того, зрозуміло, що Правила дистанційного зв'язку (правомірна ділова практика) 2000 року, (прийняті відповідно до Закону «Про регулювання повноважень з розслідування» 2000 року), які передбачали такі положення щодо відстеження, не були чинними на момент подій у справі.

48. Відповідно, оскільки на момент подій у справі заявниці був відсутній національний закон, котрий би урегульовував діяльність з відстеження, втручання у право заявниці у цій справі не здійснювалося «відповідно до закону», як того вимагає ч. 2 ст. 8 Конвенції. Суд не виключає того, що відстеження телефону, електронної пошти чи використання мережі Інтернет працівником на робочому місці може вважатися «необхідним у демократичному суспільстві» у певних ситуаціях та переслідувати законну мету. Однак з огляду на попередні висновки Суду немає необхідності висловлюватися з приводу цього у справі заявниці.

49. Таким чином, з огляду на вище зазначене, мало місце порушення ст. 8 Конвенції». [Copland проти Сполученого Королівства (62617/00). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117767]

163.3.2. Справа «Halford v. the United Kingdom»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
(Неофіційний авторський переклад)
«41. Пані Halford стверджувала, що перехоплення її телефонних дзвінків становило порушення статті 8 Конвенції. (…)

42. Заявник стверджував і Комісія погодилася, що заклики, зроблені на телефонах в офісі пані Halford у штаб-квартирі поліції Merseyside, потрапляли до сфери «приватного життя» та «кореспонденції» в пункті 1 статті 8 Конвенції, оскільки Суд у своїй практиці прийняв широке тлумачення цих виразів.

43. Уряд стверджував, що телефонні дзвінки, зроблені пані Halford з її робочого місця, виходять за межі захисту статті 8 Конвенції, оскільки вона не могла мати належних очікувань щодо конфіденційності щодо них. На слуханні в Суді адвокат уряду висловив думку, що роботодавець повинен, в принципі, без попереднього попередження працівника мати змогу контролювати дзвінки, зроблені останнім, на телефонах, що надаються роботодавцем.

44. Із точки зору Суду, з його прецедентної практики видно, що телефонні дзвінки, що здійснюються як з ділових приміщень, так і з житла, можуть охоплюватися поняттями «приватне життя» та «кореспонденція» у розумінні пункту 1 статті 8 Конвенції.

45. Немає ніяких доказів того, що будь-яке попередження було надано пані Halford, як користувачу внутрішньої телекомунікаційної системи в штаб-квартирі поліції Merseyside, що дзвінки, зроблені на цій системі будуть підлягати перехопленню. Суд вважає, що вона мала розумні очікування щодо конфіденційності для таких дзвінків, що підкріплене низкою обставин. Будучи помічником головного констебля, вона використовувала лише її офіс, де було два телефони, один з яких спеціально призначений для особистого користування. (…)

46. З усіх вищезгаданих причин Суд доходить висновку, що розмови, які мали місце пані Halford на її офісних телефонах, підпадають під поняття «приватне життя» та «листування», і тому стаття 8 Конвенції застосовна до цієї частини скарги.

(…)

51. Суд зазначає, що Закон 1985 р. Великобританії не стосується внутрішніх систем зв'язку державних органів, таких, зокрема, як штаб-квартира поліції, і що немає інших положень у національному законодавстві про перехоплення телефонних розмов на таких системах. Отже, не можна сказати, що втручання було «відповідно до закону» для цілей пункту 2 статті 8 Конвенції, оскільки внутрішнє законодавство не забезпечує адекватного захисту для заявника проти втручання з боку поліції на повагу до приватного життя і кореспонденції.

Звідси випливає, що було порушено статтю 8 у зв'язку з перехопленням дзвінків, зроблених на телефонних апаратах пані Halford». [Halford v. the United Kingdom (20605/92). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58039]

163.3.3. Справа «Сергій Волосюк проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
«84. У справі, що розглядається, Суд зауважує, що на підставі національного законодавства посадові особи місця попереднього ув'язнення перевіряли всі листи (за зовсім незначними винятками) осіб, узятих під варту. Зокрема, до 6 лютого 2003 року винятком були тільки листи, адресовані прокуророві, а після 6 лютого 2003 року, під час перебування заявника під вартою, перевірці вже не підлягали й листи, адресовані Уповноваженому Верховної Ради з прав людини.

85. У відповідних положеннях національного закону додатково не проводилося розмежування між різними категоріями осіб, з якими було дозволено листуватися в'язням, наприклад між право-

охоронними та іншими національними органами, конвенційними та іншими міжнародними органами, родичами, адвокатами та ін. До того ж, оскільки перевірка здійснювалася в автоматичному режимі, органи влади не були зобов'язані виносити вмотивовані рішення із зазначенням підстав, на яких перевіряється кореспонденція. У законі також не уточнювалося, чи особа під вартою мала право бути поінформованою про ті чи інші зміни в листах, які вона відправляла. У ньому не передбачалося й конкретних засобів юридичного захисту, за допомогою яких особа, взята під варту, могла б оскаржити спосіб чи межі застосування заходів перевірки, передбачених законом.

86. З огляду на викладені міркування Суд доходить висновку, що чинні положення національного законодавства не визначали з достатньою чіткістю межі та спосіб здійснення відповідного дискреційного повноваження, наданого органам державної влади стосовно перевірки кореспонденції осіб, узятих під варту. Тобто оскаржуване втручання здійснювалося не «згідно із законом». Тому Суд не вважає за необхідне з'ясовувати, чи було дотримано в цій справі інших вимог пункту 2 статті 8, і постановляє, що було порушено це положення». [Сергій Волосюк проти України (Sergey Volosyuk v. Ukraine) (1291/03). http://old.minjust.gov.ua/file/1716.docx]

163.3.4. Справа «Bărbulescu v. Romania»

Фактичні обставини:

Заявник створив акаунт в Yahoo Messenger на вимогу роботодавця для комунікації з клієнтами та продажу продукції компанії. Локальними актами роботодавця було категорично заборонено використання комп'ютерів, сканерів, телефонів, телексу та факсу для особистих цілей. Попри таку заборону, заявник використовував Yahoo Messenger для особистої переписки в робочий час. За це його було звільнено з роботи.

Рішення ЄСПЛ:

(Неофіційний авторський переклад)

«131. Суд зазначає, що національні суди правильно визначили інтереси, що стоять на карті, явно посилаючись на право заявника на повагу до його приватного життя, а також на застосовні правові принципи. Зокрема, Апеляційний суд висловив чітке посилання на принципи необхідності, уточнення мети, прозорість, легітимність, пропорційність та безпеку, викладені в Директиві 95/46 / ЄС, і зазначив, що моніторинг використання Інтернету та електронних засобів зв'язку на робочих місцях регулювалися цими принципами. Внутрішні суди також перевіряли, чи проводилися дисциплінарні провадження у суперечці, і чи дали заявникові можливість висунути свої аргументи.

132. Залишається з'ясувати, як національна влада врахувала свої міркування з урахуванням вищезазначених критеріїв, коли зважує право заявника на повагу до його особистого життя та кореспонденцію з правом роботодавця займатися моніторингом, у тому числі відповідні дисциплінарні повноваження, з метою забезпечення безперебійної роботи компанії.

133. Що стосується того, чи заявник отримав попереднє повідомлення від свого роботодавця, Суд зауважує, що він вже зробив висновок, що він, як видається, не був попереджений про ступінь та характер діяльності моніторингу свого роботодавця або про те, що роботодавець може мати доступ до фактичного вмісту його кореспонденції. Стосовно можливості моніторингу він зазначає, що окружний суд просто зауважив, що «увага працівників була звернена на той факт, що незадовго до дисциплінарної санкції заявника інший працівник був звільнений»; що апеляційний суд визнав, що заявника було попереджено, що він не повинен використовувати ресурси компанії для особистих цілей. Відповідно, національні суди не визначили, чи було заявнику попередньо повідомлено про можливість роботодавця запровадити заходи моніторингу, а також про обсяг та характер таких заходів. Суд вважає, що для того, щоб кваліфікуватися як попереднє повідомлення, попередження роботодавця повинно бути подано до початку діяльності з моніторингу, особливо якщо це також передбачає доступ до вмісту повідомлень працівників. Міжнародні та європейські стандарти вказують на цей напрям, вимагаючи, щоб суб'єкт даних був інформований перед проведенням будь-яких заходів.

134. Що стосується сфери моніторингу та ступеня втручання в приватне життя заявника, Суд зауважує, що це питання не було розглянуто окружним судом або апеляційним судом, навіть якщо

роботодавець записав всі повідомлення заявника протягом періоду моніторингу в режимі реального часу, отримав доступ до них та роздрукував їх вміст.

135. Також не з'ясовується, що національні суди провели достатню оцінку того, чи існують обґрунтовані причини для обґрунтованого контролю за повідомленнями заявника. Суд зобов'язаний зауважити, що апеляційний суд не визначив, яка конкретна мета у цій справі могла б виправдати такий суворий контроль. Треба визнати, що це питання було порушено окружним судом, який зазначив необхідність уникнення пошкоджень ІТ-систем компанії, відповідальності за компанію в разі незаконної діяльності в кіберпросторі та розкриття комерційної таємниці компанії. Проте, на думку Суду, ці приклади можна розглядати лише як теоретичні, оскільки не було жодної пропозиції про те, що заявник фактично викрив компанію на будь-який з цих ризиків. Крім того, апеляційний суд взагалі не розглядав це питання.

136. Також ані окружний суд, ані апеляційний суд не перевірили належним чином, чи могла мета роботодавця бути досягнута менш нав'язливими методами, ніж доступ до фактичного вмісту повідомлень заявника.

137. Крім того, жоден суд не розглянув серйозність наслідків моніторингу та наступного дисциплінарного провадження. У зв'язку з цим Суд зазначає, що заявник отримав найсуворішу дисциплінарну санкцію, а саме звільнення.

138. І, нарешті, Суд зауважує, що національні суди не визначили, чи, коли роботодавець викликав заявника на пояснення використання ресурсів компанії, зокрема Інтернету, він фактично вже мав доступ до вмісту спірних повідомлень. Він зазначає, що національні органи не встановили, в який момент під час дисциплінарного провадження роботодавець мав доступ до відповідного змісту. На думку Суду, прийняття того, що вміст повідомлень може бути доступним на будь-якій стадії дисциплінарного провадження, суперечить принципу прозорості.

139. Зважаючи на вищесказане, Суд вважає, що висновок Апеляційного суду щодо справедливого балансу між інтересами, які були підставлені під загрозу, суперечливий. Таке твердження видається дещо формальним та теоретичним. Апеляційний суд не пояснив конкретні причини, пов'язані з особливими обставинами заявника та його роботодавця, що дозволило йому дійти цього висновку.

140. У цьому контексті, як видається, національним судам не вдалося визначити, зокрема, чи заявник отримав від свого роботодавця попереднє повідомлення про можливість його контролю за повідомленнями в Yahoo Messenger; вони також не враховували того, що він не був поінформований про характер або ступінь моніторингу, або про ступінь вторгнення в його приватне життя та листування. Крім того, вони не змогли визначити, по-перше, конкретні причини, що обґрунтовують введення заходів моніторингу; по-друге, чи може роботодавець застосовувати заходи, що призводять до меншого втручання у приватне життя та листування заявника; і, по-третє, чи був доступ до повідомлень без його відома.

141. Зважаючи на всі викладені вище міркування та незважаючи на право на свободу розсуду держави-відповідача, Суд вважає, що органи внутрішньої влади не забезпечили належного захисту права заявника на повагу до свого особистого життя та листування, і тому вони не забезпечили справедливий баланс між зазначеними інтересами. Отже, було порушення статті 8 Конвенції». [Bărbulescu v. Romania (61496/08). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–177082]

163.3.5. Справа «Demirtepe v. France»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(Неофіційний авторський переклад)

«7. Заявник скаржився, що з часу його ув'язнення в тюрмі м. Villeneuve-lès-Maguelonne численні листи, надіслані його адвокатами, судовими органами, пенітенціарними соціальними службами, а також священиком установи, потрапляли до нього відкритими, на порушення статей D.69, D. 262, D. 438 і D. 469 Кримінально-процесуального кодексу і статті 8 Конвенції.

(…)

25. Уряд не заперечував, що відкриття тюремною адміністрацією листів заявнику, які повинні були бути передані йому запечатаними, представляло собою втручання в його право на повагу до

його листування за змістом статті 8 Конвенції. Більше того, це втручання не задовольняє умовам, викладеним у частині другій статті 8, саме тому, що таке втручання не передбачено в національних правових положеннях. Поштова служба в'язниці, ймовірно, не відкривала пошту навмисно. Проте оскільки листи були розкриті неодноразово, інциденти виявили недоліки поштової служби у в'язниці, які можуть бути підставою притягнення до кримінальної відповідальності винних під час розгляду в судах.

26. Суд вважає, що розкриття кореспонденції заявника в обставинах, описаних вище, безперечно, є втручанням у його право на повагу до його кореспонденції в значенні п. 1 ст. 8 Конвенції.

27. Тому виникає питання про те, чи відповідає в даному випадку втручання умовам, викладеним в п. 2 ст. 8. У зв'язку з цим Суд зазначає, що уряд визнав, що цього не сталося саме тому, що вказане втручання не було здійснено відповідно до внутрішнього законодавства.

28. У зв'язку з цим Суд вважає, що втручання тюремної влади в кореспонденцію заявника не було виправдано відповідно до п. 2 ст. 8. Таким чином, мало місце порушення статті 8 Конвенції». [Demirtepe v. France (34821/97). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58403]

163.3.6. Справа «Lüdi v. Switzerland»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(Неофіційний авторський переклад)

«38. Суд зазначає, що при відкритті попереднього розслідування проти заявника 15 березня 1984 слідчий окружного суду Laufen також розпорядився про контроль за його телефонним зв'язком. Палата обвинувальних вироків Апеляційного суду кантону Berne погодилася з цим заходом і пізніше санкціонувала її продовження.

39. Немає сумнівів в тому, що перехоплення телефонних повідомлень є втручанням в особисте життя і листування пана Lüdi.

Таке втручання не порушує Конвенцію, якщо воно відповідає вимогам пункту 2 статті 8. З цього питання Суд згоден з Комісією. Відповідна міра ґрунтувалася на статтях 171b і 171c Кримінально-процесуального кодексу кантону Berne, які застосовуються, як встановлено Федеральним судом, навіть на попередньому етапі розслідування, де є вагомі підстави вважати, що кримінальні злочини будуть вчинені. Більше того, втручання було спрямовано на «попередження злочинності», і Суд не сумнівається в його необхідності в демократичному суспільстві.

40. З іншого боку, Суд згоден з урядом в тому, що в даному випадку використання таємного агента ні поодинці, ні в поєднанні з телефонним перехопленням не впливає на особисте життя за змістом статті 8 Конвенції.

Дії офіцера Toni мали місце в контексті угоди, що стосується 5 кг кокаїну. Кантональна влада, яка була попереджена німецькою поліцією, відібрала присяжного офіцера, щоб проникнути в те, що, на їхню думку, було великою мережею торговців людьми, які мають намір розпоряджатися цією кількістю наркотиків в Швейцарії. Мета операції полягала в тому, щоб заарештувати кошти в момент продажу наркотиків. Потім Toni зв'язався з заявником, який сказав, що він готовий продати йому 2 кг кокаїну вартістю 200 000 шв. франків. Пан Lüdi, отже, повинен був знати з цього моменту, що він бере участь у злочинному діянні, яке карається відповідно до статті 19 Закону про наркотики, і що, таким чином, він ризикує зіткнутися з таємним поліцейським, чиє завдання насправді полягало в тому, щоб викрити його.

41. Коротше кажучи, не було порушення статті 8 Конвенції». [Lüdi v. Switzerland (12433/86). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57784]

163.3.7. Справа «Волохи проти України»

Фактичні обставини:

У травні 1996 року Полтавське міське управління МВС України в Полтавській області порушило кримінальну справу відносно пана В. за ухилення від сплати податків. Пан В. є сином заявниці та братом заявника.

28 травня 1996 року стосовно п. В. було обрано запобіжний захід у виді підписки про невиїзд. У зв'язку з неявкою пана В. на допит та відсутністю відомостей щодо місця його перебування 4 вересня 1996 року було винесено постанову про взяття п. В. під варту. 6 серпня 1997 року слідчий ПМС МВС України виніс постанову про накладення арешту на поштово-телеграфну кореспонденцію заявників та її виїмку, обґрунтовуючи таку дію, зокрема, тим, що «про місце свого знаходження п. В. може повідомити свою матір та брата, використовуючи поштово-телеграфну кореспонденцію». У постанові про накладення арешту на кореспонденцію не вказувався строк, на який накладався арешт. 11 серпня 1997 року голова Жовтневого районного суду видав санкцію на накладення арешту. Заявники стверджували, що вони випадково дізналися про постанову в кінці 1998 року.

4 травня 1998 року кримінальну справу, порушену проти п. В., було закрито у зв'язку із закінченням строків давності притягнення до відповідальності. Відповідно до наданої заявниками інформації п. В. з'явився влітку 1998 року та зустрівся із слідчим, призначеним у його справі. Під час цієї зустрічі він дізнався про постанову про накладення арешту на кореспонденцію його родичів. 28 травня 1999 року слідчий ПМС МВС України виніс постанову про зняття арешту з поштово-телеграфної кореспонденції заявників у зв'язку із закриттям кримінальної справи проти п. В. та відсутністю необхідності в подальшому перегляді кореспонденції заявників. Того ж дня голова Жовтневого районного суду санкціонував зняття арешту з поштово-телеграфної кореспонденції заявників.

Листом від 19 липня 1999 року прокуратура Полтавської області у відповідь на скаргу заявників повідомила, що постанова про накладення арешту на їх кореспонденцію була винесена на підставі закону і, таким чином, підстави для притягнення посадових осіб до відповідальності відсутні.

Рішення ЄСПЛ:

«А. Чи відбулось втручання у право заявників

42. Сторонами не оспорювався той факт, що постанова про накладення арешту на кореспонденцію заявників становить «втручання органів державної влади», передбачене п. 2 ст. 8 Конвенції, у право заявників на повагу до їх кореспонденції, яке гарантується п. 1 ст. 8.

Б. Чи було втручання виправданим

43. Головне питання полягає в тому, чи може вищевказане втручання бути виправданим у сенсі п. 2 ст. 8. Оскільки цей пункт передбачає обмеження права, гарантованого Конвенцією, він має чітке тлумачення. Суд повторює, що повноваження державних органів на проведення таємного спостереження за громадянами в ході кримінального розслідування визнаються Конвенцією в тій мірі, в якій вони є абсолютно необхідними.

44. Таке втручання не порушує статтю 8, якщо воно здійснюється «згідно із законом», переслідує законну мету відповідно до пункту 2 та якщо воно є необхідним у демократичному суспільстві задля досягнення цієї мети.

45. Уряд стверджував, що постанова про накладення арешту на кореспонденцію заявників була винесена відповідно до статті 187 Кримінально-процесуального кодексу. Заявники не оспорювали це твердження, але зазначили, що статтю 31 Конституції дотримано не було.

46. Суд зауважує, що стаття 31 Конституції України, стаття 187 Кримінально-процесуального кодексу України та стаття 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» передбачають можливість накладення арешту на кореспонденцію в ході кримінального провадження та оперативно-розшукової діяльності.

47. Таким чином, існувала законна підстава для такого втручання.

48. Суд вважає, що вимога «доступності закону» була дотримана, оскільки всі вказані нормативні акти були опубліковані.

(…)

50. Отже, необхідно розглянути «якість» правових положень, які були застосовані в даній справі, зокрема необхідно визначити, чи достатньо чітко вони встановлюють обставини, за яких правоохоронні органи могли здійснювати перегляд кореспонденції заявників.

51. У цьому зв'язку Суд зауважує, що вимоги «пропорційності» втручання, його винятковий та тимчасовий характер передбачені у статті 31 Конституції та статті 9 Закону України «Про

оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 року. Проте ні стаття 187 Кримінально-процесуального кодексу у редакції, яка була чинна під час подій, які розглядаються, ні жодне інше положення законодавства не передбачали механізм, який міг би гарантувати дотримання вищезазначених принципів на практиці.

Положення, яке розглядається, не містить вказівки щодо осіб, до яких застосовуються ці заходи, обставин, за яких вони вживаються, та строків, які мають встановлюватись та дотримуватись. Таким чином, це положення не може бути визнане таким, що є достатньо чітким та детальним, щоб забезпечити відповідний захист від неналежного втручання органів державної влади у право заявників на повагу до їх приватного життя та кореспонденції.

52. Більше того, Суд має бути впевненим щодо існування адекватного та ефективного захисту від зловживання, оскільки система заходів таємного спостереження, що розроблена для захисту національної безпеки та громадського порядку, пов'язана із ризиком порушення або навіть зруйнування принципів демократії на підставі її захисту. Такі гарантії захисту мають бути чітко встановлені законом та мають застосовуватись до нагляду за діяльністю відповідних органів або служб. При наглядових провадженнях мають дотримуватись цінності демократичного суспільства настільки добросовісно, наскільки це можливо, зокрема верховенство права, про що прямо говориться у Преамбулі Конвенції. Верховенство права між іншим (inter alia) передбачає, що втручання органів виконавчої влади у права осіб має підлягати ефективному контролю, який зазвичай має здійснюватися судовим органом, щонайменше як останньою інстанцією, оскільки судовий контроль надає найбільші гарантії незалежності, безсторонності та здійснення належного провадження.

53. Суд зауважує, що у цій справі перегляд постанови про накладення арешту на кореспонденцію відповідно до статті 187 Кримінально-процесуального кодексу було передбачено ще на початковій стадії, коли арешт та виїмка кореспонденції були санкціоновані. Проте відповідне законодавство не передбачало жодного проміжного перегляду постанови у розумні проміжки часу або будь-яких строків для такого втручання. Також законодавство не передбачало додаткового залучення судових органів для нагляду за діяльністю правоохоронних органів при здійсненні останніми повноважень, які розглядаються у цій справі. В результаті, постанова про накладення арешту на кореспонденцію заявників залишалась чинною протягом більш ніж одного року після закриття кримінальної справи відносно їх родича п. В., і національні суди жодним чином не відреагували на цей факт.

54. Таким чином, Суд доходить висновку, що це втручання не може розглядатися як таке, що було здійснене «згідно із законом», оскільки законодавство України не визначає з достатньою чіткістю межі та умови здійснення органами влади своїх дискреційних повноважень у сфері, про яку йдеться, та не передбачає достатніх гарантій захисту від свавілля при застосуванні таких заходів спостереження. Таким чином, у цій справі відбулось порушення статті 8 Конвенції в зв'язку з арештом кореспонденції заявників». [Волохи проти України (23543/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_138]

163.3.8. Справа «Михайлюк та Петров проти України»

Фактичні обставини:

З 1976 по 1996 рік заявник був працівником Чорноморської виправної колонії № 74 (далі – колонія). Йому було надано кімнату в гуртожитку, розташованому на території колонії, який мав таку ж поштову адресу, що і колонія. Він проживав там до 1991 року. Пізніше заявники проживали разом у квартирі заявниці. Заявник досі має право на проживання на території колонії і її адреса залишається місцем його прописки.

У вересні 1998 року заявники звернулися до Приморського районного суду м. Одеси з позовом до колонії та місцевого поштового відділу. Вони стверджували, що листи, адресовані їм, від національних та міжнародних судів, які надходили на адресу проживання заявниці, були незаконно відкриті та переглянуті органами-відповідачами. Заявники вимагали відшкодування матеріальної шкоди.

29 березня 2001 року Приморський районний суд м. Одеси відмовив заявникам у задоволенні позову і вказав, що відповідно до статті 28 Виправно-трудового кодексу України від 1970 року

(3325–07) та статті 7 Закону України «Про попереднє ув'язнення» (3352–12) від 1993 року адміністрація колонії була уповноважена переглядати всю кореспонденцію, яка надходила до неї. Оскільки кімната заявника була розташована на території колонії, його кореспонденція переглядалася відповідно до правил, що застосовувалися до кореспонденції засуджених. Суд також встановив, що адміністрація діяла відповідно до Інструкції з діловодства в органах, підрозділах внутрішніх справ, навчальних закладах, науково-дослідних установах, установах виконання покарань, на підприємствах і в організаціях системи МВС України та Інструкції з організації перегляду кореспонденції осіб, які тримаються у виправно-трудових установах та слідчих ізоляторах, затверджених наказами Міністерства внутрішніх справ від 22 червня 1993 року та 28 травня 1999 року відповідно. Суд також встановив, що лист, адресований заявниці, було відкрито, оскільки в колонії відбував покарання засуджений з таким же прізвищем. Суд дійшов висновку про те, що перегляд кореспонденції заявників не порушував їх конституційні права.

19 липня 2001 року апеляційний суд Одеської області залишив без змін рішення суду першої інстанції. 15 травня 2002 року колегія у складі трьох суддів Верховного Суду України відхилила касаційну скаргу заявників.

Рішення ЄСПЛ:

«24. Суд нагадує, що відкриття листа само по собі достатньо для становлення втручання у право заявника на повагу до кореспонденції.

Беручи до уваги те, що національні суди підтвердили, що відкриття державними органами листів, адресованих заявникам, дійсно мало місце, Суд має встановити, чи відповідало таке втручання у права заявників вимогам пункту 2 статті 8 Конвенції, а саме, чи було воно «згідно із законом», чи переслідувало законну мету та чи було необхідним у демократичному суспільстві з метою досягнення цієї мети.

25. Суд нагадує, що вираз «згідно із законом» насамперед вимагає, щоб оскаржуване втручання мало певну підставу в національному законодавстві; він також стосується якості відповідного законодавства і вимагає, щоб воно було доступне відповідній особі, яка, крім того, повинна передбачати його наслідки для себе, а також це законодавство повинно відповідати принципу верховенства права.

26. Суд зазначає, що національні суди встановили, що кореспонденція заявників відкривалася та переглядалася на підставі національного законодавства. Зокрема, суди посилалися на положення статті 7 Закону України «Про попереднє ув'язнення» (3352–12) 1993 року та статті 28 Кримінально-виправного кодексу України 1970 року (3325–07). Суд зазначає, що зазначені законодавчі акти передбачали перегляд кореспонденції визначеної категорії осіб, а саме осіб, узятих під варту, чи осіб, що відбувають покарання в установах системи відбування покарань.

27. У цьому контексті Суд звертає увагу на те, що заявники не належали до зазначеної категорії осіб. Беручи до уваги мету та формулювання вищевказаних положень законодавства, вони не могли бути застосовані до заявників, враховуючи лише той факт, що заявники не відбували покарання у колонії. Висновки національних судів, навпаки, не підтверджувалися належним поясненням.

28. Щодо інструкцій з діловодства Міністерства внутрішніх справ та Державного департаменту з питань виконання покарань, на які також спиралися суди під час розгляду справи заявників, Суд зазначає, що ці інструкції були для внутрішнього користування та неопубліковані, а тому недоступними для громадськості, включаючи заявників. Більш того, у цій справі їх тексти не було надано.

29. Загалом Суд вважає, що з огляду на конкретну ситуацію заявників відповідні конституційні гарантії та правила, на підставі яких відбувався перегляд кореспонденції на той час, втручання у право заявників на повагу до кореспонденції не мало підстав відповідно до національного законодавства. Таким чином, Суд визнає, що у цій справі не було дотримано вимогу законності у розумінні пункту 2 статті 8 Конвенції.

30. З огляду на попередні висновки, Суд не вважає за необхідне розглядати, чи було втручання «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення однієї з законних цілей у розумінні пункту 2 статті 8 Конвенції.

31. Відповідно мало місце порушення статті 8 Конвенції». [Михайлюк та Петров проти України (11932/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_500]

163.3.9. Справа «Lavents c. Lettonie»

Фактичні обставини:

Заявник був головою наглядової ради одного з найбільших банків у Латвії – банку «Балтія». Останній був ліквідований. Це заподіяло великих збитків національній економіці й завдало фінансові проблеми сотням тисяч людей. Прокурор, який займався справою заявника, підозрював п. Lavents у вчиненні шахрайства, зокрема щодо факту надання дозволу заявником на переведення приблизно 139 млн євро до Російського банку, що знаходиться у Москві, в обмін на зобов'язання повернути відповідну суму у формі урядових облігацій. Заявник також звинувачувався у вчиненні шахрайських дій з метою створення іміджу банку як стабільної та процвітаючої установи.

1 червня 1995 р. п. Lavents був офіційно визнаний підозрюваним у справі про шахрайство і того самого дня допитаний. 12 червня 1997 р. було розпочато судовий розгляд справи у Ризькому регіональному суді. Починаючи з жовтня 1997 р., за розпорядженням судді пошта заявника, зокрема його листи до адвоката, підлягала арешту й огляду відповідно до ст. 176 Кримінального кодексу Латвії. Рішенням від 21 грудня 2001 р. п. Lavents засуджено до 9 років позбавлення волі. Заявником було подано апеляційну скаргу, однак провадження за скаргою на момент розгляду справи ЄСПЛ не розпочалося.

Заявник оскаржив дії щодо арешту й огляду його пошти.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«136. В даному випадку, Суд вважає, що вилучення і дослідження листування заявника було наказано суддею на підставі статті 176 КПК, що дозволяє таку міру, коли зацікавлена особа звинувачується у тяжкому або особливо тяжкому злочині. Проте це положення залишає національне судам занадто багато широти розсуду: вона просто визначає категорію злочинів, які могли б виправдати таку дію, щоб призначити компетентний орган для застосування, і визначає перехоплення кореспонденції. З іншого боку, воно не вказує ні на тривалість заходу, ні на причини, що його обґрунтовують. Крім того, зі справи випливає, огляд пошти заявника (захід, санкціонований 1997 р.) триває ще й досі. Суд дійшов висновку, що закон не вказує з достатньою ясністю сферу і спосіб здійснення владних повноважень у даній сфері, а також про те, що заявник не користується навіть у мінімальному обсязі захистом, до якого прагне верховенство права в демократичному суспільстві.

137. Зважаючи на вищесказане, Суд доходить висновку, що втручання у право заявника на повагу його кореспонденції не було «встановлено законом» у значенні пункту 2 статті 8 Конвенції. Цей висновок робить перевірку відповідності інших вимог цього положення необов'язковими. Отже, було порушення статті 8 щодо права на повагу до кореспонденції заявника». [Lavents c. Lettonie (58442/00). ECHR 2002-XI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–65362]

163.3.10. Справа «Bucur et tëoma c. Roumanie»

(Див.: 328.3.2)

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 163 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

163.4.1. Порушення таємниці телефонних розмов, електронної пошти чи використання мережі Інтернет працівником на робочому місці на підприємстві, в установі чи організації, охоплюється ст. 163 КК України.

(Див.: 163.2.1; 163.3.1; 163.3.4)

Однак відсутній склад цього злочину, якщо працівник був заздалегідь попереджений про можливість люстрації його розмов службовим телефоном та його електронної кореспонденції,

така люстрація була дозволена відповідними нормативними актами, переслідувала легітимні цілі і була необхідною у демократичному суспільстві.

(Див.: 163.3.2)

Найбільш виразно критерії оцінки заходів, які вживаються для контролю за перепискою працівників на робочих місцях, на предмет законності втручання в право людини на таємницю листування, сформульовані у рішенні ЄСПЛ у справі «Bărbulescu v. Romania»:

– чи був працівник попередженим про можливу перевірку роботодавцем кореспонденції чи іншої переписки працівника та про введення такої перевірки. При цьому попередження має бути зроблено до початку перевірки та бути чітким щодо її обсягів;

– обсяг такої перевірки та ступінь втручання в приватність працівника (перевіряється зміст чи характер переписки; уся чи лише частина переписки; чи обмежена перевірка в часі та за кількістю осіб, які долучені до перевірки) повинен відповідати виробничим потребам підприємства, станови, організації;

– чи наявні в роботодавця нормативні підстави (законодавчі норми чи відомчі інструкції) перевірки та доступу до самого змісту переписки.

(Див.: 163.3.4)

163.4.2. Порушення таємниці приватних телефонних розмов особи, які вона веде за допомогою телефона третьої особи, охоплюється ст. 163 КК України.

(Див.: 163.2.4)

163.4.3. Законне (санкціоноване судом) порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції не утворює складу цього злочину. Однак незаконне поширення отриманий у такий спосіб конфіденційної інформації про особу має кваліфікуватися ч. 1 або ч. 2 ст. 182 КК України.

(Див.: 163.2.3)

163.4.4. Незаконне відкриття листа навіть без ознайомлення з його змістом визнається порушенням таємниці листування.

(Див.: 163.2.5)

163.4.5. Певний контроль за листуванням ув'язнених відповідає Конвенції, але таке втручання не повинно виходити за межі вимог щодо законної мети.

(Див.: 163.2.8)

Позиція ЄСПЛ з цього питання найбільш виразно сформульована в рішенні у справі «Campbell v. the United Kingdom»:

«(…) адміністрація в'язниці може відкрити лист адвоката ув'язненому, якщо існують обґрунтовані причини вважати, що в конверті є незаконне вкладення, яке звичайні засоби не змогли розкрити. Однак відкритий лист не можна читати. Необхідно забезпечити відповідні гарантії, що перешкоджають читанню листа, наприклад, відкриття листа у присутності ув'язненого. З іншого боку, читання листів ув'язненого до адвоката і листів від адвоката може бути дозволено, але лише у виняткових обставинах, коли влада має обґрунтовану підставу вважати, що зміст листа ставить під загрозу безпеку в'язниці або безпеку інших осіб, або має кримінальний характер» (див.: 163.2.9).

163.4.6. Перевірка кореспонденції осіб, узятих під варту, не може бути визнана законною, навіть якщо така перевірка здійснюється відповідно до норм національного законодавства, але ці норми не визначають із достатньою чіткістю межі та спосіб здійснення відповідного дискреційного повноваження, наданого органам державної влади.

(Див.: 163.3.3)

163.4.7. Розкриття адміністрацією місць позбавлення волі листів, адресованих заявникові, які повинні були дійти до нього в заклеєному конверті, становить втручання в його право на повагу до таємниці кореспонденції у значенні ст. 8 Конвенції.

Якщо такі дії є результатом недбалості представників адміністрації, склад цього злочину відсутній. Однак якщо буде визнано, що такими діями завдано істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам (зокрема, коли наслідком таких дій стане задоволення відповідної скарг Європейським судом), вчинене кваліфікується за ст. 367 КК України.

(Див.: 163.3.5)

163.4.8. Порушення правоохоронними органами таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер, стосовно осіб, які вчинили чи підозрюються в намірі вчинити злочини, визнається таким, що не суперечить ст. 8 Конвенції, за умови що таке втручання здійснене відповідно до норм належного національного законодавства.

(Див.: 162.2.10; 163.3.6)

163.4.9. Порушення таємниці кореспонденції на підставі постанови про накладення арешту на цю кореспонденцію протягом більш ніж одного року після закриття відповідної кримінальної справи, визнано порушенням ст. 8 Конвенції.

(Див.: 163.3.7; 162.2.10)

163.4.10. Відкриття на підставі відомчих інструкції поштових листів працівників, що мешкають на території виправної колонії, визнано порушенням охоронюваного Конвенцією права на таємницю кореспонденції.

(Див.: 163.3.8)

163.4.11. Незаконним визнається порушення таємниці листування, що здійснюються на підставі норм національного кримінального процесуального законодавства, яким «бракує достатньої визначеності щодо обсягу і способу застосування розсуду, наданого державним органам щодо вказаного питання».

(Див.: 163.3.9)

Стаття 164. Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей

1. Злісне ухилення від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей (аліментів), а також злісне ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, що перебувають на їх утриманні, –

карається громадськими роботами на строк від вісімдесяти до ста двадцяти годин або арештом на строк до трьох місяців, або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Те саме діяння, вчинене особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею, –

карається громадськими роботами на строк від ста двадцяти до двохсот сорока годин або арештом на строк від трьох до шести місяців, або обмеженням волі на строк від двох до трьох років.

Примітка. У статтях 164 і 165 цього Кодексу під злісним ухиленням від сплати коштів на утримання дітей (аліментів) або на утримання непрацездатних батьків слід розуміти будь-які діяння боржника, спрямовані на невиконання рішення суду (приховування доходів, зміну місця проживання чи місця роботи без повідомлення державного виконавця, приватного виконавця тощо), які призвели до виникнення заборгованості із сплати таких коштів у розмірі, що сукупно складають суму виплат за три місяці відповідних платежів.

(Стаття 164 із змінами, внесеними згідно із Законами № 2456-IV від 03.03.2005, № 270-VI від 15.04.2008, № 2677-VI від 04.11.2010, № 1404-VIII від 02.06.2016)

Стаття 165. Ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків

1. Злісне ухилення від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання непрацездатних батьків –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від вісімдесяти до ста двадцяти годин або виправними роботами на строк до одного року, або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Те саме діяння, вчинене особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею, –

карається громадськими роботами на строк від ста двадцяти до двохсот сорока годин або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк від двох до трьох років.

(Стаття 165 із змінами, внесеними згідно із Законом № 2456-IV від 03.03.2005, № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 166. Злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування

Злісне невиконання батьками, опікунами чи піклувальниками встановлених законом обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування, що спричинило тяжкі наслідки, –

карається обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

Стаття 167. Зловживання опікунськими правами

Використання опіки чи піклування з корисливою метою на шкоду підопічному (зайняття житлової площі, використання майна тощо) –

карається штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

(Абзац другий статті 167 в редакції Закону № 2556-VI від 23.09.2010)

Стаття 168. Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння)

1. Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння) всупереч волі усиновителя (удочерителя) –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років.

2. Те саме діяння, вчинене службовою особою або працівником медичного закладу, яким відомості про усиновлення (удочеріння) стали відомі по службі чи по роботі, або якщо воно спричинило тяжкі наслідки, –

карається штрафом до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Стаття 168 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 169. Незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння)

1. Незаконна посередницька діяльність або інші незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння) дитини, передачі її під опіку (піклування) чи на виховання в сім'ю громадян –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

(Абзац другий частини першої статті 169 в редакції Закону № 1452-VI від 04.06.2009)

2. Ті самі дії, вчинені щодо кількох дітей, повторно, за попередньою змовою групою осіб, з використанням службового становища або якщо вони спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

(Абзац другий частини другої статті 169 в редакції Закону № 1452-VI від 04.06.2009)

(Стаття 169 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

§1. Норми міжнародного права
щодо забезпечення прав дитини

164.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
*«**Стаття 25***
(…)
2. Материнство і дитинство дають право на особливе піклування і допомогу. Всі діти, народжені у шлюбі або поза шлюбом, повинні користуватися однаковим соціальним захистом». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

164.1.2. Конвенція про права дитини

(ООН, від 20.11.1989)

(ратифіковано Постановою ВР № 789-XII від 27.02.91)

«***Стаття 1***

Для цілей цієї Конвенції дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше.

(…)

Стаття 3

(…)

1. В усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини.

2. Держави-учасниці зобов'язуються забезпечити дитині такий захист і піклування, які необхідні для її благополуччя, беручи до уваги права й обов'язки її батьків, опікунів чи інших осіб, які відповідають за неї за законом, і з цією метою вживають всіх відповідних законодавчих і адміністративних заходів.

3. Держави-учасниці забезпечують, щоб установи, служби і органи, відповідальні за піклування про дітей або їх захист, відповідали нормам, встановленим компетентними органами, зокрема, в галузі безпеки й охорони здоров'я та з точки зору численності і придатності їх персоналу, а також компетентного нагляду.

(…)

Стаття 7

1. Дитина має бути зареєстрована зразу ж після народження і з моменту народження має право на ім'я і набуття громадянства, а також, наскільки це можливо, право знати своїх батьків і право на їх піклування.

(…)

Стаття 18

1. Держави-учасниці докладають всіх можливих зусиль до того, щоб забезпечити визнання принципу загальної та однакової відповідальності обох батьків за виховання і розвиток дитини. Батьки або у відповідних випадках законні опікуни несуть основну відповідальність за виховання і розвиток дитини. Найкращі інтереси дитини є предметом їх основного піклування.

(…)

Стаття 27

1. Держави-учасниці визнають право кожної дитини на рівень життя, необхідний для фізичного, розумового, духовного, морального і соціального розвитку дитини.

2. Батько (-ки) або інші особи, які виховують дитину, несуть основну відповідальність за забезпечення в межах своїх здібностей і фінансових можливостей умов життя, необхідних для розвитку дитини». [Конвенція про права дитини. (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_021]

164.1.3. Європейська конвенція про усиновлення дітей (переглянута)

(Рада Європи, від 27.11.2008)

(ратифіковано Законом від 15.02.2011)

«***Стаття 22. Доступ до інформації та її розголошення***

1. Може бути передбачено законність усиновлення без розкриття сім'ї походження дитини інформації про особу усиновлювача.

2. Може бути передбачено зобов'язання чи дозвіл здійснення провадження в справі про усиновлення in camera.

3. Усиновлена дитина повинна мати доступ до наявної в компетентних органах інформації стосовно її походження. Коли батьки, від яких вона походить, мають законне право на нерозголошення інформації про свою особу, вона залишається відомою компетентному органові в обсязі, дозволе-

ному законом, для вирішення питання про відміну цього права й розкриття інформації, яка ідентифікує особу, зважаючи на обставини й відповідні права дитини та батьків, від яких вона походить. Відповідне повідомлення може бути надано усиновленій дитині, яка не досягла повноліття.

4. Усиновлювач й усиновлена дитина повинні мати змогу одержати документ, який містить витяги з державних реєстрів та який засвідчує дату й місце народження усиновленої дитини, але явно не розкриває факту усиновлення чи особу батьків, від яких походить дитина. Держави-учасниці можуть не застосовувати цього положення до інших форм усиновлення, які передбачені пунктом 4 статті 11 цієї Конвенції.

5. Беручи до уваги право особи знати про свою особистість і походження, відповідна інформація, яка стосується усиновлення, збирається й зберігається протягом щонайменше 50 років після того, як усиновлення набрало законної сили.

6. Державні реєстри повинні зберігатися, й у будь-якому разі їхній зміст повинен відтворюватися таким чином, щоб особи, які не мають на це законних підстав, не могли встановити факту усиновлення, а якщо цю інформацію розкрито, не могли отримати відомостей про особу батьків, від яких походить дитина». [Європейська конвенція про усиновлення дітей (переглянута) (Рада Європи, від 27.11.2008). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_a17]

164.1.4. Конвенція про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання

(ООН, від 23.11.2007)

(ратифіковано із зауваженнями[1] Законом від 11.01.2013)

Стаття 1. Мета

Метою цієї Конвенції є забезпечення ефективного міжнародного стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання, зокрема шляхом:

a) створення всеосяжної системи співробітництва між органами Договірних держав;

b) забезпечення доступності заяв, які подаються для винесення рішень про утримання;

c) забезпечення визнання та виконання рішень про утримання, а також

d) передбачення ефективних заходів для негайного виконання рішень про утримання.

Метою цієї Конвенції є забезпечення ефективного міжнародного стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання, зокрема шляхом:

a) створення всеосяжної системи співробітництва між органами Договірних держав;

b) забезпечення доступності заяв, які подаються для винесення рішень про утримання;

c) забезпечення визнання та виконання рішень про утримання, а також

d) передбачення ефективних заходів для негайного виконання рішень про утримання». [Конвенція про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання. (ООН, від 23.11.2007). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_l12]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо забезпечення прав дитини

164.2.1. Справа «Olof Nylund against Finland»

«2-А Існують для держав підстави в інтересах забезпечення правової визначеності і безпеки сімейних відносин застосовувати загальну презумпцію, згідно з якою чоловік заміжньої вважається батьком дітей його дружини. Для національних судів цілком виправдано приділити більше уваги інтересам дитини і сім'ї, в якій він живе, ніж інтересам заявника в отриманні визначення біологічного факту». [Olof Nylund against Finland (27110/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–21999] (Неофіційний авторський переклад).

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків ЄСПЛ в контексті статей 164–169 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

164.4.1. Не може кваліфікуватися за статтями 164 і 165 КК ухилення на території України від сплати коштів на утримання дітей чи коштів на утримання непрацездатних батьків, якщо

[1] Див.: нижче: 164.4.1

зазначені діти чи батьки є громадянами іншої держави, судом якої встановлені виплати зазначених коштів.

Конвенція про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання *(див.: 164.1.4)* має метою забезпечення ефективного міжнародного стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання, зокрема шляхом забезпечення визнання та виконання рішень про утримання, що прийняті іноземними органами.

У Законі про ратифікацію цієї Конвенції Україна заявляє, що буде поширювати застосування норм Конвенції на стягнення утримання:

1) з батьків на повнолітніх непрацездатних дочку, сина;
2) з батьків на повнолітніх дочку, сина, які продовжують навчання, до досягнення ними 23 років;
3) з повнолітніх дочки, сина на непрацездатних батьків;
4) з баби, діда на внуків, які не досягли повноліття;
5) з повнолітніх внуків, правнуків на непрацездатних бабу, діда, прабабу, прадіда;
6) з повнолітніх братів, сестер на братів, сестер, які не досягли повноліття, та непрацездатних повнолітніх братів і сестер;
7) з мачухи, вітчима на падчерку, пасинка, які не досягли повноліття;
8) з повнолітніх падчерки, пасинка на непрацездатних мачуху, вітчима[1].

Міністерство юстиції України за процедурами, встановленими цією Конвенцією зобов'язане забезпечити прийняття ефективних заходів для примусового виконання рішень компетентних органів іноземних держав, які є учасниками цієї Конвенції, про утримання коштів шляхом відрахування із заробітної плати, звернення стягнення на банківські рахунки та інші джерела, звернення стягнення на майно або примусовий продаж майна тощо.

Ніяких зобов'язань щодо притягнення до кримінальної відповідальності боржників Конвенція та Закон України про її ратифікацію не містить. Тому для визначення суб'єктного складу відповідних злочинів необхідно керуватися винятково внутрішнім українським законодавством. Україна може також у порядку ч. 3 ст. 10 КК перейняти кримінальне провадження за ухилення від сплати зазначених коштів, у якому судовими органами іноземної держави не ухвалено вирок, щодо громадян України та іноземців, які не можуть бути видані іноземній державі або у видачі яких відмовлено *(див.: статті 6–10 КК України)*.

164.4.2. У будь-яких випадках оспорювання суб'єктом злочину (ст.164 і ст. 166 КК України) щодо законності покладання на нього обов'язків, в порушенні яких його звинувачують, слід виходити з пріоритету інтересів дитини і сім'ї.

(Див.: 164.1.4)

164.4.3. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, в яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконні дії» (ст. 169) чи «не виконання встановлених законом обов'язків» (ст. 160), має здійснюватися з врахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість за необхідності за належної правової допомоги передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підп. 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції *(див., зокрема: 163.2.6 та 371.2.1)*.

164.4.4. Злочини (ст.164 і ст. 165 КК України слід відмежовувати від адміністративного правопорушення «Несплата аліментів» (ст.183[1] КпАП). Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» у розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав

[1] Про ратифікацію Конвенції про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання: Закон України від 11 січня 2013 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/26–18/paran2#n2.

людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але за певних обставин також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (унаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за ст. 183[1] КпАП, а потім за те саме діяння – до кримінальної відповідальності за ст. 164 або ст. 165 КК України, існує імовірність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 170. Перешкоджання законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій

Умисне перешкоджання законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій або їх органів –

карається виправними роботами на строк до двох років або позбавленням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

§1. Норми міжнародного права
що стосуються забезпечення права на свободу зборів та асоціацій

170.1.1. Конвенція про свободу асоціації та захист права на організацію № 87
(Міжнародна організація праці, від 09.07.1948)
(ратифіковано 14.09.1956)

«***Стаття 2***

Працівники та роботодавці, без якої б то не було різниці мають право створювати на свій вибір організації без попереднього на те дозволу, а також право вступати в такі організації з єдиною умовою підлягати статутам цих останніх.

Стаття 3

1. Організації працівників і роботодавців мають право опрацьовувати свої статути й адміністративні регламенти, вільно обирати своїх представників, організовувати свій апарат і свою діяльність і формулювати свою програму дій.

2. Державна влада утримується від будь-якого втручання, здатного обмежити це право або перешкодити його законному здійсненню.

Стаття 4

Організації працівників і роботодавців не підлягають розпускові або тимчасовій забороні в адміністративному порядку.

Стаття 5

Організації працівників і роботодавців мають право створювати федерації та конфедерації, а також право приєднуватися до них, і кожна така організація, федерація чи конфедерація має право вступати до міжнародних організацій працівників і роботодавців.

(…)

Стаття 8

1. Здійснюючи права, визнані за ними цією Конвенцією, працівники, роботодавці та відповідні їхні організації, так само як і інші особи або організовані колективи, дотримуються законності.

2. Національне законодавство не зачіпає гарантій, передбачених цією Конвенцією, і застосовується таким чином, щоб не порушувати їх.

Стаття 9

1. Національне законодавство визначає, якою мірою гарантії, передбачені цією Конвенцією, застосовуватимуться до збройних сил та поліції.

(…)

Стаття 10

У цій Конвенції термін «організація» означає будь-яку організацію працівників чи роботодавців, котра має за мету забезпечення та захист інтересів працівників або роботодавців». [Конвенція

про свободу асоціації та захист права на організацію № 87 (Міжнародна організація праці, від 09.07.1948). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_125]

170.1.2. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
*«**Статья 20***
1. Каждый человек имеет право на свободу мирных собраний и ассоциаций.
2. Никто не может быть принуждаем вступать в какую-либо ассоциацию.
Статья 23
(…)
4. Каждый человек имеет право создавать профессиональные союзы и входить в профессиональные союзы для защиты своих интересов». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

170.1.3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
*«**Стаття 11. Свобода зібрань та об'єднання***
1. Кожен має право на свободу мирних зібрань і свободу об'єднання з іншими особами, включаючи право створювати профспілки та вступати до них для захисту своїх інтересів.
2. Здійснення цих прав не підлягає жодним обмеженням, за винятком тих, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб. Ця стаття не перешкоджає запровадженню законних обмежень на здійснення цих прав особами, що входять до складу збройних сил, поліції чи адміністративних органів держави». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

170.1.4. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)
*«**Стаття 22***
1. Кожна людина має право на свободу асоціації з іншими, включаючи право створювати профспілки і вступати до них для захисту своїх інтересів.
2. Користування цим правом не підлягає ніяким обмеженням, крім тих, які передбачаються законом і які є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах державної чи громадської безпеки, громадського порядку, охорони здоров'я і моральності населення або захисту прав та свобод інших осіб. Ця стаття не перешкоджає запровадженню законних обмежень користування цим правом для осіб, що входять до складу збройних сил і поліції.
3. Ніщо в цій статті не дає права державам, які беруть участь у Конвенції Міжнародної організації праці 1948 року щодо свободи асоціацій і захисту прав на організацію, приймати законодавчі акти на шкоду гарантіям, передбаченим у зазначеній Конвенції, або застосувати закон так, щоб завдавалося шкоди цим гарантіям». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

170.1.5. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права
(ООН, від 16.12. 1966)
(ратифіковано Указом ПВР № 2148-VIII від 19.10.73)
*«**Стаття 8***
1. Держави, які беруть участь у цьому Пакті, зобов'язуються забезпечити:
а) право кожної людини створювати для здійснення і захисту своїх економічних та соціальних інтересів професійні спілки і вступати до них на свій вибір при єдиній умові додержання правил

відповідної організації. Користування зазначеним правом не підлягає жодним обмеженням, крім тих, які передбачаються законом і які є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах державної безпеки чи громадського порядку або для захисту прав і свобод інших;

b) право професійних спілок утворювати національні федерації чи конфедерації і право цих останніх засновувати міжнародні професійні організації або приєднуватися до них;

c) право професійних спілок функціонувати безперешкодно без будь-яких обмежень, крім тих, які передбачаються законом і які є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах державної безпеки чи громадського порядку або для захисту прав і свобод інших;

d) право на страйки при умові його здійснення відповідно до законів кожної країни.

2. Ця стаття не перешкоджає запровадженню законних обмежень користування цими правами для осіб, що входять до складу збройних сил, поліції або адміністрації держави.

3. Ніщо в цій статті не дає права державам, які беруть участь у Конвенції Міжнародної організації праці 1948 року щодо свободи асоціацій і захисту права на організацію, приймати законодавчі акти на шкоду гарантіям, передбаченим у зазначеній Конвенції, або застосовувати закон так, щоб завдавалося шкоди цим гарантіям». [Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права. (ООН, від 16.12. 1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_042]

170.1.6. Конвенція про захист прав представників працівників на підприємстві та можливості, що їм надаються №135

(Міжнародна організація праці, від 23.06.1971)

(ратифіковано Законом від ід 15.05.2003)

*«**Стаття 1***

Представники працівників на підприємстві користуються ефективним захистом від будь-якої дії, яка може завдати їм шкоди, включаючи звільнення, що ґрунтується на їхньому статусі чи на їхній діяльності як представників працівників, чи на їхньому членстві у профспілці або на їхній участі в профспілковій діяльності, в тій мірі, в якій вони діють відповідно до чинного законодавства чи колективних договорів або інших спільно погоджених умов.

Стаття 2

1. Представникам працівників надаються на підприємстві відповідні можливості, що дають їм змогу швидко й ефективно виконувати свої функції.

2. У зв'язку з цим враховуються особливості системи трудових відносин даної країни та потреби, розмір і можливості відповідного підприємства.

3. Надання таких можливостей не повинне знижувати ефективність роботи відповідного підприємства.

Стаття 3

Для цілей цієї Конвенції термін «представники працівників» означає осіб, яких визнано такими відповідно до національного законодавства чи практики, зокрема:

a) представників професійних спілок, а саме представників, призначених чи обраних професійними спілками або членами таких профспілок; або

b) виборних представників, а саме представників, вільно обраних працівниками підприємства відповідно до положень національного законодавства чи правил або колективних угод, і до функцій яких не входить діяльність, яку визнано як виключну прерогативу професійних спілок у відповідній країні». [Конвенція про захист прав представників працівників на підприємстві та можливості, що їм надаються N 135. (Міжнародна організація праці, від 23.06.1971). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_186]

170.1.7. Рамкова конвенція про захист національних меншин

(Рада Європи, від 01.02.1995)

(ратифіковано Законом від 09.12.97)

*«**Стаття 7***

Сторони забезпечують поважання прав кожної особи, яка належить до національної меншини, на свободу мирних зборів, свободу асоціації, свободу виявлення поглядів і свободу думки, совісті

та релігії». [Рамкова конвенція про захист національних меншин. (Рада Європи, від 01.02.1995). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_055]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ що стосуються забезпечення права на свободу зборів та асоціацій

170.2.1. Справа «Socialist Party and Others v. Turkey»

«41. Суд нагадав, що, незважаючи на її автономну роль і особливу сферу застосування, стаття 11 повинна також розглядатися в контексті статті 10 Конвенції.

Захист думок і свободи висловлювати їх – одна з цілей свободи зборів і створення асоціації, як сказано в статті 11. Це ще більшою мірою стосується політичних партій з огляду на їх суттєву роль у забезпеченні плюралізму й успішного функціонування демократії.

Суд багато разів підкреслював, не може бути ніякої демократії без плюралізму. Саме з цієї причини свобода вираження своєї думки із застереженнями п. 2 ст. 10 Конвенції, охоплює не тільки «інформацію» або «ідею», які сприймаються доброзичливо або розцінюються як необразливі чи незначні, але також і ті, які ображають, шокують або викликають роздратування. Оскільки діяльність політичних партій є колективною реалізацією свободи вираження думок, вже сам цей факт дає їм право шукати захисту статей 10 і 11 Конвенції». [Socialist Party and Others v. Turkey (20/1997/804/1007). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58172] (Неофіційний авторський переклад).

170.2.2. Справа «United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey»

«57. На думку Суду, однією з основних характерних рис демократії є можливість, яку вона відкриває для вирішення проблем країни через діалог, не вдаючись до насильства, навіть коли цей діалог викликає роздратування. Демократія процвітає в умовах свободи вираження думок. Із цієї точки зору не може бути ніякого виправдання створенню перешкод політичній групі, винятково тому що вона прагне обговорювати публічно ситуацію, що зачіпає частину населення Держави, і брати участь в політичному житті країни, щоб, керуючись демократичними правилами, знайти рішення, здатні задовольнити кожну зацікавлену людину». [United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey (133/1996/752/951). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58128] (Неофіційний авторський переклад).

170.2.3. Справа «Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey»

«100. Однак Європейський суд нагадав, що викладені в статті 11 Конвенції винятки щодо політичних партій повинні точно тлумачитися; тільки переконливі та незаперечні докази можуть виправдати обмеження на подібну свободу партій на об'єднання. При визначенні питання існування необхідності за змістом пункту 2 статті 11 Конвенції Договірні держави мають лише обмежені межі розсуду. Хоча Європейський суд не повинен підміняти собою національні влади, яка знаходяться в кращому положенні порівняно з міжнародним судом для вирішення питання, наприклад, доречного вибору часу для втручання, повинен існувати строгий контроль, що охоплює як законодавство, так і рішення щодо його застосування, включаючи рішення, винесені незалежними судами. Суворі заходи на зразок розпуску цілої політичної партії і заборона її керівникам займатися подібною діяльністю протягом обумовленого терміну можуть бути накладені тільки в найсерйозніших випадках. (…)

101. Далі Суд зазначає, що Статут і програма політичної партії не можуть розглядатися як єдиний критерій для визначення її цілей і намірів. Політичний досвід Договірних держав показує, що в минулому політичні партії з цілями, що суперечать основним принципам демократії, не відкривали їх у своїх офіційних публікаціях до тих пір, поки не приходили до влади. Саме тому Європейський суд завжди вказував на те, що програма політичної партії може приховувати цілі і наміри, що відрізняються від тих, які вона заявляє. Для перевірки цього слід порівнювати зміст програми з діями керівників партії і позиціями, які вони захищають. Взяті разом, ці дії і позиції можуть бути доречні в провадженні у розпуску політичної партії за умови, що вони в цілому розкривають свої цілі і наміри.

102. Крім того, Європейський суд визнав, що державі не можна вказувати чекати, перш ніж втрутитися, до тих пір, поки політична партія не прийде до влади і не почне робити конкретні кроки щодо застосування політики, яка несумісна зі стандартами Конвенції і демократією, навіть якщо загроза цієї політики достатньою мірою встановлена і неминуча. Європейський суд погодився з тим, що якщо наявність подібної небезпеки встановлено національними судовими інстанціями за результатами детального вивчення, що піддається жорсткому європейському нагляду, держава може «розумно запобігти приведенню у виконання подібної політики, яка несумісна з положеннями Конвенції, перш ніж буде зроблена спроба застосувати її за допомогою конкретних кроків, які можуть зашкодити громадянському миру і демократичного режиму країни.

103. Європейський суд погодився з тим, що подібна можливість попереджувального втручання з боку держави також узгоджується з позитивним зобов'язанням Договірних держав за статтею 1 Конвенції щодо забезпечення прав і свобод кожного, хто перебуває під їхньою юрисдикцією. Ці зобов'язання стосуються не тільки якого-небудь втручання, яке може статися з дії або бездіяльності приписуваного уповноваженим держави або того, що відбувається в державних установах, а й також втручання, при здоровому глузді приватним особам в рамках недержавних установ. Договірна Держава може бути виправдана згідно з її позитивними зобов'язаннями при накладенні на політичні партії, які є органами, raison (d'etre) яких є приєднання до влади і керівництво роботою значної частини державного апарату, зобов'язання поважати і зберігати права і свободи, гарантовані Конвенцією, і зобов'язання не висувати політичну програму, яка суперечить основним принципам демократії». [Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey (41340/98, 41342/98, 41343/98 et al.). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–60936] (Неофіційний авторський переклад).

170.2.4. Справа «Danilenkov and others v. Russia»

«121. Суд повторює, що п. 1 ст. 11 Конвенції розцінює свободу профспілок як різновид і особливий аспект свободи об'єднань. Слова «для захисту своїх інтересів» у пункті 1 статті 11 не є зайвими і Конвенція захищає свободу відстоювати професійні інтереси членів профспілки діями, зміст і розвиток яких Договірні Держави повинні визначати й уможливити». [Danilenkov and others v. Russia (67336/01). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–93854] (Неофіційний авторський переклад).

170.2.5. Справа «Rekvényi v. Hungary»

«41. Обов'язок, покладений на певні категорії державних службовців, зокрема на поліцейських, утриматися від політичної діяльності, має за мету деполітизувати службу, про яку йде мова, і тому сприяти консолідації та збереженню плюралістичної демократії в країні… Деякі Договірні Держави обмежують певну політичну діяльність їх поліції. Поліцейські наділені примусовими повноваженнями з метою регулювати поведінку громадян, і їм дозволяється, в деяких країнах, носити зброю для виконання своїх обов'язків.

Нарешті, поліцейські перебувають на службі у Держави. Громадяни можуть законно розраховувати на те, що в разі їх особистого спілкування з поліцією, вони спілкуються з політично нейтральними державними службовцями, абсолютно байдужими до політичної боротьби.

…На думку Суду, бажання стежити за тим, щоб вирішальна роль поліції в суспільстві не була скомпрометована руйнуванням політичного нейтралітету цих державних службовців, поєднується з демократичними принципами». [Rekvényi v. Hungary (25390/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58262] (Неофіційний авторський переклад).

170.2.6. Справа «Sidiropoulos and Others v. Greece»

«38. (…) Виключення з свободи об'єднань (п. 2 ст. 11 Конвенції) мають бути вузько витлумачені таким чином, щоб перелік їх було строго вичерпним, а визначення з них обов'язково обмежувальні.

(…)

31. Не загрожує територіальній цілісності, національні безпеці та громадському порядку діяльність об'єднання, метою якого є сприяти розвитку культури регіону, навіть якщо передбачити, що вона також частково спрямована на заохочення культури меншини; наявність меншин та різних

культур в країні була історичним фактом і «демократичне суспільство» має бути до цього толерантним і навіть захищати і підтримувати відповідно до принципів міжнародного права». [Sidiropoulos and Others v. Greece (57/1997/841/1047). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58205] (Неофіційний авторський переклад).

170.2.7. Справа «Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland»

«32. (…) Право створювати профспілки і вступати в них є особливим аспектом свободи об'єднання». [Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland (16130/90). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57844] (Неофіційний авторський переклад).

170.2.8. Справа «Gustafsson v. Sweden»

«45. (…) Стаття 11 Конвенції була витлумачена як така, що закріплює не тільки позитивне право створювати і вступати до профспілки, але також негативний аспект цієї свободи, а саме право не вступати до профспілки або вийти з неї (…). Не розглядаючи питання про те, чи є включеним негативний аспект цього права до статті 11 нарівні з позитивним аспектом, Суд вважає, що хоча примус когось вступити до певної профспілки не завжди може суперечити Конвенції, форма примусу, яка в даній ситуації зачіпає сутність свободи об'єднання, яку закріплює ця норма, зазіхає на зазначену свободу.

Із цього випливає, що національні органи влади можуть бути зобов'язані при певних обставинах, втрутитися в стосунки між приватними особами, прийнявши розумні і відповідні заходи, щоб забезпечити ефективне дотримання права на свободу не вступати до профспілки». [Gustafsson v. Sweden (15573/89). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57993] (Неофіційний авторський переклад).

170.2.9. Справа «Young, James and Webster v. the United Kingdom»

«55. (…) загроза звільнення, пов'язана із втратою засобів до існування, є найбільш серйозною формою примусу (…). На думку Суду, така форма примусу зачіпає саму сутність свободи, гарантованої статтею 11 Конвенції». [Young, James and Webster v. the United Kingdom (7601/76; 7806/77). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57608] (Неофіційний авторський переклад).

170.2.10. Справа «Schmidt and Dahlström v. Sweden»

«36. (…) Суд нагадує, що Конвенція гарантує свободу захисту професійних інтересів членів профспілок через дії профспілок, поведінку та розвиток яких Договірні держави повинні дозволити та зробити можливими. (…) Надання права на страйк без сумніву є одним з найважливіших із цих засобів, але є й інші». [Schmidt and Dahlström v. Sweden (5589/72). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57574] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ

що стосуються забезпечення права на свободу зборів та асоціацій

170.3.1. Справа «National Union of Belgian Police v. Belgium»

Фактичні обставини:

До Національної профспілки поліції Бельгії входять співробітники муніципальної поліції. Чисельність профспілки понад 10000 членів; вона є юридичною особою цивільного права. Крім цієї профспілки в Бельгії існують ще дві поліцейські профспілки: профспілка судової поліції при прокуратурі і профспілка працівників жандармерії. Оскільки в країні виникло значне число профспілок, законодавець визначив, що органи державної влади, які виступають як роботодавець, проводять консультації з найбільшими з них. Королівським указом від 2 серпня 1966 р. до числа таких були віднесені дві з трьох поліцейських профспілок; профспілка-заявник у їх число не потрапила, а її звернення до Державної ради з проханням про анулювання Королівського указу від 2 серпня 1966 р. було відхилено рішенням від 6 листопада 1969 р.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«48. Профспілка-заявник скаржиться на те, що на відміну від інших профспілок вона не є тією організацією, з якою Міністерство внутрішніх справ зобов'язане проводити консультації за пропозиціями, що становлять інтерес для муніципальної поліції, незалежно від того, чи стосуються вони всіх категорій службовців комун або переважно співробітників поліції.

Як Суд вказав вище, Королівський указ від 2 серпня 1966 року створив нерівність у зверненні на шкоду таким організаціям, як профспілка-заявник. Уряд наполягав на тому, що він хотів уникнути «профспілкової анархії» і вважав за необхідне «забезпечити послідовну і збалансовану політику, за якою належна увага повинна приділятися професійним інтересам усіх співробітників провінцій і комун». Це сама по собі правомірна мета, і Суд не має підстави вважати, що Уряд мав будь-які інші наміри або що такі лежали в основі статті 2 п. 2 вищезазначеного Королівського указу. Зокрема, ніщо не свідчить про те, що влада мала намір наділити великі профспілкові організації винятковим привілеєм у зв'язку з їх «політичним» відтінком: окрім того, якби існувала або створювалася аполітична профспілкова організація, відкрита для всіх співробітників провінцій і комун, оспорювана норма змусила б міністра внутрішніх справ проводити консультації також і з цією організацією.

Суд дотримується думки, що однаковий характер правила не свідчить про те, що Уряд перевищив межі свого розсуду, встановлюючи заходи, які воно вважає доречними в його відносинах з профспілками. Суд вважає, що не було встановлено з усією ясністю, що незручність у ситуації заявника є надмірною щодо законної мети, переслідуваної Урядом. Принцип пропорційності тому не був порушений.

(…)

50. Суд, встановивши таким чином, що порушення Конвенцій не мало місця». [National Union of Belgian Police v. Belgium (4464/70). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57435]

170.3.2. Справа «Вілсон та Національна спілка журналістів, Палмер, Уайт і Національна спілка залізничних, морських і транспортних працівників, Дулан та інші проти Сполученого Королівства»

Фактичні обставини:

У справі було 11 заявників – фізичних осіб, а також два заявники – професійні спілки: Національна спілка залізничних, морських і транспортних працівників (NURMTW) та Національна спілка журналістів.

Національна спілка журналістів з 1912 року була визнаним представником ведення колективних переговорів стосовно строків та умов працевлаштування своїх членів. У листопаді 1989 року видавництво «Асошіейтед Ньюспейперз лімітед» повідомило, що воно має намір відмовитися від визнання права профспілки NUJ на ведення переговорів стосовно колективних угод між працедавцями і профспілкою та скасувати всі аспекти таких переговорів і що для журналістів, які підписали відмову від профспілкового представництва і погодилися на неї, мають бути впроваджені особисті контракти з 4,5% надбавки до зарплати. Пан Вілсон не погодився підписати таку відмову. Протягом подальших років його зарплата зросла, але так і не досягла розміру зарплати, яку одержують ті, кому було присуджено 4,5% надбавки.

Національна спілка NURMTW була визнаним представником працівників компанії ABP у колективних переговорах із працедавцями. У лютому 1991 року сортувальникам компанії ABP у порту Саутгемптон було запропоновано укласти особисті контракти. Працівникам, які їх підпишуть, запропонували надбавку до зарплати (у середньому – 10%) разом із наданням приватної медичної страховки, проте тільки в разі відмови від профспілкового представництва на переговорах із працедавцями про умови оплати праці. Пан Палмер та п. Уайт відмовилися підписати такий контракт. У 1991–1992 роках їхні зарплати і розмір грошової допомоги зросли на 8,95%, але приватної медичної страховки їм не надали.

Усі заявники, зокрема і дві професійні спілки, скаржилися на порушення статті 11 та статті 10 Конвенції. Заявники – фізичні особи також посилатися на статтю 14 Конвенції.

Рішення ЄСПЛ:

«Суд зауважив, що профспілка має бути вільною у своїй боротьбі за захист інтересів своїх членів, які мають право бути представленими своєю профспілкою.

Суд зауважив, що законодавство Сполученого Королівства не забороняло працедавцям у справі, що розглядається, стимулювати працівників, які відмовилися від права на профспілкове представництво, навіть якщо мета і підсумок такого заходу полягали в скасування профспілкового

представництва в колективних трудових угодах та суттєвому обмеженні повноважень профспілки, але за умови, що працедавець не має наміру перешкодити тому чи іншому працівникові в його участі у профспілці чи стримати його від цього. Отже, законодавство Сполученого Королівства дозволило працедавцям забезпечувати менш сприятливі умови працівникам, які не готові відмовитися від свободи як суттєвої ознаки членства у профспілці. Такі дії служили для працівників стримувальним або обмежувальним чинником у їхньому використанні профспілкового членства для захисту своїх інтересів. Отже, працедавців мали змогу реально підривати чи зводити нанівець здатність професійної спілки боротися за захист інтересів своїх членів. Суд зазначив, що цей аспект національного права вже зазнавав критики з боку Комітету незалежних експертів Соціальної хартії та Комітету з питань свободи зібрань Міжнародної організації праці. Отже, Суд встановив, що надання працедавцям змоги використовувати фінансові стимули для спонукання працівників до відмови від важливих профспілкових прав становило порушення статті 11 стосовно як заявників-профспілок, так і заявників – фізичних осіб». [Вілсон та Національна спілка журналістів, Палмер, Уайт і Національна спілка залізничних, морських і транспортних працівників, Дулан та інші проти Сполученого Королівства (30668/96, 30671/96 та 30678/96). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_095]

170.3.3. Справа «Партія добробуту (Refah Partisi), Ербакан, Казан та Текдаль проти Туреччини»

Фактичні обставини:

21 травня 1997 р. Головний державний юрист Туреччини звернувся із позовом до Конституційного суду, вимагаючи примусового розпуску Партії добробуту, оскільки остання нібито стала центром діяльності, що суперечить принципу секуляризації держави. Обґрунтовуючи свою вимогу, Головний державний юрист посилався на різні письмові документи та усні декларації лідерів і членів Партії добробуту, які, на його думку, свідчили про наявність у партії певних програмних цілей, як: запровадження шаріатського права та встановлення теократичного режиму в державі, що суперечить вимогам демократичного суспільства.

Заперечуючи наведені висновки, представники Партії добробуту стверджували, що обвинувачення ґрунтується винятково на вилучених із контексту цитатах, що саме по собі змінює зміст думок, викладених у документах чи виступах. Вони також стверджували, що Партія добробуту, яка на даний час вже протягом року була однією із правлячих партій, оскільки входила до складу урядової коаліції, завжди послідовно дотримувалася принципу секуляризації, поважала релігійні почуття громадян, а отже, її не можна ототожнювати з політичними силами, котрі прагнуть встановити тоталітарний режим у державі.

16 січня 1998 р. Конституційний суд ухвалив рішення про розпуск Партії добробуту на тій підставі, що остання справді стала центром діяльності, спрямованої проти принципу секуляризації. Він також постановив рішення про передачу майна партії у власність держави. Крім того, Конституційний суд закцентував увагу на тому, що саме висловлювання п. Ербакана, п. Казана і п. Текдаля безпосередньо стосувалися неконституційності дій партії.

Конституційний суд заборонив названим особам бути парламентарями чи займати інші політичні посади протягом п’яти років.

Рішення ЄСПЛ:

«Заявники стверджували, що в результаті охарактеризованих вище дій з боку державних органів мало місце порушення ст. 9 (свобода думки), ст. 10 (свобода вираження), ст. 11 (свобода об’єднання), ст. 14 (заборона дискримінації), ст. 17 (заборона зловживання правом) і ст. 18 (обмеження у застосуванні обмежень на права) Конвенції, а також ст. 1 (захист права власності) та ст. 3 (право на вільні вибори) Першого протоколу до Конвенції.

Суд зауважив, що, дебатуючи питання про внесення змін до чинного законодавства, а так само про зміни конституційного ладу держави, політичні партії продовжують користуватися захистом ст. 11 Конвенції. Такий захист надається їм при дотриманні двох умов: 1) засоби, що використовуються партіями з метою зміни законодавства чи конституційного ладу, є законними і демократичними з усіх точок зору і 2) пропоновані зміни мають узгоджуватися із фундаментальними

демократичними принципами. Таким чином, політичні партії, лідери яких закликають до застосування насильства чи вимагають змін, котрі в принципі не сумісні з однією чи декількома засадами демократії або мають на меті знищити демократію чи обмежити права інших, не можуть посилатися на ст. 11 Конвенції як засіб захисту права на свободу об'єднання.

Суд зазначив, що застосовані до заявників санкції відповідають об'єктивній соціальній потребі захисту демократичного суспільства, оскільки лідер Партії добробуту п. Ербакан задекларував намір очолюваної ним політичної сили встановити кілька правових систем (у тому числі й шаріатську) відповідно до релігійних уподобань громадян, що суперечить принципу секуляризації. Крім того, так зване шаріатське право ґрунтується на принципах, котрі прямо суперечать положенням Конвенції.

Суд не обійшов увагою й те, що заявники неоднозначно висловлювалися щодо їхнього ставлення до використання насильства під час здобуття й утримання влади.

Суд закцентував увагу на тому, що навіть беручи до уваги вузькі межі розсуду держав при вирішенні ними питання щодо розпуску політичних партій, плюралізм ідей та принцип багатопартійності є невід'ємними елементами демократії, а отже, держави вправі розумно запобігати реалізації тих політичних програм, положення яких не сумісні із нормами Конвенції. [Партія добробуту (Refah Partisi), Ербакан, Казан та Текдаль проти Туреччини (31.07.2001). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_046]

170.3.4. Справа «Presidential Party of Mordovia v. Russia»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«28. Суд нагадує, що стаття 11 може бути застосована щодо таких об'єднань, як політичні партії, тим більше щодо партії, яка як партія-заявник не підозрюється в підриві конституційних структур.

29. Суд також стверджує, що відмова в реєстрації об'єднання може являти собою втручання в здійснення права на свободу об'єднань.

(…)

31. Суд погоджується з тим, що відмова в переєстрації негативно позначилася на партії, як вона і стверджує, оскільки ця партія не мала можливості функціонувати протягом тривалого періоду часу і не могла взяти участь у регіональних виборах. Крім того, завдана шкода представляється непоправною, враховуючи, що відповідно до чинного законодавства партія не може бути відновлена у своєму первісному вигляді.

32. Незаперечний той факт, що відмова в переєстрації являла втручання, що «не передбачено законом». Прийшовши до такого висновку, Суд не визнав за необхідне встановлювати, чи відповідає ця справа іншим вимогам, а саме: чи переслідувало це втручання законні цілі і чи було воно необхідним у демократичному суспільстві.

33. Отже, було порушено статтю 11 Конвенції». [Presidential Party of Mordovia v. Russia (65659/01). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–66843]

170.3.5. Справа «Church of scientology Moscow v. Russia»

Фактичні обставини:

Заявник є релігійним об'єднанням, що має статус юридичної особи та офіційно зареєстрований у 1994 році. У 1997 році вступив в силу Закон РФ про релігії, який зобов'язував усі релігійні об'єднання, які раніше мали статус юридичної особи, привести свої статути у відповідність із Законом та повторно подати заявку на реєстрацію до кінця 2000 року. Заявник подав заявку на повторну реєстрацію до московського міністерства юстиції у період з 1998 по 2005 рік 11 разів. Заявки неодноразово не розглядалися на тій підставі, що комплект документів не був наданий. Компетентний районний суд пізніше вказав конкретні підстави для відмови в переєстрації, а саме те, що заявник не представив оригіналів своїх статутів та інших документів. Крім того, Суд по-

становив, що книга, представлена заявником, не надає достатньої інформації щодо основних принципів віровчення та практики саєнтології. Чотири заяви залишилися нерозглянутими на тій підставі, що закінчився термін для перереєстрації. Зрештою, національні суди встановили, що відмова розглянути змінений статут заявника не мала законної підстави, і Департаменту юстиції було наказано переглянути заявку на перереєстрацію. Однак Департамент юстиції відхилив останню заяву заявника за новою підставою – відсутність документа, який підтверджує присутність заявника в Москві як мінімум п'ятнадцять років.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«83. Суд відзначає, що до вступу в силу нового Закону РФ про релігії заявник на законних підставах діяв у Росії з 1994 року. Він не зміг отримати «перереєстрацію», як того вимагає Закон про релігії, і норми закону були підставою для розпуску. Незважаючи на те, що рішення Конституційного суду згодом усунуло безпосередню загрозу розпуску заявника, очевидно, що це правопорушення не є одиничним – мали місце правопорушення щодо інших релігійних організацій, що не одержали свідоцтво про перереєстрацію. Суд відзначає, що відсутність повторної реєстрації була виставлена російськими властями як підстава для відмови в реєстрації змін у статуті та за реєстрацію релігійної газети.

84. Суд вже знайшов у аналогічному випадку, що ця ситуація являє собою втручання у право релігійної організації на свободу асоціацій, а також з її правом на свободу віросповідання, оскільки Закон про релігії обмежує здатність релігійного об'єднання без статусу юридичної особи для здійснення повного спектра релігійних заходів. Ці результати застосовні і в даному випадку.

85. Відповідно, Суд вважає, що було втручання в права заявника відповідно до статті 11 Конвенції, викладені в світлі статті 9 Конвенції. Тому він повинен визначити, чи задовольняє вимогам пункту 2 цих положень, тобто чи це було «затверджено законом», чинило один або кілька законних цілей і було «необхідним в демократичній суспільстві».

(…)

93. Нікулінський районний суд також постановив, що заявник не надав інформацію про основні принципи віри і практики релігії. Раніше Суд встановив, що відмова в реєстрації за нездатність надати інформацію про основні принципи релігії може бути виправдана в конкретних обставинах справи необхідністю визначення того, чи представляла організація будь-яку небезпеку для демократичного суспільства. Ситуація в даному випадку, була іншою. Не було оскаржено, що заявник представив книгу, в якій докладно викладені теологічні передумови і практика саєнтології. Районний суд не пояснив, чому в книзі не було достатньої інформації про основні принципи та практики релігії, які потрібні відповідно до Закону про релігії. Суд повторює, що, якщо інформація, що міститься в книзі, не вважається повною, завданням національних судів було роз'яснити застосовані правові вимоги та, таким чином, дати заявнику ясне повідомлення про те, як підготувати документи. Однак цього не було зроблено. Відповідно, Суд вважає, що ця підстава для відмови в перереєстрації не була законною.

94. Суд не вважає за необхідне розглянути питання про те, чи були виправдані відмови, засновані на закінчення терміну перереєстрації, оскільки в ході подальшого розгляду національні суди визнали, що відмова на цій підставі Міністерства юстиції Москви розглядати заявку на реєстрацію зміненої хартії була незаконною. У будь-якому випадку, як Суд знайшов вище, нездатність заявника забезпечити перереєстрацію в установлений термін є прямим наслідком свавільної відмови від своїх попередніх заяв Московським управлінням юстиції.

95. Нарешті, що стосується відмови на останню, одинадцяту заяву на тій підставі, що документ, який містить п'ятнадцятирічну присутність у Москві, не був підготовлений, Суд зазначає, що ця вимога не мала законної основи. Конституційний суд РФ вже визначив у 2002 році, що такого документа не вимагається від організацій, що існували до набрання чинності Законом про релігії в 1997 році. Заявник був зареєстрований як релігійна організація з 1994 року і потрапив в цю категорію.

(…)

97. З огляду на вищевикладене рішення Суду про те, що причини, на які посилався Московський департамент юстиції і схвалені московськими судами про відмову в перереєстрації філії

заявника, не мали юридичної основи, можна зробити висновок про те, що у відмові в реєстрації Церкви Саєнтології Москви, влада Москви не діяла сумлінно і нехтувала своїм обов'язком нейтралітету і неупередженості по відношенню до релігійної громади заявника.

98. У світлі вищесказаного Суд вважає, що втручання в право заявника на свободу релігії і асоціації не було виправдано. Таким чином, мало місце порушення статті 11 Конвенції, прочитаної в світлі статті 9.

99. Заявник далі поскаржився відповідно до статті 14 Конвенції, сукупно зі статтями 9, 10 і 11, про те, що він був дискримінований через його позиції як релігійної меншини в Росії. Стаття 14 вказує: «Користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою».

100. Суд повторює, що стаття 14 не має незалежного існування, але відіграє важливу роль, доповнюючи інші положення Конвенції та протоколів, оскільки вона захищає від будь-якої дискримінації при здійсненні прав, викладених в інших положеннях Конвенції. У тих випадках, коли було виявлено порушення основної статті, Суд зазвичай не розглядає справу по статті 14 (…)

101. В обставинах даної справи Суд вважає, що дискримінація, щодо якої заявник стверджував, що він є жертвою, була достатньою мірою врахована у вищезгаданій оцінці щодо порушення статті 11 Конвенції». [Church of scientology Moscow v. Russia (18147/02). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–80038]

170.3.6. Справа «Danilenkov and others v. Russia»

Фактичні обставини:

Заявники, які були членами місцевого відділення Союзу докерів Росії (СДР), перебували у трудових відносинах з приватною компанією Калінінградський торговельний морський порт. У 1997 році СДР розпочав двотижневий страйк із вимогами щодо платні, кращих умов праці, а також страхування життя і здоров'я. Страйк не досяг цілей і був перерваний. Згодом члени СДР дізналися, що їх перевели до спеціальних робочих бригад, на роботу з частковою зайнятістю, а потім попередили про скорочення і звільнили через структурну реорганізацію компанії. У відповідь на це заявники подали кілька позовних заяв до місцевих судів, у яких скаржилися на протиправне і дискримінаційне ставлення на основі приналежності до профспілки.

Стаття 136 Кримінального кодексу РФ забороняє порушення рівності щодо прав і свобод людини, вчинених на підставі, зокрема, приналежності до профспілкового об'єднання.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«126. Заявники вказали, що всі національні суди, до яких вони зверталися – Балтійський районний суд Калінінграда, Калінінградський обласний суд і суддя Балтійського району, відмовилися розглядати скарги по суті порушення їх права на свободу асоціації та дискримінації на тій підставі, що факт такого порушення може бути встановлено лише в кримінальному судочинстві. У будь-якому випадку прокуратура також відмовила у проханні заявників розпочати кримінальне розслідування у зв'язку з передбачуваним порушенням принципу рівності і не зробила жодних кроків для встановлення того, чи були скарги заявників обґрунтованими.

(…)

135. Суд не буде спекулювати щодо того, чи здатний був ефективний захист права заявників [засобами кримінального права] запобігти майбутньому несприятливих дій проти них з боку їх роботодавця, як пропонували заявники. Проте, він вважає, що, з огляду на об'єктивні наслідки поведінки роботодавця, відсутність такого захисту може породити побоювання з приводу продовження дискримінації і перешкоджати приєднанню інших осіб до профспілки. Це, у свою чергу, може привести до її зникнення, що негативно позначиться на здійсненні права на свободу об'єднань.

136. В цілому Суд вважає, що держава не виконала свої позитивні зобов'язання щодо забезпечення ефективного і чіткого судового захисту членів профспілок. Із цього випливає, що мало місце порушення статті 14 Конвенції, взятої разом зі статтею 11». [Danilenkov and others v. Russia (67336/01). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–93854]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 170 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

170.4.1. Надання окремим професійним спілкам переваг у комунікації з державними органами не може розглядатися як дискримінація (перешкоджання законній діяльності) інших професійних спілок, за умови, що зазначені переваги не обумовлені політичними міркуваннями.

(Див.: 170.3.1)

170.4.2. Використання працедавцем фінансових стимулів для спонукання працівників до відмови від важливих профспілкових прав становить перешкоджання законній діяльності професійних спілок.

(Див.: 170.3.2.)

170.4.3. Відсутній склад цього злочину у випадку перешкоджання незаконної діяльності політичної партії, зокрема, коли лідери партії закликають до застосування насильства чи вимагають змін у конституційному устрої чи в іншому законодавстві, котрі в принципі не сумісні з однією чи декількома засадами демократії або мають на меті знищити демократію чи обмежити права громадян.

(Див.: 170.3.3)

170.4.4. Способом перешкоджання законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій може виступати явно незаконна відмова в їх переєстрації за надуманими підставами.

(Див.: 170.3.4)

170.4.5. Перешкоджання законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій, вчинене з умислом обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, інвалідності, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками, має кваліфікуватися за ст. 170 у сукупності з відповідною частиною ст. 161 КК України.

(Див.: 170.3.5)

170.4.6. Відмова правоохоронних органів кваліфікувати як злочин (ст. 170 КК України) умисне перешкоджання законній діяльності професійних спілок створює підстави для визнання влади винною у порушенні права на свободу об'єднання з іншими особами, включаючи право створювати профспілки (ст.11 Конвенції).

(Див.: 170.3.6)

170.4.7. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, в яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність», має здійснюватися з врахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – при необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підп. 2)

Стаття 171. Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів

1. Незаконне вилучення зібраних, опрацьованих, підготовлених журналістом матеріалів і технічних засобів, якими він користується у зв'язку із своєю професійною діяльністю, незаконна відмова у доступі журналіста до інформації, незаконна заборона висвітлення окремих тем, показу окремих осіб, критики суб'єкта владних повноважень, а так само будь-яке інше –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Вплив у будь-якій формі на журналіста з метою перешкоджання виконанню ним професійних обов'язків або переслідування журналіста у зв'язку з його законною професійною діяльністю –

караються штрафом до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до чотирьох років.

3. Дії, передбачені частиною другою цієї статті, якщо вони були вчинені службовою особою з використанням свого службового становища або за попередньою змовою групою осіб, –

караються штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Стаття 171 в редакції Закону № 993 – VIII від 04.02.2016)

§1. Норми міжнародного права
щодо професійній діяльності журналістів та доступу до інформації

171.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«Статья 19
Каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

171.1.2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)
«Стаття 19
1. Кожна людина має право безперешкодно дотримуватися своїх поглядів.
2. Кожна людина має право на вільне вираження свого погляду; це право включає свободу шукати, одержувати і поширювати будь-яку інформацію та ідеї, незалежно від державних кордонів, усно, письмово чи за допомогою друку або художніх форм вираження чи іншими способами на свій вибір.
3. Користування передбаченими в пункті 2 цієї статті правами накладає особливі обов'язки і особливу відповідальність. Воно може бути, отже, пов'язане з певними обмеженнями, які, однак, мають встановлюватися законом і бути необхідними:
a) для поважання прав і репутації інших осіб;
b) для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення.
Стаття 20
1. Будь-яка пропаганда війни повинна бути заборонена законом.
2. Будь-який виступ на користь національної, расової чи релігійної ненависті, що являє собою підбурювання до дискримінації, ворожнечі або насильства, повинен бути заборонений законом». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

171.1.3. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №34 – Стаття 19 (Свобода поглядів і їх вираження)»

(Сто друга сесія – 2011)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Свобода выражения мнений и средства массовой информации***

13. Свободная, не подлежащая цензуре и ограничениям пресса, или другие средства информации в любом обществе являются важным элементом обеспечения свободы мнений и их выражения, а также реализации других предусмотренных Пактом прав. Она является одним из краеугольных камней демократического общества. В Пакте закреплено право, в соответствии с которым средства массовой информации могут получать сведения, на которые они опираются при выполнении своих функций. Особое значение имеет свободный обмен информацией и мнениями по государственным и политическим вопросам между гражданами, кандидатами и избранными представителями народа. Это предполагает свободу прессы и других средств информации, которые могли бы комментировать государственные вопросы без контроля или ограничений и информировать о них общественность. Широкая общественность в свою очередь имеет право получать продукт деятельности средств информации.

14. Государствам-участникам следует уделять особое внимание поощрению независимости и разнообразия средств информации, поскольку это является средством защиты прав пользователей СМИ, в том числе представителей этнических и языковых меньшинств, а также средством получения более широкого спектра информации и идей.

15. Государствам-участникам следует учитывать масштабы изменений в информационных и коммуникационных технологиях, таких как электронные системы распространения информации на базе Интернета и мобильной связи, которые существенно изменили методы общения во всем мире. Сегодня создана новая глобальная сеть для обмена идеями и мнениями, которая не обязательно опирается на традиционные средства массовой информации. Государствам-участникам следует принять все необходимые меры для укрепления независимости этих новых СМИ и обеспечить к ним доступ для населения.

16. Государствам-участникам следует обеспечить независимость работы служб государственного вещания. В связи с этим государствам-участникам следует гарантировать их независимость и издательскую свободу. Им следует предоставлять финансирование таким образом, чтобы не подрывать независимость этих служб.

17. Связанные со СМИ вопросы рассматриваются далее в разделе настоящего замечания общего порядка, касающемся ограничений свободы выражения мнений.

Право на доступ к информации

18. В пункте 2 статьи 19 предусмотрено право на доступ к информации, имеющейся у государственных органов. К такой информации относятся записи в государственных органах, независимо от формы ее хранения, источников и даты их регистрации. Государственными органами следует считать такие органы, которые указаны в пункте 7 настоящего замечания общего порядка. К таким органам могут также относиться иные образования, когда они выполняют государственные функции. Как было отмечено ранее, с учетом статьи 25 Пакта право на доступ к информации предполагает также право СМИ на доступ к информации, касающейся государственных вопросов, а также право широкой общественности получать продукцию СМИ. (…)

19. С целью эффективного осуществления права на доступ к информации государствам-участникам в приоритетном порядке следует открыть широкий доступ к правительственной информации, имеющей общественный интерес. Государствам-участникам следует предпринимать все усилия для обеспечения легкого, быстрого, эффективного и практического доступа к такой информации. Государствам-участникам следует учредить необходимые процедуры, позволяющие населению получить доступ к информации, например при помощи законодательства о свободе информации. Эти процедуры должны обеспечивать своевременную обработку запросов на получение информации в соответствии с четкими правилами, не противоречащими Пакту. Плата за обработку запросов на получение информации не должна создавать неоправданное препятствие

для доступа к информации. Властям следует обосновывать любой отказ в предоставлении доступа к информации. Необходимо создать механизм обработки заявлений об отказе в предоставлении информации, а также об оставленных без ответа запросах.

(…)

Применение пункта 3 статьи 19

21. Пункт 3 прямо гласит о том, что пользование правом на свободное выражения своего мнения налагает особые обязанности и особую ответственность. По этой причине допускаются две узкие области ограничения этого права, которые могут относится либо к уважению прав или репутации других лиц, либо к охране государственной безопасности, общественного порядка (ordre public) или здоровья и нравственности населения. Тем не менее, когда государство-участник устанавливает ограничения на осуществление права на свободное выражения мнения, эти ограничения не должны ставить под угрозу сам принцип этого права. Комитет напоминает, что связь между правом и ограничением, между нормой и исключением не должна быть обратной. Кроме того, Комитет ссылается на пункт 1 статьи 5 Пакта, в соответствии с которым «ничто в настоящем Пакте не может толковаться как означающее, что какое-либо государство, какая-либо группа или какое-либо лицо имеет право заниматься какой бы то ни было деятельностью или совершать какие бы то ни было действия, направленные на уничтожение любых прав или свобод, признанных в настоящем Пакте, или на ограничение их в большей мере, чем предусматривается в настоящем Пакте».

22. Ограничения могут устанавливаться исключительно при соблюдении особых условий, предусмотренных в пункте 3: ограничения «должны быть установлены законом»; они могут устанавливаться лишь на основаниях, предусмотренных в подпунктах a) и b) пункта 3, и должны строго отвечать требованию необходимости и соразмерности. Не допускаются никакие ограничения, установленные на основаниях, не содержащихся в пункте 3, даже если такие основания будут оправдывать ограничения в отношении других прав, защищаемых Пактом. Ограничения могут устанавливаться лишь для тех целей, для которых они предназначены, и они должны быть прямо связаны с конкретной целью, достижение которой они преследуют, и быть ей соразмерны.

23. Государствам-участникам следует принять эффективные меры по защите обладателей права на свободное выражение своего мнения от попыток заставить их замолчать. Пункт 3 ни при каких условиях не может служить оправданием для того, чтобы заставить замолчать каких-либо защитников многопартийной демократии, демократических принципов и прав человека. Подобным образом, агрессия в отношении лица, использующего свое право на свободное выражение мнений, в том числе такие формы агрессии как произвольный арест, пытки, угроза жизни и убийство, несовместима со статьей 19. Часто в связи со своей деятельностью таким угрозам, запугиванию и агрессивным действиям подвергаются журналисты. Также жертвами подобных действий становятся лица, которые занимаются сбором и анализом информации о ситуации в области прав человека и публикуют доклады по правам человека, в том числе судьи и адвокаты. В отношении всех подобных случаев агрессии следует проводить своевременное и тщательное расследование, виновных необходимо преследовать по закону, а жертвам, или в случае убийства их представителям, – предоставлять надлежащие формы возмещения ущерба.

24. Ограничения должны быть установлены законом. Закон может включать закон о парламентских привилегиях и закон, предусматривающий меры наказания за неуважение к суду. Поскольку любое ограничение права на свободное выражение мнений является серьезным ущемлением прав человека, закрепление какого-либо ограничения в традиционном, религиозном или другом подобном обычном праве несовместимо с Пактом.

25. Для целей пункта 3 норма, которая квалифицируется как «закон», должна быть сформулирована достаточна четко, с тем чтобы дать лицу возможность соответствующим образом следить за своим поведением, а информация о ней должна быть доступна широким слоям населения. Закон не должен наделять лиц, которым поручено его осуществление, неограниченными дискреционными полномочиями устанавливать ограничения на право свободного выражения мнений. Законы должны предоставлять лицам, которым поручено их осуществление, достаточные руководящие указания для того, чтобы они могли определить, на какие формы выражения мнений установлены должные ограничения, а на какие нет.

26. Законы, ограничивающие права, содержащиеся в пункте 2 статьи 19, в том числе законы, указанные в пункте 24, должны не только соответствовать жестким требованиям пункта 3 статьи 19 Пакта, но и являться совместимыми с положениями, целями и задачами Пакта. Законы не должны нарушать положения Пакта, касающиеся недопущения дискриминации. Законы не должны устанавливать несовместимые с Пактом меры наказания, такие как телесные наказания.

27. Государство-участник должно предоставлять правовое обоснование любого ограничения, установленного на осуществление права свободного выражения мнений. Если в отношении какого-либо конкретного государства-участника Комитету необходимо рассмотреть вопрос о том, законом ли установлено конкретное ограничение, то государству-участнику следует представить текст закона и подробную информацию о мерах, которые подпадают под действие данного закона.

28. Первым из законных оснований для установления содержащихся в пункте 3 ограничений является уважение прав и репутации других лиц. Термин «права» включает в себя права человека, признанные в Пакте и, более широко, в международном законодательстве в области прав человека. Так, например, было бы законным ограничить свободу выражения мнений с целью защиты права голоса, закрепленного в статье 25, а также прав, содержащихся в статье 17 (см. пункт 37). Такие ограничения должны вводиться с осторожностью: в то время как допускается защита голосующих от форм выражения мнений, предполагающих запугивание или принуждение, подобные ограничения не должны препятствовать проведению политических дебатов, в том числе, например, призывам к бойкотированию необязательного голосования. Термин «другие лица» включает в себя любых других лиц как индивидуально, так и как членов какого-либо сообщества. Таким образом, например, этот термин может относиться к отдельным членам сообщества, объединенного одним вероисповеданием, или к отдельным членам одной этнической принадлежности.

29. Вторым законным основанием является защита национальной безопасности или общественного порядка (ordre public), либо здоровья или нравственности населения.

30. Государствам-участникам необходимо весьма тщательно подходить к обеспечению строгого соблюдения требований пункта 3 в процессе разработки и применения законов о государственной измене и аналогичных актов, касающихся национальной безопасности, служебной тайны, борьбы с подрывной деятельностью или иных сфер. Например нарушение пункта 3 представляет собой ссылки на такие законы, с тем чтобы удержать или утаить от широкой общественности информацию, представляющую законный общественный интерес и не угрожающую национальной безопасности, а также чтобы преследовать журналистов, исследователей, защитников окружающей среды, правозащитников или других лиц за распространение такой информации. Кроме того, как правило, неприемлемо включать в сферу охвата подобных законов информацию, относящуюся к торговле, банковскому делу и научным исследованиям. В одном деле Комитет постановил, что ограничение на выпуск заявления в поддержку конфликта по трудовым вопросам, содержащего в том числе призывы к проведению национальной забастовки, было недопустимо, поскольку обосновывалось соображениями национальной безопасности.

31. В целях поддержания общественного порядка (ordre public) в некоторых случаях допустимо, например, регулировать выступления в некоторых общественных местах. Судебные разбирательства, касающиеся неуважения к суду и связанные с формами выражения мнений, могут подвергаться проверке на предмет их влияния на общественный порядок (ordre public). Для целей соответствия пункту 3 необходимо продемонстрировать, что подобные разбирательства и устанавливаемое наказание обоснованы и соответствуют полномочиям суда по обеспечению надлежащего осуществления процедуры. Такие процедуры не должны ни при каких обстоятельствах использоваться для ограничения законного пользования права на защиту.

32. В своем замечании общего порядка №22 Комитет отметил, что «понятие нравственности складывается на основе многих общественных, философских и религиозных традиций, и, следовательно, установление ограничений [(…)] в целях защиты нравственности не должно основываться на принципах, вытекающих исключительно из одной единственной традиции». Любые подобные ограничения должны рассматриваться в контексте универсального характера прав человека и принципа недопущения дискриминации.

33. Установление ограничений должно быть «необходимой» и обоснованной с точки зрения закона мерой. (…)

34. Ограничения не должны быть чрезмерно широкими. В своем замечании общего порядка №27 Комитет отметил, что «ограничительные меры должны соответствовать принципу соразмерности; они должны являться уместными для выполнения своей защитной функции; они должны представлять собой наименее ограничительное средство из числа тех, с помощью которых может быть достигнут желаемый результат; и они должны являться соразмерными защищаемому интересу. Принцип соразмерности должен соблюдаться не только в законодательстве, в котором предусматриваются ограничения, но и административными и судебными властями в процессе применения законодательства. (…)

(…)

Узкие пределы ограничения свободы выражения мнений в ряде конкретных областей

37. К ограничениям на участие в политической жизни, вызывающим у Комитета обеспокоенность, относятся поквартирные опросы, ограничения в отношении количества и характера печатных материалов, которые можно распространять во время предвыборных кампаний, отказ в доступе во время избирательных кампаний к источникам, содержащим политические комментарии, в том числе к местным и иностранным средствам информации, а также ограничение доступа оппозиционных партий и политических деятелей к СМИ. Любое ограничение должно быть совместимо с пунктом 3. Тем не менее государство-участник может на законных основаниях ограничивать политический опрос непосредственно перед выборами с целью сохранить целостность избирательного процесса.

38. Как было ранее отмечено в пунктах 13 и 20, касающихся форм участия в политической жизни, Комитет отмечает, что в Пакте уделяется особое внимание праву на беспрепятственное выражение мнений при проведении дискуссий с участием политических и государственных деятелей. Таким образом, одного лишь факта, что формы выражения мнений оскорбляют какого-либо общественного деятеля, недостаточно для того, чтобы обосновать установление наказаний, хотя общественные деятели также могут в своих интересах использовать положения Пакта. Более того, все общественные деятели, в том числе представители высшей политической власти, такие как главы государств и правительств, могут на законных основаниях становиться объектом критики и нападок политической оппозиции. По этой причине Комитет выражает обеспокоенность в связи с законами о таких действиях, как оскорбление высшего государственного лица, неуважение к суду, неуважение к представителям власти, неуважение к флагу и символике, клевета на главу государства, защита чести государственных должностных лиц; он также заявляет, что законом не должны устанавливаться более жесткие меры наказания исключительно в связи с положением личности индивида, чья репутация была якобы подвергнута сомнению. Государствам-участникам не следует запрещать критику таких структур, как армия или административный аппарат.

39. Государствам-участникам следует обеспечивать соответствие законодательных и административных основ, регулирующих деятельность СМИ, положениям пункта 3. Системы регулирования должны принимать во внимание различия между печатными и вещательными СМИ и Интернетом с учетом точек соприкосновения различных форматов СМИ. Запрет на выпуск газет и других печатных СМИ при отсутствии особых условий, закрепленных в пункте 3 статьи 19, является нарушением этой статьи. Запрет на выпуск какого-либо конкретного издания может быть установлен лишь в том случае, если конкретные, неразрывно связанные с данным изданием материалы могут быть на законных основаниях запрещены в соответствии с пунктом 3. Государства-участники не должны вводить для вещательных СМИ, в том числе небольших и коммерческих станций, обременительные лицензионные условия и облагать их сборами. Критерии для введения таких условий и лицензионных сборов должны быть целесообразными и объективными, четкими, прозрачными, не должны носить дискриминационного характера и должны отвечать иным характеристикам в соответствии с Пактом. Порядок выдачи лицензий на вещание при помощи средств ограниченных возможностей, таких как аудиовизуальные наземные и спутниковые службы, должен обеспечивать равное распределение доступа и частот для государственных,

коммерческих и местных вещательных служб. Государствам-участникам, которые еще этого не сделали, рекомендуется учредить независимый государственный орган по выдаче лицензий на вещание, уполномоченный рассматривать заявки на вещание и выдавать лицензии.

(…)

42. Установление мер наказания для СМИ, издателей или журналистов исключительно за критику правительства или общественно-политической системы, которой придерживается правительство, ни при каких обстоятельствах не может рассматриваться в качестве необходимого ограничения права на свободное выражение мнений.

43. Любые ограничения на работу вебсайтов, блогов и любых других подобных систем распространения электронной и иной информации, основанных на Интернет-технологиях, в том числе систем, обеспечивающих работу подобных средств коммуникации, таких как системы доступа к сети Интернет или поисковые системы, допустимы в той мере, в какой они совместимы с пунктом 3. Допустимые ограничения должны основываться главным образом на содержании конкретных материалов; общие запреты на функционирование определенных сайтов и систем несовместимы с пунктом 3. Кроме того, несовместимым с пунктом 3 является запрет на публикацию сайтами или системами распространения информации каких-либо материалов исключительно по той причине, что они могут содержать критику правительства или социально-политической системы, которой придерживается правительство.

44. Журналистские функции выполняет широкий круг лиц, в том числе профессиональные штатные репортеры и аналитики, блогеры и другие лица, которые публикуются в печатных изданиях, Интернете или где-либо еще, поэтому существование общих государственных систем регистрации журналистов или выдачи им лицензий является несовместимым с пунктом 3. Ограничения на аккредитацию допустимы лишь в случаях, когда для журналистов необходимо предоставить привилегированный доступ в некоторые места или на некоторые события. Такие ограничения не должны носить дискриминационный характер и должны применяться в соответствии со статьей 19 и другими положениями Пакта на основе объективных критериев и с учетом того, что журналистские функции выполняет широкий круг лиц.

45. Как правило, несовместимыми с пунктом 3 являются попытки ограничить право журналистов и других лиц, которые стремятся использовать свое право на свободное выражение мнений (к ним, например, относятся те, кто желают посетить правозащитные мероприятия), на перемещение за пределы государства-участника, ограничивать въезд иностранных журналистов в государство-участник из определенных стран или ограничивать право на свободное передвижение журналистов и расследователей по вопросам прав человека в рамках государства-участника (в том числе в затронутые конфликтом районы, районы природных катастроф и места, где, по утверждениям, наблюдаются нарушения прав человека). Государствам-участникам следует признать, что исключительная привилегия журналистов не разглашать источники информации является составным элементом права на свободное выражение мнений, и обеспечивать ее соблюдение.

46. Государствам-участникам следует обеспечивать совместимость антитеррористических мер с пунктом 3. Такие правонарушения как «поощрение терроризма» и «экстремистская деятельность», а также правонарушения «восхваления», «прославления» или «оправдания» терроризма должны иметь четкие определения для гарантии того, что их применение не ведет к неуместному или несоразмерному вмешательству в осуществление права на свободное выражение мнений. Кроме того, следует избегать чрезмерных ограничений на доступ к информации. СМИ играют ключевую роль при предоставлении населению информации о террористических действиях, поэтому нельзя допускать неправомерного ограничения их работы. В связи с этим журналисты не должны подвергаться наказаниям за то, что они законно выполняют свои функции.

47. Необходимо тщательно подходить к разработке законов, касающихся клеветы, обеспечивать их соответствие положениям пункта 3, а также не допускать, чтобы они на практике использовались для ограничения права на свободное выражение мнений. Во все такие законы, в частности уголовные законы, касающиеся клеветы, следует включить такие формы защиты, которые отвечают интересам правдивости, и они не должны применяться по отношению к таким формам выражения мнений, которые по своей природе не могут быть проверены. По крайней мере, в отно-

шении комментариев, затрагивающих интересы общественных деятелей, следует стремиться не допускать установления наказаний за высказывания, которые стали достоянием общественности по ошибке и без злого умысла, или их перевода в разряд незаконных. В любом случае наличие общественного интереса к объекту критики следует рассматривать в качестве элемента защиты. Государствам-участникам следует принимать меры во избежание чрезмерных мер наказания и штрафов. Там, где это необходимо, государствам-участникам следует вводить умеренные ограничения на требование, в соответствии с которым защита обязана возместить расходы стороны, выигравшей дело. Государствам-участникам следует рассмотреть возможность исключения клеветы из разряда преступлений, но в любом случае уголовное законодательство должно применяться лишь в связи с наиболее серьезными случаями, а лишение свободы ни при каких условиях не должно считаться адекватной мерой наказания. Государство-участник не должно допускать ситуаций, когда после предъявления лицу обвинения в клевете судебное разбирательство в отношении этого лица не проводится скорейшим образом, поскольку такая практика оказывает сковывающее воздействие, неправомерно ограничивающее осуществление таким лицом или другими лицами права на свободное выражение мнения.

48. Запреты на разные формы неуважения к какой-либо религии или другим системам убеждений, в том числе законы о богохульстве, являются несовместимым с Пактом за исключением отдельных случаев, предусмотренных в пункте 2 статьи 20 Пакта. Такие запреты должны также строго соответствовать требованиям пункта 3 статьи 19, а также статьей 2, 5, 17, 18 и 26. Так, например, недопустимо, чтобы в каких-либо подобных законах содержалась дискриминация в пользу или против одной или нескольких религиозных систем или систем убеждений, либо в отношении их приверженцев по сравнению с приверженцами других систем, а также религиозных верующих по сравнению с неверующими. Кроме того, нельзя допускать, чтобы такие запреты препятствовали критике религиозных лидеров и высказыванию замечаний по поводу религиозных доктрин и догматов веры или устанавливали за это наказание». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 34 – Стаття 19 (Свобода поглядів і їх вираження)» (Сто друга сесія – 2011 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

171.1.4. Лімська декларація

(ООН, від 11.09.1997)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«(…) – Роль незалежних засобів інформації є дуже важливою, але для ефективнішого функціонування необхідна свобода інформації (для громадян та журналістів рівною мірою) та правова система, яка не може використовуватися для приборкання законного права висловлення думки. Ми закликаємо уряди, засоби інформації та громадянське суспільство забезпечити умови для виконання засобами інформації належної їм ролі.

– Редактори газет повинні зважати на роль, яку їхні публікації можуть відігравати у тому, щоб надати загалові «голос» у боротьбі з корупцією та у піднесенні поінформованості щодо механізмів подання скарг та щодо того, як ефективно ними може користуватися громадськість. А також повинні вирішити, яким чином вони можуть впливати на формування такої громадської думки, яка презирливо ставитиметься до корупції, яким би багатим і впливовим не був корупціонер. Самі засоби масової інформації мають пильнувати отримання хабарів та незаконну вдячність». [Лімська декларація. (ООН, від 11.09.1997). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/998_090]

171.1.5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«***Стаття 10. Свобода вираження поглядів***

1. Кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Ця стаття не перешкоджає державам вимагати ліцензування діяльності радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств.

2. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

171.1.6. Резолюція про свободи журналістів і права людини

(Рада Європи, Конференція міністрів європейських країн, від 7–8.12.1994)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

*«**Принцип 4***

Пам'ятаючи про основоположну роль свободи вираження поглядів для журналістів у справжній демократії, кожне втручання у діяльність журналістів з боку органів державної влади має:

a) бути передбаченим у повному та вичерпному переліку обмежень, викладених у пункті 2 статті 10 Європейської конвенції з прав людини;

b) бути необхідним у демократичному суспільстві та відповідати настійній соціальній потребі;

c) бути передбаченим законом та сформульованим у зрозумілих і точних термінах;

d) інтерпретуватися вузько;

e) бути пропорційним меті, що переслідується». [Резолюція про свободи журналістів і права людини. (Рада Європи, Конференція міністрів європейських країн, від 7–8.12.1994). https://cedem.org.ua/library/rezolyutsiya-2-svobody-zhurnalistiv-i-prava-lyudyny]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо професійній діяльності журналістів та доступу до інформації

171.2.1. Справа «Observer and Guardian v. the United Kingdom»

«60. (…) стаття 10 Конвенції не передбачає жодних обмежень щодо публікації як такої. (…) ризики, властиві попереднім обмеженням, є такими, що вимагають найбільш ретельного вивчення з боку Суду. Особливо це стосується преси, оскільки новина є швидкопсувним товаром, і затримка її публікації, навіть на короткий період часу, цілком може позбавити її всієї цінності та інтересу». [Observer and Guardian v. the United Kingdom (13585/88). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57705] (Неофіційний авторський переклад).

171.2.2. Справа «Ляшко проти України»

«41. Суд іще раз наводить такі основоположні принципи в цій сфері:

(a) свобода вираження поглядів являє собою одну з важливих засад демократичного суспільства та одну з базових умов його прогресу та самореалізації кожного. Предмет пункту другого статті 10 застосовується не тільки до «інформації» чи «ідей», які були отримані зі згоди чи розглядаються як необразливі чи як малозначущі, але й до тих, які можуть ображати, шокувати чи непокоїти. Такими є вимоги плюралізму, толерантності та відкритості думок, без чого неможливе «демократичне суспільство».

Як передбачено в статті 10, ця свобода має винятки, які, проте, повинні чітко тлумачитись[1], та потреба в таких обмеженнях має бути переконливо встановлена.

(b) Преса відіграє важливу роль в демократичному суспільстві. Хоча вона не повинна переступати певні межі, зокрема, що стосується захисту репутації та прав інших, а також розголошення конфіденційної інформації, обов'язком преси, тим не менш, є поширення інформації та

[1] Наведений у системі «Право» Верховної Ради України переклад українською мовою словосполучення «construed strictly» як «чітко тлумачитись» не відповідає, на наш погляд (В. І. А.), дійсному його змісту. Теорії та практиці тлумачення норм права відповідає такий варіант перекладу: «буквально тлумачитися», у значенні – «тлумачення не може бути розширеним».

ідей у спосіб, сумісний із її обов'язком і відповідальністю, щодо всіх питань, що становлять громадський інтерес, включаючи питання правосуддя. Це не тільки завдання преси – поширювати подібну інформацію та ідеї – суспільство також має право отримувати їх. Інакше чи здатна була б преса відігравати цю життєво важливу роль «вартового пса демократії». Свобода журналістських висловлювань також припускає певний ступінь перебільшення чи навіть провокації. Свобода преси надає громадськості один з найкращих засобів отримання інформації та формування ідей та ставлення до політичних лідерів. Більш загально, свобода політичних дебатів перебуває в самому серці побудови демократичного суспільства, що наскрізь пронизує Конвенцію. Межі припустимої критики відповідно ширші, коли йдеться про політика, ніж коли йдеться про пересічного громадянина. На відміну від останнього, кожне слово та дія першого неминуче та свідомо стають об'єктом ретельного вивчення з боку журналістів та громадськості, і, отже, він повинен виявляти вищий ступінь толерантності.

(d) Межі припустимої критики за певних обставин можуть бути ширшими, коли йдеться про державного службовця, що виконує свої повноваження, ніж коли йдеться про фізичних осіб. Проте не можна стверджувати, що державні службовці свідомо піддають ретельному обстеженню кожне своє слово чи дію в тій самій мірі, як це роблять політики, і, отже, до них повинні застосовуватись ті самі механізми, що й до останніх, коли йдеться про критику їх діяльності. Державні службовці повинні користуватися громадською довірою в умовах, позбавлених надзвичайного занепокоєння, що зробить вдалим виконання ними своїх завдань. Отже, може постати необхідність у їх захисті від образливих словесних нападок під час виконання ними своїх обов'язків.

(e) Більше того, повинно бути зроблене чітке розмежування між констатацією фактів та оціночними судженнями. У той час як наявність фактів може бути продемонстровано, достовірність оціночних суджень не піддається доведенню. Вимогу доводити достовірність оціночних суджень неможливо виконати, вона порушує свободу думки як таку, що є базовою частиною права, гарантованого статтею 10. Більше того, домінуюча позиція, яку посідає Уряд, змушує його більш зважено вдаватися до кримінальних проваджень, зокрема в тих випадках, коли є змога вдатися до інших засобів у відповідь на невиправдані нападки чи критику його противників чи ЗМІ. Однак вжиття на власний розсуд заходів, навіть кримінальних за природою, що покликані належним чином (але не надмірно) реагувати на дифамаційні звинувачення, що позбавлені підстав чи недобросовісно сформульовані, залишається правом органів влади відповідної держави як гарантів громадського порядку». [Ляшко проти України (21040/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_275]

171.2.3. Справа «Мирський проти України»

«43. Стосовно питання про те, чи було втручання необхідним «у демократичному суспільстві», Суд повторює, що це залежить від того, чи відповідало оскаржуване втручання нагальній суспільній потребі, чи було воно пропорційним легітимній меті і чи були наведені національними органами підстави на виправдання цього втручання відповідними й достатніми. Завданням Суду не є підміна національних судів, а є перевірка за статтею 10 Конвенції та з урахуванням обставин справи в цілому, правомірності рішень, ухвалених національними органами у межах наданої їм свободи розсуду. Здійснюючи таку перевірку, Суд має переконатися, що національні органи застосували стандарти, які відповідають принципам, встановленими статтею 10 Конвенції, та, більш того, що вони також керувались прийнятною оцінкою відповідних фактів. Характер та суворість санкції також є факторами, які слід брати до уваги». [Мирський проти України (7877/03). https://minjust.gov.ua/files/24426]

171.2.4. Справа «Українська Прес-Група» проти України»

«39. Суд нагадує, що відповідно до параграфа 2 статті 10 Конвенції сфера для обмеження політичних висловлювань чи дебатів щодо питань, які становлять загальний інтерес, є дуже малою. Крім того, межа допустимої критики щодо політика, який виступає у своїй публічній якості, є ширшою, ніж щодо приватної особи. На відміну від останнього, перший неминуче та свідомо відкриває кожне своє слово та вчинок для ретельної уваги журналістів та всього суспільства і тому

має виявляти більшу терпимість. Звичайно, право на захист репутації поширюється і на політиків, навіть коли вони виступають не як політики, проте вимоги такого захисту мають бути збалансовані з інтересами суспільства до відкритої дискусії з політичних питань.

(…)

42. Однак навіть якщо висловлення є оціночним судженням, пропорційність втручання має залежати від того, чи існує достатній фактичний базис для оспорюваного висловлювання. Залежно від обставин конкретної справи, висловлювання, яке є оціночним судженням, може бути перебільшеним за відсутності будь-якого фактичного підґрунтя». [«Українська Прес-Група» проти України (72713/01). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_382]

171.2.5. Справа «Коломбані та інші проти Франції»

«57. До того ж «необхідність» будь-якого обмеження в реалізації права свободи слова повинна бути доведена переконливо ясно. Звичайно, національним властям слід, перш за все, оцінювати, чи існує «нагальна суспільна потреба», здатна виправдати це обмеження, але вже сама така оцінка має деякий розкид критеріїв. Коли справа стосується преси, національні влади при такій оцінці стикаються з інтересами демократичного суспільства, що бажає забезпечити і зберегти свободу друку. Слід надати більш значну вагу цьому інтересу, оскільки мова йде про те, щоб визначити, як цього вимагає параграф 2 статті 10, наскільки обмеження відповідає законно переслідуваній.

(…)

65. Суд нагадує, що за принципом «обов'язків і відповідальності», властивих здійсненню свободи слова, гарантія, яку стаття 10 надає журналістам щодо поширення інформації з питань, що мають суспільне значення, підпорядкована умові, за яким зацікавлені особи діють щиро і таким чином, щоб надати точну і гідну довіри інформацію, поважаючи професійну журналістську етику (…)». [Коломбані та інші проти Франції (51279/99). http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001–94243]

171.2.6. Справа «Перна проти Італії»

«38. v) Справи, які викликають суспільний інтерес, з приводу яких преса має право надавати інформацію та ідеї, що певним чином відповідає її обов'язкам та відповідальності, включають і питання, пов'язані з діяльністю судів. Проте робота судів, що виступають гарантом справедливості та відіграють важливу роль у державі, яка керується принципом верховенства права, має викликати довіру суспільства. Отже, судді мають бути захищені від безпідставних нападок, особливо з огляду на те, що обов'язок суддів діяти на власний розсуд спонукає їх утримуватися від коментарів». [Перна проти Італії (Case of Perna v. Italy) (48898/99). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/main/tt798022/sort/page27]

171.2.7. «Газета «Україна-Центр» проти України»

«(f) Стаття 10 Конвенції захищає право журналістів розголошувати інформацію, яка становить громадський інтерес, за умови, що вони діють сумлінно та використовують перевірену фактичну базу; та надають «достовірну та точну» інформацію, як того вимагає журналістська етика. За пунктом 2 статті 10 Конвенції свобода вираження поглядів пов'язана з «обов'язками та відповідальністю», які застосовуються до засобів масової інформації навіть щодо питань великого суспільного значення. Більше того, ці «обов'язки та відповідальність» мають особливе значення, коли йдеться про посягання на репутацію названої особи та порушення «прав інших осіб».

(g) Повідомлення новин, засноване на інтерв'ю або відтворенні висловлювань інших осіб, відредагованих чи ні, становить один з найбільш важливих засобів, за допомогою яких преса може відігравати свою важливу роль «сторожового пса суспільства». У таких справах слід розрізняти ситуації, коли такі висловлювання належали журналісту, і коли були цитатою висловлювання іншої особи, оскільки покарання журналіста за участь у розповсюдженні висловлювань інших осіб буде суттєво заважати пресі сприяти обговоренню питань суспільного значення та не повинно розглядатись, якщо для іншого немає винятково вагомих причин». [Газета «Україна-Центр» проти України (16695/04). https://minjust.gov.ua/files/1982]

171.2.8. Справа «Brambilla and others v. Italy»

«54. Слід також підкреслити, що «незважаючи на життєво важливу роль засобів масової інформації в демократичному суспільстві, журналісти в принципі не можуть звільнятися від своїх обов'язків підкорятися звичайним кримінальним законам на тій підставі, що як журналісти статтею 10 Конвенції, вони мають право на твердий захист. Іншими словами, журналіст не може вимагати виняткового імунітету від кримінальної відповідальності з тієї єдиної причини, що, на відміну від інших осіб, що здійснюють право на свободу вираження, вказаний злочин було вчинено під час виконання його журналістських функцій.

55. (…) Крім того, пункт 2 статті 10 Конвенції не гарантує повністю необмежену свободу вираження думок навіть щодо висвітлення в пресі питань, що становлять серйозний громадський інтерес». [Brambilla and others v. Italy (22567/09). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–164526] (Неофіційний авторський переклад).

171.2.9. Справа «Goodwin v. the United Kingdom»

«39. Захист журналістських джерел інформації є однією з основних умов свободи преси, в тому вигляді як вона знайшла відображення в законах і кодексах професійної поведінки в ряді Договірних Держав і в декількох міжнародних актах. За відсутності такого захисту джерела не стали б сприяти пресі, що негативно позначилося б на здатності преси надавати точну і надійну інформацію з питань, що становлять суспільний інтерес. У результаті життєво важлива роль преси як стража інтересів суспільства була б підірвана. Беручи до уваги важливість захисту журналістських джерел для свободи преси в демократичному суспільстві і небезпечний вплив, яке судовий наказ про розкриття джерела може мати на свободу преси, подібна міра не може вважатися сумісною зі статтею 10 Конвенції, якщо вона не виправдовується більш важливою вимогою громадського інтересу». [Goodwin v. the United Kingdom (17488/90). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57974] (Неофіційний авторський переклад).

171.2.10. Справа «Castells v. Spain»

«43. Свобода преси надає громадянам один із найдосконаліших способів відкривати для себе і виробляти думку про погляди і позиції своїх політичних лідерів. Зокрема, вона дає політикам можливість висловлюватися з приводу того, що турбує громадську думку, дозволяє брати участь у вільній політичній дискусії кожному, що є стрижнем поняття демократичного суспільства». [Castells v. Spain (11798/85). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57772] (Неофіційний авторський переклад).

171.2.11. Справа «Jersild v. Denmark»

«35. Репортажі, що будуються на інтерв'ю, відредагованих чи ні, є одним із найважливіших засобів, за допомогою яких преса може відігравати свою винятково важливу роль «вартового суспільства». (…) Покарання журналістів за сприяння в поширенні заяв, зроблених іншою особою під час інтерв'ю, могло б серйозно перешкодити пресі вносити свій вклад в обговорення проблем, що становлять суспільний інтерес, якщо тільки мова не йде про особливо серйозні ситуації». [Jersild v. Denmark (15890/89). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57891] (Неофіційний авторський переклад).

171.2.12. Справа «Pentikäinen v. Finland»

«90. Європейський Суд також нагадує, що захист, що надається статтею 10 Конвенції журналістам, зберігається за умови, що вони діють сумлінно з метою надання точної і достовірної інформації відповідно до принципів відповідальної журналістики.

У прецедентну практику Європейського Суду поняття відповідальної журналістики на даний момент сфокусовано переважно на питаннях, що стосуються змісту публікації або усного висловлювання, а не поведінки журналіста в громадському місці.

Однак поняття відповідальної журналістики як професійної діяльності, яка користується захистом статті 10 Конвенції, не зводиться до змісту інформації, яка збирається і/або поширюється силами журналіста.

Дане поняття також охоплює, inter alia, законність поведінки журналіста, включаючи (…) його публічну взаємодію з владою при здійсненні журналістських функцій. Той факт, що журналіст порушив закон у зв'язку з цим, є найбільш значущим, хоча і не вирішальним аргументом при визначенні того, чи діяв він відповідально.

91. Суд нагадує в цьому контексті, що журналісти, які здійснюють свою свободу вираження поглядів, несуть «обов'язки та відповідальність». У цьому відношенні слід повторити, що пункт 2 статті 10 Конвенції не гарантує абсолютно необмежену свободу вираження поглядів навіть стосовно висвітлення засобами масової інформації питань, що становлять серйозний публічний інтерес.

Зокрема, незважаючи на ключову роль, яку відіграють засоби масової інформації в демократичному суспільстві, журналісти в принципі не можуть звільнятися від обов'язку підкорятися загальним кримінальним законом на підставі того, що стаття 10 Конвенції надає їм як журналістам непорушний захист. Іншими словами, журналіст не може вимагати виняткового імунітету від кримінальної відповідальності з тієї єдиної причини, що, на відміну від інших осіб, що здійснюють право на свободу вираження поглядів, він вчинив злочин під час виконання своїх журналістських функцій». [Pentikäinen v. Finland (11882/10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–158279] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо професійній діяльності журналістів та доступу до інформації

171.3.1. Справа «Oberschlick v. Austria»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
(неофіційний авторський переклад)

«61. Заявник був засуджений за публікацію в періодичному виданні «Форум» тексту своєї заяви в прокуратуру з вимогою притягнути до кримінальної відповідальності пана Grabher-Meyer. У ході виборчої кампанії цей політик зробив ряд заяв щодо сімейних субсидій, про що було повідомлено в телевізійних програмах. Зокрема, він запропонував зменшити їх розмір для проживаючих у країні негромадян, збільшивши водночас розмір відповідних субсидій для громадян Австрії. Заявник висловив думку, що ця пропозиція відповідає філософії і цілям націонал-соціалізму, як вони викладені в Маніфесті НСДАП 1920 року.

Суд згоден із Комісією, що публікація тексту зазначеної заяви в періодичному виданні «Форум» сприяла публічному обговоренню політичного питання, яке мало загальний інтерес. Зокрема, обговорення проблеми різного поводження з громадянами та іноземцями в соціальній сфері вилилося в широку суспільну дискусію не тільки в Австрії, але також і в інших державах – членах Ради Європи.

Критичний виступ пана Oberschlick, як вказала Комісія, було направлено на привернення уваги громадськості до пропозицій політика, які могли шокувати багатьох людей і це було зроблено в досить провокаційній формі.

Політик, який дозволяє собі висловлюватися подібним чином, піддає себе ризику різкої реакції з боку журналістів і громадськості.

62. (…) Оскільки, на думку Земельного суду, пропозиція пана Grabher-Meyer була недостатнім доказом його націонал-соціалістичної позиції і кримінально караної поведінки і оскільки не було представлено жодних інших доказів, суд визнав, що заявник не зумів довести справедливість своїх тверджень, а отже, винен у дифамації. У своєму рішенні від 17 грудня 1984 р. Апеляційний суд Відня в основному підтвердив ці оцінки.

63. Однак Суд не може погодитися з ними. Опублікована паном Oberschlick «скарга» починалася з викладу фактичних обставин справи, тобто репортажем про заяви пана Grabher-Meyer. Ніхто не сперечається, що дана частина повідомлення викладає факти правильно. Потім слідував аналіз цих заяв, на підставі якого автори повідомлення дійшли висновку, що зазначений політичний діяч усвідомлено виражає ідеї, аналогічні тим, які проповідували нацистами.

Суд може розглядати останню частину повідомлення тільки як оцінне судження, що виражає думку авторів з приводу пропозиції, зробленої цим політиком. В основу цієї думки було покладено зіставлення зазначеної пропозиції з уривками з Маніфесту націонал-соціалістичної партії.

Звідси випливає, що пан Oberschlick правильно виклав факти, за якими прослідувало оціночне судження стосовно них. Австрійські суди, однак, визнали, що він повинен довести правдивість своїх тверджень. Щодо оціночних суджень дана вимога не може бути виконана і вже сама по собі є порушенням свободи думок. (…)

64. Із раніше сказаного слід зробити висновок, що втручання в здійснення паном Oberschlick свободи слова не було «необхідними в демократичному суспільстві… для захисту репутації чи прав інших осіб». Відповідно, мало місце порушення статті 10 Конвенції». [Oberschlick v. Austria (11662/85). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57716]

171.3.2. Справа «Pentikäinen v. Finland»

Фактичні обставини:

Заявник працював фотографом в одному із щотижневих журналів Фінляндії і був відправлений, щоб сфотографувати протест проти Азіатсько-Європейської зустрічі. Демонстрація, відповідно до очікувань, перетворилася на насильство, і поліція наказала: люди можуть продовжувати мирну демонстрацію, але тільки на місці і не зможуть йти на марш. Після ескалації насильства поліція припинила демонстрацію, наказала розійтися і повідомила присутнім, що в разі непокори їх буде заарештовано. Скаржник, за його словами, вважав, що заклик був призначений тільки для протестуючих, і після консультації зі своїм роботодавцем залишився з групою з 20 демонстрантів. Він був затриманий разом із демонстрантами і провів у поліцейській камері 17,5 години. Заявник був засуджений за невиконання вимог поліції. Вирок першої інстанції було підтверджено апеляційним судом та Верховним судом. Проте покарання не було накладено на заявника, оскільки його поведінку суд визнав поблажливою з огляду на те, що мали місце суперечливі очікування з боку поліції та роботодавця.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«97. Європейський Суд далі розгляне, чи створювалися заявнику будь-які перешкоди для виконання своєї роботи як журналіста на заходах «ASEM». Сторони не дійшли згоди про те, чи існувала зона безпеки преси. Однак видається, що більшість журналістів, приблизно 50 з них, на початку демонстрації залишалися в зоні демонстрації.

Влада не пропонувала ні їм, ні заявнику в будь-який момент подій використовувати окрему зону, зарезервовану для преси.

Крім того, демонстрація мала такий характер: спочатку вона передбачалася як хід по маршруту, так що насильницькі події могли і дійсно відбулися в «непередбаченому» місці. У даній ситуації була відсутня будь-яка можливість завчасного забезпечення владою території поруч з місцем подій.

Таким чином, для Європейського Суду не має вирішального значення, чи існувала така зона безпеки, оскільки всі журналісти, мабуть, знаходилися в зоні демонстрації і могли там вільно працювати. Отже, не можна сказати, що самому заявникові перешкоджали в повідомленні про події. Навпаки, він мав можливість фотографувати під час всієї демонстрації до того моменту, коли він був затриманий. Це абсолютно ясно із запису DVD, виконаної на демонстрації, а також з того факту, що на останній фотографії, зробленої заявником, зображений співробітник поліції, який здійснював його затримання.

98. Звертаючись до поведінки заявника, Європейський Суд враховує, що він був затриманий в оточеній зоні, де знаходився в центрі демонстрантів, що трималися за руки. Із запису DVD виходить, що заявник був одягнений у темний одяг, який був такий, як «дрес-код» демонстрантів.

На ньому були відсутні одяг або інші знаки, здатні ідентифікувати його як журналіста. Він не носив, наприклад, жовтий жилет або жакет, як робили деякі його колеги-журналісти. Мабуть, не було ніяких вказівок, наприклад, на камері, використовуваної заявником, що він працював як журналіст. На записах DVD або на фотографіях, де зображений заявник, на ньому відсутній прес-

бейдж. Таким чином, зовнішність заявника, мабуть, не дозволяла легко відрізнити його від протестуючих осіб. Таким чином, на підставі його присутності в оточеній зоні, а також його зовнішності складається враження, що його було непросто ідентифікувати як журналіст до його затримання.

99. Із рішення окружного суду й інших матеріалів справи також залишається неясним, яким співробітникам поліції заявник представився як журналіст. Із звіту про результати попереднього розслідування випливає, що він повідомив про це співробітнику поліції, який здійснював його затримання, який вказав у ході попереднього розслідування, що заявник не чинив опору затримання і просив дозволити йому телефонну розмову, що йому було дозволено зробити. Коли співробітник поліції, який здійснював затримання, запитав про його особистість, заявник пред'явив своє журналістське посвідчення. Звідси можна зробити висновок, що заявник не носив свій прес-бейдж, щоб він міг бути негайно пізнаний як журналіст.

Інший співробітник поліції, який був присутній при затриманні заявника, пояснив у ході попереднього розслідування, що заявник не чинив опору затримання, але він не чув, щоб заявник називав себе журналістом. З іншого боку, не було встановлено, ідентифікував заявник себе як журналіст, також коли його відвели в автобус, щоб доставити у відділення поліції. Проте Суд вважає, що поліція повинна була дізнатися про його статус журналіста не пізніше, ніж він був доставлений у відділення поліції, коли співробітник поліції вилучив журналістське посвідчення заявника, яке, згідно з власним поясненням заявника, він «вийняв», після чого став носити його на грудях помітно для оточуючих. На підставі цієї інформації Суд вважає, що, якщо б заявник хотів, щоб поліція впізнала його як журналіста, йому слід було зробити досить ясні заходи, щоб ідентифікувати себе в цьому статусі за рахунок носіння відмінного одягу або постійного носіння свого прес-бейджа або будь-якими іншими доцільними засобами. Він не зробив цього. (…)

100. Крім того, заявник стверджував, що він не знав про вимогу співробітників поліції розійтися.

Європейський Суд зазначає, що окружний суд установив, що заявник знав про розпорядження поліції віддалитися, але вирішив знехтувати ними.

(…)

114. З огляду на всі вищевикладені фактори і беручи до уваги свободу розсуду, надану державі, Європейський Суд робить висновок, що в цій справі внутрішньодержавні органи влади ухвалила свої рішення на підставі достатніх доводів і встановили справедливу рівновагу між конкуруючими інтересами. Із матеріалів справи ясно випливає, що органи влади не перешкоджали навмисно і не заважали засобу масової інформації висвітлювати демонстрацію в спробі приховати від громадськості дії поліції щодо демонстрації в цілому або індивідуальних учасників протесту. Дійсно, заявнику не заважали виконувати свою роботу журналіста під час або після демонстрації. Таким чином, Європейський Суд робить висновок, що втручання в право заявника на свободу вираження поглядів може бути названо «необхідним у демократичному суспільстві» у значенні статті 10 Конвенції.

Європейський Суд хотів би підкреслити, що даний висновок слід розглядати на основі особливих обставин даної справи з належним урахуванням необхідності уникати применшення ролі «ланцюгового пса», яку відіграють засоби масової інформації.

115. Відповідно, у справі вимоги статті 10 Конвенції порушено не було». [Pentikäinen v. Finland (11882/10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–158279]

171.3.3. Справа «Гріко проти Словаччини»

Фактичні обставини:

Заявник п. Гріко є громадянином Словаччини, народився 1949 року і проживає у місті Кошице (Словаччина). На час подій, про які йдеться у справі, він працював видавцем і головним редактором щотижневого журналу «Ефект доміно».

Протягом 1994–1995 років у щотижневику було опубліковано три статті стосовно позову п. Душана Слободника – міністра, який згодом став членом парламенту, – проти письменника

п. Любомира Фельдека. Підставою цього позову було те, що п. Фельдек зробив заяву про фашистське минуле п. Слободника. В одній зі статей під назвою «У Словаччині панує абсолютний правовий хаос» містилося інтерв'ю з юридичним представником п. Фельдека, колишнім головою Конституційного суду Словаччини. Юридичний представник висловив міркування про те, що п. Ш., головуючий суддя у справі п. Фельдека, яка розглядалася у Верховному суді Словаччини, дійшов кінцевого висновку задовго до того, як було постановлено рішення у справі. Він також зазначав про те, що п. Ш. входив до виборчого списку Християнського соціального союзу – політичної партії, яка дотримувалася особливого погляду на історичні події, про які писав п. Фельдек. Інша стаття містила критичні міркування стосовно «рішення судді Ш.», називаючи це рішення «правовим фарсом», а також у ній викладалися міркування щодо можливих наслідків розгляду справи у Європейському суді з прав людини.

У вересні 1995 року суддя Ш. звернувся з позовом до суду проти заявника. Він стверджував, що опубліковані у тижневику статті зашкодили його репутації у громадському та професійному житті, а також його авторитету як судді Верховного суду Словаччини. У судовому рішенні, ухваленому 11 березня 1999 року, позовні вимоги судді Ш. були задоволені. Заявник стверджував, що було порушено його право на свободу вираження поглядів, передбачене ст. 10 Конвенції.

Висновок ЄСПЛ:

(комюніке Секретаря Суду)

«Суд передусім відзначив, що зі згаданих інтерв'ю та статті випливало те, що суддя Ш. був кандидатом від партії, яка чітко виявила свою толерантність до участі державних посадовців у подіях, які відбувались у Словаччині протягом 1939–1945 років. Ця позиція партії була загальновідомою. У зазначених інтерв'ю й статті також недвозначно натякалося на те, що суддя, який публічно виявив свій намір займатися політикою, повинен був вчинити самовідвід у справі про дифамацію щодо колишнього міністра. Суд особливо наголосив на тому, що у рішенні національного суду (регіонального суду м. Кошице), який розглянув справу за позовом судді Ш., було сформульоване цінне міркування про те, що суддя, який не вчинив самовідвід у справі, що стосувалася політичних питань, свідомо наражався на можливу критику з боку громадськості.

Суд взяв до уваги той аргумент, що висловлювання, вжиті у статті (наприклад, таке, як «юридичний фарс»), були різкими. Суд звернув увагу також і на те, що у статті йшлося про відповідальність лише самого судді Ш. за ухвалення відповідного рішення, у той час як насправді це рішення було ухвалено судом у складі трьох суддів.

Втім, Суд далі вказав, що межі допустимої критики щодо судді, який долучається до політичної діяльності, мають бути ширшими. Суд зазначив, що ст. 10 Конвенції захищає не лише погляди, які є образливими чи які шокують, але також і такі, котрі містять певні перебільшення.

Оцінивши тексти згаданих інтерв'ю й статті загалом, Суд дійшов висновку, що викладені у них міркування не були спрямовані на образу, приниження чи дискредитацію особи, якої вони стосувалися. Суд також відзначив, що справа, яка коментувалася у згаданих інтерв'ю й статті (та у розгляді якої суддя Ш. взяв участь), була предметом загального інтересу і щодо неї вже велися громадські дебати.

З огляду на такі аргументи, Суд дійшов висновку, що втручання у право заявника на свободу вираження поглядів не було виправданим. Суд зауважив, що відносно невелика сума, яку заявник повинен був сплатити як компенсацію моральної шкоди потерпілому за рішенням національного суду, не могла вплинути на судовий висновок. Отож Суд постановив, що мало місце порушення ст. 10 Конвенції». [Гріко проти Словаччини. 20.07.2004. Комюніке Секретаря Суду. http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_228]

171.3.4. Справа «Dorota Kania v. Poland (№ 2)»

Фактичні обставини:

Заявницю та головного редактора тижневика «Wprost» визнали винними у розповсюдженні наклепу про те, що ректор державного університету раніше співпрацював з комуністичними таємними службами. Заявниця оскаржила це рішення до Європейського суду з прав людини на підставі статті 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«77. Польські суди також вивчили питання про те, чи сумлінно проводилася перевірка заявницею до опублікування її тверджень, і чи виконувалося звичайне журналістське зобов'язання перевіряти факти з достовірних джерел. Окружний суд зазначив, що заявниця зв'язалася з АС по телефону до публікації першої статті. Однак він зауважив, що з цього приводу вона не посилалася на будь-які докази в її розпорядженні в той час. Вона просто заявила, що знає, що він був інформатором.

78. Варшавський районний суд далі встановив, що заявниця не прагнула особисто зустрітися з АС до публікації першої статті цієї серії.

79. Також національні суди встановили і це не оскаржувалося, що заявниця отримала доступ до файлів IPN 9 травня 2007 року і фактично прочитала файли АС наступного дня, через місяць після того, як перша стаття була опублікована 2 квітня 2007 року. Відсутні дані, що, не кажучи вже про те, щоб продемонструвати це або в національних судах, або в ході розгляду в Суді, що заявник намагалася отримати доступ до відповідних документів, які зберігаються в IPN, до публікації першої статті.

80. Що стосується основи, на якій заявниця висунула свої твердження в наступних двох статтях, Суд зазначає, що національні суди негативно оцінили висновки, які заявниця зробила з матеріалів, які вона надала суду в ході внутрішнього розгляду. Зокрема, суд першої інстанції підкреслив, що документи IPN, до яких вона отримала доступ в травні 2007 року, не мали, всупереч її твердженням, міцної основи для тверджень, що містяться в статтях. Навпаки, суд, зокрема, зазначив, що в документах зазначається небажання АС стати інформатором.

81. Підбиваючи підсумок, обвинувальний вирок заявниці ґрунтувався переважно на фактах, що вона не виконала своїх журналістських зобов'язань. За цих обставин висновок національних судів про те, що заявниця опублікувала першу статтю, не зробивши кроків, які можна розумно очікувати, щоб надати будь-яку фактичну основу для її тверджень, не підлягає критиці.

82. Суд доходить висновку про те, що національні органи влади при обґрунтуванні втручання в цій справі покладалися на підстави, які були як відповідними, так і достатніми.

83. Далі Суд зазначає, що при ухваленні рішення про накладення штрафу на заявника Варшавський районний суд ретельно зважував можливості, відкриті для нього відповідно до національного законодавства, відмовився накласти санкцію у виді позбавлення волі та визначив суму штрафу, накладеного на заявницю пропорційно доходам. Ніколи не стверджувалося, що суми, які заявниця повинна була заплатити, склали непропорційний вплив на її фінансове становище. Таким чином, Суд задоволений тим, що покарання було помірним і розумно відповідним шкоді, що була спричинена репутації потерпілого від злочину.

84. Беручи до уваги вищесказане, Суд переконаний у тому, що влада встановила справедливий баланс між інтересами захисту репутації позивача, з одного боку, і правом заявниці здійснювати свою свободу вираження, в якій порушуються питання, що представляють суспільний інтерес, з іншого боку, і ця оцінка проводилася відповідно до критеріїв, викладених в прецедентну практику Суду.

85. З урахуванням обставин справи, що розглядається в цілому, Суд вважає, що подане втручання може розглядатися як «необхідне в демократичному суспільстві» у розумінні пункту 2 статті 10 Конвенції.

86. Відповідно, не було порушення цього положення». [Dorota Kania v. Poland (No. 2) (44436/13). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–166939]

171.3.5. Справа «Vereniging Weekblad Bluf v. the Netherlands»

Фактичні обставини:

Заявник – господарське товариство, що міститься в Амстердамі, видавав на час, що стосується справи, тижневик під назвою Bluf!, призначений для читачів лівих поглядів. Відтоді це періодичне видання більше не виходить.

Навесні 1987 року в розпорядження редакції Bluf! потрапила квартальна доповідь служби внутрішньої безпеки (Binnenlandse Veiligheidsdienst – BVD). Цей документ, датований 1981 роком

і грифований як «конфіденційний», загалом призначався для інформування про діяльність агентів BVD та інших офіційних осіб, залучених до виконання завдань цієї організації. Він свідчить про те, що на той час BVD, крім іншого, цікавилася голландською комуністичною партією та антиядерним рухом. У ньому йшлося також про плани Арабської ліги розташувати в Гаазі свою штабквартиру і наводилися дані про діяльність польської, чехословацької та румунської спецслужб у Нідерландах. Редакція Bluf! опублікувала цю доповідь як додаток до випуску № 267 від 29 квітня 1987 року.

29 квітня 1987 року, перед виходом журналу у світ та його розсилкою передплатникам, директор BVD оскаржив у Королівського прокурора (Officier van Justitie) плани щодо опублікування зазначеної доповіді й підкреслив, що її розповсюдження становить склад злочину, передбаченого пунктами 1, 3 статті 98a та пунктом 1 статті 98c Кримінального кодексу (Розголошення державної таємниці). Тираж видання був арештований і вилучений.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«32. Суд не може погодитися з аргументом, згідно з яким стаття 10 забороняє арешт та вилучення з обігу друкованої продукції поза кримінальну справу. Національні органи влади повинні мати можливість вживати таких заходів винятково з метою запобігання караному розголошенню таємниці без розгляду кримінальної справи проти зацікавленої сторони за умови, що національне законодавство надає цій стороні достатньо процедурних гарантій. Законодавство Нідерландів задовольняє цю умову, дозволяючи зацікавленій стороні подати скаргу як на арешт, так і на вилучення видання з обігу, можливості якого вона скористалася.

(…)

Таким чином, втручання було «встановлено законом».

(…)

35. Суд визнає, що належне функціонування демократичного суспільства, заснованого на принципах верховенства права, може вимагати необхідного захисту таких установ, як BVD, які, щоб бути ефективними, повинні діяти таємно. Таким чином, держава може захистити себе від діяльності окремих осіб та груп, які намагаються підірвати основні цінності демократичного суспільства.

36. Беручи до уваги особливі обставини справи та фактичні умови рішень відповідних судів, втручання, безперечно, були спрямовані на захист національної безпеки, що є легітимною метою, яка передбачена п. 2 ст. 10 Конвенції.

(…)

44. У зв'язку з цим Суд зазначає, що він уже визнав, що немає необхідності забороняти розкриття певної інформації, якщо вона вже була оприлюднена або перестала бути конфіденційною.

45. Зрозуміло, що у цій справі масштаби публічності були різними. Проте ця інформація була доступною для великої кількості людей, які, у свою чергу, змогли повідомити про це іншим. Крім того, події були прокоментовані ЗМІ. Таким чином, захист інформації як державної таємниці більше не був виправданим, а вилучення накладу не було необхідним для досягнення поставленої законної мети. Однак було б цілком можливим переслідування правопорушників.

Коротко кажучи, оскільки такі заходи не були необхідними в демократичному суспільстві, було порушення статті 10 Конвенції». [Vereniging Weekblad Bluf v. the Netherlands (16616/90). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–1519.]

171.3.6. Справа «Фрессоз і Руар проти Франції»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«22. Рішенням від 10 березня 1993 року Паризький апеляційний суд визнав заявників винними у переховуванні фотокопій податкових декларацій п. Кальве, добутих шляхом порушення професійної таємниці невідомим службовцем податкових органів. П. Фрессоза і п. Руара було засуджено до сплати штрафу, відповідно, розміром у 10 000 і 5000 французьких франків, а також

до солідарної сплати п. Кальве одного франка як компенсації за завдану моральну шкоду і 10 000 французьких франків за судові витрати, відповідно до статті 475[1] Кримінально-процесуального кодексу.

54. Якщо, як це визнає Уряд, інформація про щорічний дохід пана Кальве є законною, а її розголошення дозволеним, тоді засудження заявників лише на тій підставі, що вони опублікували її підтвердження, а саме податкові декларації, не може бути виправдане у контексті статті 10. Ця стаття, по суті, залишала журналістам право самим вирішувати, чи слід публікувати копії документів для підтвердження достовірності своєї інформації. Вона захищала право журналістів на розголошення інформації стосовно питань, які становлять інтерес для громадськості, за умови їхньої добросовісності, використання точних фактів і надання «надійних і точних» даних, відповідно до вимог журналістської етики.

55. Розглядаючи справу, Суд зазначив, що ні точність наведених п. Фрессозом та п. Руаром фактів, ні їхня добросовісність не підлягали сумніву. П. Руар, який перевірив достовірність податкових декларацій, діяв відповідно до норм журналістської професійної етики. Витяги з кожного документа мали підтверджувати достовірність інформації, що містилася у статті. Отже, опублікування податкових декларацій стосувалося не тільки теми статті, а й підтверджувало достовірність наданої інформації.

56. Отже, засудження журналістів не було засобом, що розумно відповідав законній меті, беручи до уваги інтереси демократичного суспільства в забезпеченні і збереженні свободи преси. Таким чином, було допущено порушення статті 10 Конвенції». [Фрессоз і Руар проти Франції (29183/95). http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=236]

171.3.7. Справа «Газета «Україна-Центр» проти України»

Фактичні обставини:

У червні 2002 року проводилися вибори голови міської ради м. Кіровограда. 12 червня 2002 року під час виборчої компанії було проведено дві прес-конференції щодо цих виборів в Українському незалежному інформаційному агентстві новин (далі – УНІАН). Під час цих прес-конференцій місцевий журналіст м. Кіровограда, пан М., звинуватив одного з кандидатів, пана Я., у замовленні його вбивства за 5 тисяч доларів США.

Ця інформація разом з іншими новинами була розповсюджена УНІАН електронною поштою та розміщена на його веб-сайті.

14 червня 2002 року підприємство-заявник опублікувало статтю під заголовком «Столичні гастролі», у якій були описані вищезгадані прес-конференції, що проводилися 12 червня 2002 року. Серед іншого стаття містила такий абзац: «[Пан] М. звинуватив [пана] Я. в «замовленні його вбивства» і навіть назвав суму «замовлення» – 5 тисяч доларів США. Журналіст повідомив, що з метою забезпечення безпеки вивіз свою сім'ю за межі області. За його словами всі четверо журналістів – учасників прес-конференції звернулися до Генеральної прокуратури, Служби безпеки та МВС з приводу погроз на їхню адресу. Він також зазначив, що вони мають докази тиску на них».

10 грудня 2002 року суддя Ленінського суду пані Б., розглядаючи справу одноособово, встановила, що звинувачення, висунуті паном М. та підприємством-заявником про те, що пан Я. замовив вбивство пана М., не відповідали презумпції невинуватості, гарантованій Конституцією України. Відповідачі не довели в суді, що розповсюджена інформація відповідала дійсності. Суд визнав фразу зі статті підприємства-заявника: «[Пан] М. звинуватив [пана] В. Я. у «замовленні його вбивства» і навіть назвав суму «замовлення» – 5 тисяч доларів США», такою, що дискредитує і не відповідає дійсності. Суд зазначив, що у зв'язку з тим, що дві організації не укладали договору між собою, підприємство-заявник не могло довести, що воно офіційно отримало оскаржувану інформацію від УНІАН. Крім того, інформація, опублікована підприємством-заявником, не збігалася з тією, яка була розповсюджена УНІАН. Із цих причин суд дійшов висновку, що підприємство-заявник не могло бути звільнене від відповідальності. Підприємство-заявника та пана М. було зобов'язано сплатити компенсацію у сумі 100 000 грн та 20 000 грн відповідно. Суд не встановив відповідальності УНІАН, яке було визнано судом співвідповідачем у справі, у зв'язку з неподанням позивачем вимог щодо нього та опублікуванням УНІАН спростування.

Рішення ЄСПЛ:

«52. Суд покладається на висновки національних судів, які демонструють, що підприємство-заявник точно відтворило виступ пана М. під час прес-конференції, не перекручуючи його. Крім того, подача цієї інформації підприємством-заявником була нейтральною, без додавання власних коментарів або неналежних наголосів, у контексті більш широкого повідомлення про прес-конференції з нагоди виборів міського голови в м. Кіровограді. Однак, національні суди не розмежували звинувачення, висунуті паном М., і повідомлення підприємства-заявника про ці звинувачення, та визнали їх обох однаково відповідальними за висловлювання, яке не належало підприємству-заявнику, але було однозначно визнано таким, що належить іншій особі. Таким чином, національні суди не пояснили, чи полягає приписувана підприємству-заявнику дискредитація у змісті опублікованого звинувачення, чи у тому, що підприємство-заявник опублікувало його. Суд зазначає, що національне законодавство передбачає за певних умов звільнення засобів масової інформації від відповідальності за поширення недостовірної інформації. Однак, незрозуміло, чому у цій справі це питання так докладно обговорювалося національними судами, в той час як вони самі встановили, що інформація, у тому вигляді, в якому вона була розповсюджена підприємством-заявником, викладена правдиво.

53. Суд не вбачає жодних доказів того, що національні суди в своїх рішеннях забезпечили баланс між потребою захищати репутацію пана Я. та правом підприємства-заявника розголошувати інформацію, яка становить суспільний інтерес у контексті виборчих дебатів. Суди не надали достатніх підстав для того, аби прирівняти пана М., який висловив дискредитуючі твердження, та підприємство-заявника, яке його опублікувало, а також для неврахування того факту, що оскаржувана інформація була широко розповсюджена до її публікації підприємством-заявником. Суди також не розглядали пропорційність втручання та той факт, що підприємство-заявник надало позивачу можливість відповісти на оскаржувану публікацію.

54. За таких обставин Суд вважає, що українські суди здійснили втручання у право підприємства-заявника на свободу вираження поглядів у спосіб, що не є необхідним у демократичному суспільстві.

55. Відповідно Суд вважає, що у цій справі мало місце порушення статті 10 Конвенції». [Газета «Україна-Центр» проти України (16695/04). https://minjust.gov.ua/files/1982]

171.3.8. Справа «Grinberg v. Russia»

Фактичні обставини:

У вересні 2002 року в місцевій газеті було опубліковано статтю заявника, присвячену обранню генерала В. А. Шаманова губернатором Ульяновської області. У статті йшлося, зокрема, про те, що генерал розгорнув війну проти незалежної журналістики, а також засуджувалася його підтримка полковника, який вбив вісімнадцятирічну чеченську дівчину. Стаття закінчувалася словами, що у генерала немає «ані сорому, ані совісті».

Національні суди визнали заявника винним у його неспроможності довести правдивість висловленої ним оцінки стосовно того, що п. Шаманов не мав «ані сорому, ані совісті».

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«30. (…) усталена думка Суду полягає в тому, що, хоча існування фактів можна продемонструвати, правдивість оціночних суджень не піддається доказам. Потреба довести правдивість оціночного судження неможлива і порушує саму свободу думки, яка є основоположною частиною права, забезпеченого статтею 10.

31. Суд вважає, що заперечуваний коментар є яскравим прикладом оціночного судження, яке являло суб'єктивну оцінку моралі пана Шаманова щодо заявника. Висновок про відповідальність заявника за шкоду репутації пана Шаманова був винятково заснований на тому, що він не довів доказами, що у пана Шаманова дійсно не було «сорому та совісті». Такий тягар доказів, очевидно, неможливо задовольнити.

32. Суд також оцінює, що оскаржувана заява була зроблена в контексті статті, що стосується проблеми суспільного інтересу, а саме свободи ЗМІ в Ульяновському регіоні. Стаття критикувала

поведінку регіонального губернатора, обраного народним голосуванням, іншими словами, професійним політиком, щодо якого межі прийнятної критики ширше, ніж у випадку з приватною особою. (…)

33. Національні суди не встановили переконливо жодної нагальної соціальної потреби в забезпеченні прав захисту особистості політика над правом заявника на свободу вираження поглядів та загальним інтересом щодо просування цієї свободи у питаннях, що становлять державний інтерес. Зокрема, з суджень національних судів не випливає, що заява заявника вплинула на політичну кар'єру пана Шаманова чи його професійну діяльність.

34. На закінчення, Суд приходить до висновку про те, що влада переступила межі розсуду, що надається державам – членам відповідно до Конвенції. Відповідно, втручання, на яке скаржаться, не було «необхідним у демократичному суспільстві» у значенні пункту 2 статті 10 Конвенції.

35. Отже, було порушення статті 10 Конвенції». [Grinberg v. Russia (23472/03). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–69835]

171.3.9. Справа «Педерсен і Бодсгор проти Данії»

Фактичні обставини:

На час, якого стосується справа, заявники були журналістами «Ден-маркс Радіо» – однієї з двох національних телемовних компаній Данії.

Справа стосується другої з двох підготовлених заявниками програм про судовий процес над Х., якого було засуджено до 12 років ув'язнення після визнання винним у вбивстві дружини. У програмах критикувалися дії поліції м. Фредерікскхавена в проведенні розслідування і з'ясовувалося, чи не було допущено помилки правосуддя.

У другій програмі, яка транслювалася 22 квітня 1991 року, йшлося про стверджуване недолучення слідчими органами до матеріалів слідства показань, взятих у водія таксі, яка стверджувала, що бачила Х. приблизно у час вчинення вбивства. Коментатор програми поставив запитання: «Чому надзвичайно важлива частина пояснення таксистки зникла, і хто в поліції чи прокуратурі має нести за це відповідальність? Чи це має бути (називається прізвище начальника поліції), який вирішив не долучати протокол до матеріалів справи? Чи особами, які приховали показання свідка від сторони захисту, суддів і присяжних, був він разом із головним інспектором мобільного поліційного загону?» При цьому називалися прізвища і показувалися фотографії начальника поліції та головного інспектора мобільного поліційного загону, які займалися розслідуванням.

19 січня 1993 року двом журналістам висунули обвинувачення в наклепі на начальника поліції, і 15 вересня 1995 року їх було визнано винними. Високий суд, який розглядав апеляції, залишив судові рішення без зміни.

Рішення ЄСПЛ:

(комюніке Секретаря Суду)

«ЄСПЛ взяв до уваги, що журналістів визнали винними не в тому, що вони попередили громадськість про можливі недоліки кримінального розслідування, яке провела поліція, не у зв'язку з їхньою критикою дій поліції чи названих працівників поліційного підрозділу, не у зв'язку з розголошенням показань таксистки, – адже все це стосувалося законних питань загального значення. Їх визнали винними у висловленні щодо названого начальника поліції серйозного обвинувачення – що він, умисно приховавши суттєво важливий доказ у справі про вбивство, вчинив кримінальне правопорушення під час розслідування справи проти Х. Заявники подали матеріали у спосіб, який створював у телеглядачів враження, що існував факт, як стверджувала таксистка, давання нею пояснень у 1981 році; що в 1981 році поліція мала у своєму розпорядженні ці пояснення; і що відповідний протокол згодом приховали. Суд зазначив, що заявники не з'ясували або принаймні не поставили відповідного запитання щодо того, чи справді таксистка в 1981 році давала поліції пояснення, про що вона стверджувала через дев'ять років після подій. Заявники залишили телеглядачам лише два варіанти, а саме: що приховати суттєво важливу частину показань таксистки в 1981 році вирішив або сам начальник поліції, або разом з головним інспектором мобільного поліційного загону. Будь-який з цих варіантів означав, що начальник поліції відіграв відповідну роль і, отже, вчинив серйозне кримінальне правопорушення. Заявники не з'ясували або принаймні

не поставили відповідних запитань щодо того, чи було складено протокол стверджуваних показань таксистки і, якщо його було складено, чи був він кимось умисно прихований.

Суд також зазначив, що журналісти не обмежилися посиланням на показання таксистки та висловленням оцінних суджень на підставі її показань. Обвинувачення проти начальника поліції потребувало доказів. Проте заявники не доклали жодних зусиль, щоб навести якісь підстави для свого твердження, і його достовірність так і не було доведено.

Дійшовши висновку про те, що національні органи влади мали всі підстави вважати втручання у здійснення заявниками свого права на свободу вираження поглядів необхідним у демократичному суспільстві, Суд дев'ятьма голосами проти восьми постановив, що порушення статті 10 допущено не було». [Педерсен і Бодсгор проти Данії (17.12.2004) (комюніке Секретаря Суду). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_247]

171.3.10. Справа «Компанія «Плон» проти Франції»

Фактичні обставини:

Заявник, видавнича компанія «Плон», є французькою юридичною особою, з юридичною адресою в Парижі. У листопаді 1995 року компанія «Плон» придбала видавничі права на книжку під назвою «Велика таємниця». У цьому творі, який написали журналіст і доктор Ґюблер, котрий багато років був особистим лікарем французького президента Франсуа Міттерана, ішлося про стосунки між ним і президентом, розповідалося про те, яким чином він організував медичне обслуговування президента, про труднощі, які мав долати у зв'язку з тим, що, бувши зобов'язаним публікувати повідомлення про стан здоров'я президента двічі на рік, він мусив приховувати хворобу президента, який захворів на рак невдовзі після його обрання у 1981 році.

Після смерті президента Міттерана 8 січня 1996 року автори книжки і видавництво «Плон» вирішили відкласти її публікацію. Проте оскільки доктор Ґюблер вважав, що поставлено під сумнів його професійні якості, було вирішено опублікувати «Велику таємницю» 17 січня 1996 року. Наступного дня після виходу книжки вдова і діти Франсуа Міттерана звернулися до судді з термінових питань, який 18 січня 1996 року заборонив розповсюдження книжки «Велика таємниця» з метою забезпечення позову. Це рішення було підтверджене апеляційним судом.

23 жовтня 1996 року Паризький суд вищої інстанції (tribunal de grande instance), розглянувши справу по суті, вирішив, що, розповсюдивши інформацію, захищену медичною таємницею, доктор Ґюблер, компанія «Плон» і її генеральний директор п. Олів'є Орбан припустилися помилки, що є підставою для цивільної відповідальності. Виходячи з цього, суд постановив залишити в силі заборону на розповсюдження книги «Велика таємниця» і зобов'язав зазначених осіб сплатити 100000 французьких франків пані Міттеран і по 80000 французьких франків кожному з трьох її дітей як компенсацію збитків. Це рішення було підтверджене апеляційним судом 27 травня 1997 року в частині, що стосується відповідальності доктора Ґюблера і видавничої компанії «Плон». Рішенням від 14 грудня 1999 року Касаційний суд відхилив скаргу, подану компанією «Плон» і п. Орбаном.

Рішення ЄСПЛ:

(комюніке Секретаря Суду):

«Суд зазначає, що засудження компанії-заявника становить втручання в її право на свободу вираження поглядів. Він вважає, що компанія «Плон», поза сумнівом, повинна була знати, що зазначений твір містить факти, які становлять медичну таємницю, а також «розумно» передбачити можливі правові наслідки, що їх могла спричинити ця публікація. Таким чином, втручання було передбачене законом у значенні статті 10 Конвенції.

Заходи на заборону розповсюдження «Великої таємниці», застосовані як суддею з термінових питань, так і судом, що розглядав справу по суті, мали на меті захистити честь, репутацію і повагу до приватного життя померлого президента. Крім того, саме через те, що численні факти, які містяться в цьому творі, мали з юридичного погляду конфіденційний характер, вони могли завдати шкоди правам інших осіб. Таким чином, втручання справді мало легітимну мету, закріплену в статті 10 Конвенції.

Стосовно того, чи це втручання відповідало «нагальній суспільній потребі», Суд зауважує, що публікація «Великої таємниці» зачіпала питання, які викликали у Франції громадський інтерес, завдяки чому виникли численні дискусії стосовно права громадян бути поінформованими про серйозні хвороби керівників держави і про спроможність людини, яка знає про свою тяжку хворобу, виконувати такі функції. Крім того, таємничість, якою президент оточив свою хворобу і її розвиток, про що написано в книжці, зачіпала питання прозорості політичного життя, що також становить громадський інтерес.

Суддя з термінових питань постановив своє рішення вже наступного дня після публікації «Великої таємниці», яка вийшла друком через десять днів після смерті Франсуа Міттерана. Розповсюдження одразу ж після його смерті твору, автор якого, нехтуючи медичною таємницею, стверджував, що президент умисно вводив в оману французький народ, не могло не посилити горя його близьких. Крім того, ця смерть, яка настала після тривалої боротьби з хворобою і заледве через кілька місяців після закінчення президентських повноважень п. Міттерана, викликала велику схвильованість у політичних колах і в громадськості. Отже, удар, завданий цією книжкою пам'яті померлого, був дуже сильним.

За цих обставин Суд вважає, що тимчасова заборона розповсюдження «Великої таємниці» до того часу, коли компетентний суд вирішить питання про сумісність оприлюднених фактів із принципом медичної таємниці і з правами інших осіб, може розцінюватися як «необхідна в демократичному суспільстві» для захисту прав президента Міттерана та його правонаступників.

Заходи, ухвалені після провадження по суті.

Суд вважає, що рішення, згідно з яким компанія-заявник повинна понести цивільну відповідальність, а також зобов'язання її в судовому порядку відшкодувати збитки – відповідно й достатньо обґрунтовані. Однак залишення заборони на розповсюдження «Великої таємниці» в силі вже більше не відповідало на той час «нагальній суспільній потребі» і, отже, не було пропорційним поставленій меті. Справді, рішення щодо цього ухвалювалося більш ніж через дев'ять місяців після смерті Франсуа Міттерана, в ситуації, яка відрізнялася від ситуації вжиття заходу із забезпечення позову саме з огляду на час, що минув після його смерті.

Таким чином, Суд вважає, що, оскільки медичну таємницю вже було порушено, а винного в цьому було покарано в кримінальному і дисциплінарному порядку, слід узяти до уваги сплив часу, щоб оцінити сумісність такого серйозного покарання, як загальна й повна заборона розповсюдження книжки, зі свободою вираження поглядів. Крім того, коли виносилося рішення по суті, 40000 примірників книжки вже було продано, вона розповсюджувалася через Інтернет і широко коментувалась у пресі. Отже, міркування про дотримання медичної таємниці вже не могли переважати. До того ж цей захід видається тим більше непропорційним, що він додається до рішення, яким компанію «Плон» зобов'язано компенсувати шкоду правонаступникам Франсуа Міттерана.

Таким чином, Суд вважає, що, коли суд вищої інстанції постановив своє рішення, жодна нагальна суспільна потреба не вимагала підтримання рішення про заборону розповсюдження «Великої таємниці»». [Компанія «Плон» проти Франції (Plon v. France) (58148/00). комюніке Секретаря Суду. http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_331]

171.3.11. Справа «Бладет Тромсо» і Стенсаас проти Норвегії»

Фактичні обставини:

Справа стосується заяви, поданої двома заявниками. Перший заявник – це товариство з обмеженою відповідальністю, яке видає газету «Бладет Тромсо» у містечку Тромсо в північній частині Норвегії. Другий заявник, п. Пал Стенсаас, був її редактором.

У березні та квітні 1988 року п. Ліндберг служив інспектором з полювання на тюленів, призначеним міністерством рибного господарства, на борту судна M/S «Harmoni». У своєму звіті від 30 червня 1988 року він заявив про ряд порушень правил полювання на тюленів і висунув обвинувачення проти п'яти названих поіменно членів команди. У звіті стверджувалося, окрім іншого, що з тюленів живцем здирали шкіру. Міністерство рибного господарства вирішило, що цей звіт не слід публікувати, посилаючись на положення Закону «Про доступ публіки до офіційних до-

кументів» 1970 року, згідно з яким звіти, у яких містяться обвинувачення у злочинах за статутним правом, не повинні бути доступними для публіки.

15 липня 1988 року газета «Бладет Тромсо» опублікувала статтю п. Ліндберга, де повторювалися окремі обвинувачення, вміщені в його звіті, який газета отримала від п. Ліндберга. 19 липня 1988 року газета опублікувала частину звіту, а 20 липня – його решту. Імена п'яти причетних членів команди було опущено.

У травні 1991 року члени команди судна «Harmoni» порушили справу про наклеп проти заявників. У рішенні від 4 березня 1992 року окружний суд Норд-Тромс постановив, що дві заяви, опубліковані в газеті «Бладет Тромсо» 15 липня 1988 року, і чотири заяви, опубліковані 20 липня того ж року, мали наклепницький характер і були «незаконними», а їхню правдивість доведено не було. Вважали, що одна з цих заяв – «з тюленів живцем здирали шкіру» – означає, що мисливці на тюленів вчинили щодо тварин акти жорстокості. Другу розуміли як натяк на те, що мисливці на тюленів вчинили кримінальний напад на інспектора з полювання на тюленів і погрожували йому. У решті заяв натякалося, що якісь (невідомі) мисливці убили чотирьох безвухих тюленів, полювання на яких у 1988 році було незаконним. Окружний суд проголосив ці заяви дріб'язковими і такими, що не мають юридичної сили. Вважаючи, що газета вчинила недбалість, суд постановив, щоб газета та її редактор сплатили відповідно 10000 норвезьких крон і 1000 норвезьких крон кожному із сімнадцяти позивачів, а також відшкодували їхні судові витрати. Заявникам було відмовлено в можливості подати апеляцію до Верховного Суду.

Рішення ЄСПЛ:

(комюніке Секретаря Суду)

«Суд взяв до уваги всі обставини, на основі яких було зроблено зазначені заяви, особливо полеміку, яка на той час точилася навколо полювання на тюленів у Норвегії та в Тромсо, а також громадський інтерес до цих питань.

На думку Суду, роботу репортерів не слід розглядати лише на підставі статей у газеті «Бладет Тромсо» від 15 і 20 липня 1988 року, які оспорювалися. Це слід робити у ширшому контексті висвітлення газетою питання полювання на тюленів. З 15 до 23 липня 1988 року газета майже щодня публікувала різні точки зору, включаючи власні коментарі, коментарі міністерства рибного господарства, федерації моряків Норвегії, організації «Грін-піс» і передусім мисливців на тюленів. Усі ці репортажі давали загальну картину ситуації. Здавалося, що основна мета статей, які оспорювались, не в тому, щоб обвинуватити певних осіб у вчиненні

Однак стаття 10 [Конвенції] не гарантує цілком необмежену свободу вираження поглядів, навіть щодо висвітлення пресою питань, які становлять серйозний інтерес для громадськості. Суд розглянув питання, чи були в даній справі особливі підстави, які звільняли газету від її звичайного обов'язку перевіряти заяви стосовно фактів, які дискредитують приватних осіб.

На думку Суду, коли преса робить внесок у публічну полеміку з приводу питань, які становлять законний інтерес для громадськості, вона зазвичай має право покладатися на зміст офіційних звітів і не зобов'язана проводити незалежне розслідування. Інакше роль преси як громадського спостерігача може бути підірвана.

Беручи до уваги різні чинники, які обмежували можливу шкоду для репутації окремих мисливців на тюленів, та ситуацію, якою її бачила газета «Бладет Тромсо» у зазначений час, Суд вважає, що газета могла розумно покладатися на офіційний звіт Ліндберга, без необхідності проводити власне розслідування точності вміщених у звіті фактів. Він не бачить причин для сумніву, що з цього погляду газета діяла добросовісно.

Отже, хоча причини, на які посилалася держава-відповідач, були доречними, їх було не досить для того, аби показати, що втручання, яке є предметом скарги, було «необхідним у демократичному суспільстві». Не було розумного, пропорційного співвідношення між обмеженнями щодо права заявників на свободу вираження поглядів і законною метою захисту «репутації або прав» мисливців на тюленів. Відповідно, Суд постановив, що було порушення статті 10 Конвенції». [«Бладет Тромсо» і Стенсаас проти Норвегії» (рішення ЄСПЛ від 20.05.1999). Комюніке Секретаря Суду. http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_397]

171.3.12. Справа «Шаповалов проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«67. Заявник стверджував, що ненаданням йому доступу до приміщень територіальної виборчої комісії (ТВК) та відмовою вчасно надати йому інформацію стосовно ходу виборчого процесу органи влади порушили його право на збирання такої інформації. Він також стверджував, що це втручання не було необхідним у демократичному суспільстві.

68. Суд стверджує, що збирання інформації є істотним підготовчим етапом журналістської діяльності та є невід'ємною захищеною частиною роботи преси. Перешкоди у доступі до інформації, яка становить суспільний інтерес, можуть заважати працівникам засобів масової інформації або тим, хто працює в суміжних галузях, займатися своєю професією. В результаті вони не зможуть більше відігравати свою основоположну роль «сторожових псів суспільства» та це може негативно позначитись на їхній здатності надавати точну і достовірну інформацію.

69. У цій справі події, що розглядаються, відбулись в день голосування та стосувались питань, здатних істотно вплинути на хід виборів (зміни в списках виборців у день голосування; присутність міліції на виборчих дільницях тощо). Таким чином, видається, що своєчасний і вільний доступ журналістів до такої інформації може мати істотне значення для висвітлення виборчого процесу в пресі. Це особливо важливо, враховуючи, що численні порушення на виборах, виявлені опозицією, незалежними спостерігачами та пресою, призвели до так званої «Помаранчевої революції» та повторних президентських виборів.

70. Суд зазначає, що за відсутності зауважень Уряду щодо суті скарги та відсутності будь-яких рішень національних судів з цього питання, доступна Суду інформація стосовно подій, які досліджуються, обмежена твердженнями заявника.

71. Відповідно до наявних матеріалів заявнику була надана деяка інформація (хоча й не та, яку він вимагав) та всі, крім одного з рішень, що запитувались, були вивішені на інформаційній дошці в день виборів або пізніше.

72. Враховуючи те, що заявнику перешкоджали в доступі в приміщення ТВК 31 жовтня 2004 року, Суд зазначає, що відповідно до тверджень самого заявника, йому було дозволено увійти в приміщення через півгодини.

73. Що стосується видалення заявника із засідання ТВК 21 листопада 2004 року, Суд, ґрунтуючись на показаннях різних свідків, присутніх на засіданні, не може дійти висновку, що це рішення було незаконним чи неспіврозмірним.

74. Насамкінець Суд зазначає, що заявнику, як журналісту, не перешкоджали висвітлювати виборчий процес та, якщо він вважав, що ці події були незаконними та свавільними, ніщо не заважало йому повідомити про них та привернути увагу громадськості до можливих порушень.

75. Суд доходить висновку, що немає жодних доказів того, що державні органи втручались в журналістську діяльність заявника та цим порушили його право на свободу вираження поглядів. Таким чином, порушення статті 10 Конвенції немає». [Шаповалов проти України (45835/05). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_942]

171.3.13. Справа «Ляшко проти України»

Фактичні обставини:

Заявник був головним редактором щоденної газети «Політика». 2 липня 1997 року заявник опублікував статтю про пана Дурдинця, який на момент виходу статті виконував обов'язки Прем'єр-міністра України. Стаття мала назву «Дурдинцовщина» (перша стаття), де йшлося про відставку пана А. Стогнієнка, президента державного підприємства «Чорноморське морське пароплавство» (далі – ЧМП). Заявник заявляв, що пан Дурдинець звільнив пана Стогнієнка через його причетність до фінансування видання «Політика».

16 липня 1997 року заявник опублікував статтю «Экономьте колючую проволоку гражданин Дурдинец» (друга стаття), де він стверджував, що пан Дурдинець особисто наказав Генеральному прокурору порушити кримінальне провадження проти нього.

5 листопада 1997 року заявник написав статтю під заголовком «Аферист и генерал» (третя стаття), де йшлося про відносини генерала Г, на той час голови Одеського обласного управління міліції, та пана С., який, як стверджувалося, мав відношення до кримінальної діяльності. Газета заявника також опублікувала декілька фотографій, на яких вони були зображені разом. Ці фото було зроблено під час приватної події і пізніше було опубліковано в газеті та продемонстровано на телебаченні.

7 червня 2001 року Мінський районний суд міста Києва («Мінський суд») визнав заявника винним у зловживанні посадовим становищем, умисному наклепі у друкованому творі, у безпідставному обвинуваченні у вчиненні тяжкого злочину та призначено покарання у виді двох років позбавлення волі умовно з випробувальним строком два роки з позбавленням права займати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій у засобах масової інформації, строком на 2 роки. 18 жовтня 2001 року Київський апеляційний суд підтримав засудження заявника по суті, зазначаючи, що факт вчинення злочинів було доведено великою кількістю доказів, зібраних прокуратурою. 23 липня 2002 року Верховний Суд підтримав рішення Київського апеляційного суду.

Рішення ЄСПЛ:

«42. Суд нагадує, що в цій справі заявника, після 5 років судового розгляду, було визнано винним у наклепі на Прем'єр-міністра та високопосадовця з органів внутрішніх справ в газетних статтях та зловживанні посадовим становищем, але його не було покарано, оскільки перше правопорушення було декриміналізовано, а щодо останнього сплив строк давності.

43. Суд зазначає, що засудження неминуче призвело до втручання в реалізацію заявником свого права на свободу вираження поглядів. Постає питання, чи таке втручання може бути виправдано відповідно до п. 2 статті 10. Отже, необхідно визначити, чи втручання було «передбачено законом», чи мало воно «законну мету», відповідно до вимог пункту, та чи було «необхідним у демократичному суспільстві».

a. Чи ця міра була передбачена законом та переслідувала законну мету

44. Заявник зазначив, що оскаржуване переслідування було незаконним та невиправданим, оскільки переслідування було розпочато Генеральною прокуратурою, тоді як жертви наклепу мали змогу подати цивільний чи кримінальний позов проти заявника.

45. Суд зазначає, що компетентні суди будували свої рішення на статтях 125 та 165 Кримінального кодексу. Участь прокуратури в провадженні базувалася, між іншим, на статті 27 КПК (1001–05). Що стосується застосування останнього положення в цій справі, слід зазначити, що його формулювання передбачає, що справи, які «мають особливе громадське значення», можуть залучати прокуратуру до участі в кримінальному провадженні щодо наклепу (п. 19 вище). Оскільки заявник не оскаржує наявність такого «особливого громадського значення» в цій справі, його припущення щодо можливості жертв вдатися до альтернативних заходів не впливають на факт, що подібний захід був чітко передбачуваний, в сенсі п. 2 статті 10 Конвенції. Більше того, втручання покликане захищати «репутацію чи права інших», і нема жодних підстав вважати, що воно мало на меті щось інше.

46. Отже, обвинувачення було «передбачено законом» та мало легітимну мету п. 2 статті 10 Конвенції.

b. Пропорційність

47. Суд повинен перевірити, чи було втручання виправданим та необхідним у демократичному суспільстві, та, зокрема, чи було воно пропорційним, і чи були причини, надані національними органами влади на його виправдання, важливими та достатніми. Таким чином, важливим є визначити, чи належним чином національні органи влади використали свою свободу повноважень, звинувативши заявника у наклепі чи зловживанні посадовим становищем.

48. Суд не переконаний аргументами Уряду, що інформація не становила громадській інтерес. Перші дві статті були присвячені питанням управління «Чорноморським морським пароплавством», державною компанією, що на той час була предметом великої кількості господарських суперечок, гучно висвітлених в пресі, та, за підтекстом, непрямого перерозподілу влади після звільнення Прем'єр-міністра Лазаренка. Третя та четверта статті стосуються корупції в органах

внутрішніх справ, злободенне питання в українських ЗМІ. Статті змальовують зв'язки між особою під слідством та головою обласного управління міліції, що було широко висвітлено в місцевій пресі.

49. У першій статті заявник опікувався ставленням нового Прем'єр-міністра до вільної преси, а друга – це продовження попередньої. Як зазначається в третій статті, вона була присвячена «корупції в Одеському обласному управлінні внутрішніх справ» з продовженням цієї теми в четвертій. Суд не бачить підстав сумніватися в цих намірах. Зокрема, відсутні докази того, що заявник якимось чином упереджено ставився до осіб, про яких ідеться в цих статтях. Треба сказати, що хоча Мінський суд у своєму рішенні від 7 червня 2001 року назвав попередню судимість як причину упередженості щодо органів внутрішніх справ, у вступній частині цього рішення заявника було визначено як «раніше не судимий». У будь-якому випадку, необґрунтованим є те, що попередня судимість заявника негативно вплинула на виконання останнім своїх функцій головного редактора.

50. Що стосується перших двох статей, заявника було звинувачено через стверджуване поширення ним завідомо неправдивих вигадок про те, що пан Дурдинець незаконно, без власної неприязні, звільнив пана Стогнієнка та закликав Генерального прокурора розпочати переслідування заявника. Суд зазначає, що факт звільнення пана Стогнієнка без засідання Кабінету не заперечувався Урядом, так само, як і твердження заявника про те, що таке звільнення порушувало існуючу на той час процедуру. Також треба зазначити, що статті було написано протягом політичного хаосу, розпочатого під час передачі повноважень колишнього Прем'єр-міністра Лазаренка до його наступника. Отже, твердження заявника про те, що зазначене звільнення було незаконним та зумовлене особистою неприязню з боку пана Дурдинця, є оціночними судженнями, висловленими під час публічної дискусії, що не потребують доведення.

51. Твердження, викладене в другій статті, про нібито зустріч між паном Дурдинцем та Генеральним прокурором, базувалося на факті, що саме Генеральна прокуратура розпочала провадження проти заявника. Це твердження було зроблено, коли заявник вочевидь не знав про парламентський запит, що ініціював розслідування. Отже, коли робляться твердження про поведінку третьої особи, деколи може бути важко, як і в цій справі, віднайти різницю між оцінкою фактів та оціночними судженнями. Проте навіть оціночне судження може бути надмірним, якщо воно не має під собою фактичних підстав. Суд вважає, що точка зору заявника має розглядатися в контексті участі Генеральної прокуратури у його справі, в той час як зазвичай на цей орган покладено розслідування «особливо серйозних справ». Суд вважає, що твердження заявника, в той час і за тих обставин, коли його було зроблено, не може вважатися таким, що позбавлено раціонального підґрунтя. Більше того, сама сцена зустрічі між Прем'єр-міністром та Генеральним прокурором була змальована в саркастичній манері та загальних термінах, отже, читачі можуть це зрозуміти як таке, що змальоване з певним ступенем перебільшення.

52. Слід додати, що третя та четверта статті натякали на пана С, приватну особу. Проте, як вбачається з рішень суду, заявника було звинувачено в основному за опублікування завідомо неправдивих вигадок про пана Дурдинця та генерала Г, тоді як порушення права пана С. на особисте життя розглядалося як «побічний наслідок» «незаконної» діяльності заявника, що само по собі не могло залучити Генеральну прокуратуру до відкриття провадження чи зумовити засудження заявника за зловживання владою. Це підтверджується й тим, що відповідно до його власних свідчень діяльність пана С. та його зв'язки з генералом Г. висвітлювались, серед іншого, на місцевому телебаченні. Отже, статті заявника не можна вважати єдиним чи навіть головним втручанням в його особисте життя.

53. Що стосується засудження заявника за третю й четверту статті, необхідно зауважити, що під час судового слідства було встановлено, що твердження про те, що пан С. за допомогою генерала Г. вимагав гроші від місцевих бізнесменів, та про те, що пан С. та генерал Г. є родичами, є неправдивими. Суд зазначає, що статті базувалися на кримінальній справі, порушеній проти С. за вимагання. Як вбачається з рішення Мінського суду від червня 2001 року, ця подія таки мала місце. Інші фактичні елементи, про які йдеться в статтях, надійшли від інших осіб, а не від заявника, зокрема від зазначених бізнесменів, чиї скарги порушили розслідування у справі. Більше

того, інформація певним чином була підкріплена фотографіями, опублікованими в газеті заявника та поширеними на місцевому телебаченні. Інтерв'ю пана К., продемонстроване на місцевому телебаченні, стало джерелом припущень заявника, що пан С. та генерал Г. є далекими родичами. Твердження, що «незаконна діяльність пана С. є благословенною генералом Г», є оціночним судженням, яке за таких обставин не може вважатися таким, що позбавлено будь-якого обґрунтованого підґрунтя.

54. Суд також зазначає, що немає фактичних елементів, які б доводили, що статті зумовлені навмисним наміром завдати шкоди репутації відповідних осіб чи органів внутрішніх справ загалом.

55. Загалом заявник підсумував те, що було сказано іншими, чи те, що було логічно виведено з подій, що безсумнівно мали місце.

Оскільки від заявника вимагалось довести достовірність своїх тверджень, він, на думку Суду, зіткнувся з надмірним, якщо не неможливим, завданням.

56. Суд визнає, що всі чотири статті було викладено в надзвичайно жорстких термінах. Проте, з огляду на той факт, що вони були написані з питань серйозного суспільного інтересу та стосувалися публічних осіб та політиків, Суд вважає, що застосована термінологія не може вважатися надмірною.

57. Суд вважає, що звинувачення заявника та покарання у вигляді двох років позбавлення волі з позбавленням права займати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій у засобах масової інформації, строком на 2 роки, призначене за наслідком судового розгляду, що тривав декілька років, могли мати «охолоджувальний ефект» для свободи вираження поглядів заявника.

Не можна сказати, щоб цей ефект був суттєво пом'якшений рішенням апеляційного суду, враховуючи те, що суд підтримав обвинувачення по суті, та тим, що заявник не був покараний, принаймні частково, через процедурні причини та частково через декриміналізацію правопорушень за новим Кримінальним кодексом.

58. З огляду на вищезазначене, Суд доходить висновку, що обґрунтування, надане Урядом, є недостатнім для того, щоб продемонструвати, що оскаржуване втручання було пропорційним переслідуваній законній меті. Отже, воно не було «необхідним в демократичному суспільстві».

59. Відповідно мало місце порушення статті 10 Конвенції». [Ляшко проти України (21040/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_275]

171.3.14. Справа «Ромен і Шміт проти Люксембургу»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний переклад НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України):

«Суд вирішив, що проведення обшуків у помешканні та за місцем праці п. Ромена, безперечно, було втручанням у його право на свободу вираження поглядів. Відповідне втручання було передбачене статтями 65 та 66 Кримінально-процесуального кодексу Люксембургу та відповідало «законній меті», а саме охороні громадського порядку та запобіганню злочинам.

Суд вказав, що метою проведення відповідних обшуків було виявлення доказів, що підтверджували б факт вчинення злочину, який полягав у порушенні службової таємниці, чи свідчили б про вчинення будь-яких неправомірних дій заявником у ході виконання ним своїх професійних обов'язків.

У даній справі йшлося про оцінку заявником факту покарання міністра за вчинення податкового правопорушення. Немає сумніву, що стаття, автором якої був п. Ромен, стосувалася питання, яке викликало загальний інтерес. А відтак, будь-яке втручання у право заявника, якщо воно не може бути виправдане нагальною потребою у забезпеченні інтересів громадськості, має визнаватись несумісним із вимогами ст. 10 Конвенції.

Суд погодився із заявником у тому, що проведення обшуків не було конче необхідним, оскільки вжиття інших заходів, наприклад, допитів службовців Департаменту із земельного реєстру та державної власності, було достатніми для встановлення осіб, котрі могли вчинити дії, що становлять порушення службової таємниці. Суд також звернув увагу на те, що Уряд не оспорював відповідний аргумент заявника.

На думку Суду, особи, що проводили обшук за місцем праці заявника, володіли широкими повноваженнями, адже рішення про обшук (санкція на обшук) відкриває доступ до усіх документів, що містяться у відповідному приміщенні. Зважаючи на події, котрі трапились далі, Суд дійшов висновку, що Уряд не досягнув балансу між інтересом журналіста щодо захисту своїх джерел інформації та суспільною потребою у запобіганні злочинам і покаранні винних осіб. Аргументи, що були покладені відповідними державними органами в основу рішень про обшук, можна вважати цілком доречними, проте недостатніми для виправдання обшуків, які мали місце у помешканні та за місцем праці заявника.

Тому Суд постановив, що вжиті державою заходи були непропорційними і порушували право заявника на свободу вираження поглядів.

(…). Суд особливо акцентував на тому факті, що обшук проводився з метою викрити джерело інформації журналіста через його ж власного адвоката. Отже, проведення згаданого обшуку в офісі п. Шміт зачіпало права п. Ромена у контексті ст. 10 Конвенції». [Ромен і Шміт проти Люксембургу (25.02.2003). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_092]

171.3.15. Справа «Colombani and Others v. France»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«64. Суд зазначає, що у французького суспільства був законний інтерес бути поінформованим про оцінку, надану Комісією європейських співтовариств по такій проблемі, як виробництво і торгівля наркотиками в Марокко – країні, яка представила свою кандидатуру на вступ до спільноти і яка при будь-якому положенні справ підтримує тісні відносини з країнами – членами спільноти, особливо з Францією.

65. Суд нагадує, що за принципом «обов'язків і відповідальності», властивих здійсненню свободи слова, гарантія, яку стаття 10 надає журналістам щодо поширення інформації з питань, що мають суспільне значення, підпорядкована умові, за якою зацікавлені особи діють щиро і таким чином, щоб надати точну і гідну довіри інформацію, поважаючи професійну журналістську етику. На відміну від того, як визначили судді по апеляції і касації, Суд вважає, що в цій справі звіт «OGD» не був оскаржений у тому, що стосується його змісту, і тому може законно розглядатися як такий, який має довіру в тому, що стосується спірних тверджень. Коли він сприяє громадському обговоренню питань, що викликають законну стурбованість, преса може, в принципі, спиратися на офіційні доповіді, не роблячи незалежних розслідувань. В іншому випадку, преса не буде в змозі виконувати необхідну роль «сторожового пса». Таким чином, Суд вважає, що Le Monde виправдано могла спертися на звіт «OGD», не перевіряючи самостійно точність фактів, які в ньому містилися. Суд не має жодної підстави сумніватися в тому, що заявники діяли в цьому відношенні щиро, і вважає, таким чином, що доводи, наведені національними судовими органами, не переконливі.

(…)

70. Як резюме: навіть якщо підстави, наведені державою-відповідачем істотні, вони не є достатніми для доказу того, що оспорюване втручання було «необхідним у демократичному суспільстві». Незважаючи на розбіжність із національними властями в оцінці, Суд вважає, що не існувало справедливого і пропорційного співвідношення між обмеженнями свободи слова заявників і законною метою. Суд вважає, що в той момент мало місце порушення статті 10 Конвенції». [Colombani and Others v. France (51279/99). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–60532]

171.3.16. Справа «Társaság A Szabadságjogokért v. Hungary»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«27. З огляду на інтереси, що захищені статтею 10 Конвенції, закон не може допускати свавільних обмежень, які можуть стати формою непрямої цензури, якщо влада створює перешкоди для

збору інформації. Наприклад, ця діяльність є важливим підготовчим кроком у журналістиці та є невід'ємною, захищеною частиною свободи преси. Функція преси включає створення форумів для публічних дебатів. Проте реалізація цієї функції не обмежується лише засобами масової інформації або професійними журналістами. У даній справі підготовка форуму громадських дебатів проводилася неурядовою організацією. Таким чином, мета діяльності заявника може бути, як кажуть, важливим елементом інформованих публічних дебатів. Суд неодноразово визнавав важливий внесок громадянського суспільства в обговорення державних справ. Заявник є асоціацією, яка бере участь у судових процесах у галузі прав людини з різними цілями, включаючи захист свободи інформації. Тому, як преса, його можна охарактеризувати як соціальний «сторожовий». За цих обставин Суд вважає, що його діяльність вимагає аналогічного захисту Конвенції від того, що надається пресі.

28. Предметом суперечки стала конституційність кримінального законодавства, що стосується злочинів, пов'язаних із наркотиками. На думку Суду, подання заяви про розгляд цього законодавства вже після набуття ним чинності, особливо з боку депутата, без сумніву, є предметом суспільних інтересів. Отже, Суд визнає, що заявник був залучений до законного збору інформації у справі суспільного значення. Він зазначає, що влада втручалася в підготовчий етап цього процесу, створюючи адміністративну перешкоду. Таким чином, монополія на інформацію Конституційного Суду стала формою цензури. Крім того, з огляду на те, що заявник мав намір поширити громадськості інформацію, що міститься в конституційній скарзі, а отже, зробити внесок у публічні дебати щодо законодавства про правопорушення, пов'язані з наркотиками, його право передавати інформацію було явно обмежене.

29. Таким чином, було втручання в права заявника, закріплене в пункті 1 статті 10 Конвенції. [Társaság A Szabadságjogokért v. Hungary (37374/05). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–92171]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 171 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

171.4.1. Вказані у диспозиції ч. 1 ст. 171 КК України діяння не утворюють складу цього злочину у випадках, коли відповідні обмеження професійній діяльності журналістів, по-перше, передбачені законом для забезпеченні поваги прав і репутації інших осіб або для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення, по-друге, вони (обмеження) відповідають вимогам необхідності і пропорційності.

(Див.: 171.1.2; 171.1.3 – пункти 21–36)

Щодо передбачення законом обмеження прав (у т.ч. прав журналістів) на збір та поширення інформації, слід вказати, окрім зазначених вище норм міжнародного права, на ряд норм Кримінального кодексу України. Мається на увазі, що не може вважатися незаконною відмова в наданні доступу журналіста до вказаних у цих статтях видів інформації. Навпаки, надання журналістам доступу до інформації в таких випадках утворює склад відповідного злочину: статті 111, 114, 132, 145, 158, 159, 168, 182, ч. 2 ст. 209, статті 231, 232, 232^1, 328, 330, 361^2, ч. 2 ст. 362, статті 363, 381, 387, 422 КК України.

З іншого боку, ні за яких умов не можуть бути виправданими обмеження законній професійній діяльності журналістів, спрямованої на захист багатопартійної демократії, демократичних принципів і прав людини *(див.: 171.1.3 – п. 23)*, критику уряду або суспільно-політичному системи, якої дотримується уряд *(див.: 171.1.3 – пункти 42 і 43)*.

Не повинен обмежуватися доступ журналістів до інформації, яка має законний суспільний інтерес і не загрожує національній безпеці *(див.: 171.1.3 – п. 30)*.

Норми законів щодо певного обмеження права журналістів до інформації не повинні використовуватися для того, щоб переслідувати журналістів, дослідників, захисників навколишнього середовища, правозахисників або інших осіб за поширення відповідної інформації *(див.: 171.1.3 – п. 23)*.

171.4.2. Стаття 171 КК України не містить визначення ознак потерпілого – журналіста. Натомість у примітці до ст. 345^1 КК України зазначено: «Статус журналіста або його належність до засобу масової інформації підтверджується редакційним або службовим посвідченням чи іншим документом, виданим засобом масової інформації, його редакцією або професійною чи творчою спілкою журналістів». Слід зазначити, що Комітет ООН з прав людини поняття потерпілого від посягань на свободу слова тлумачить значно ширше: «Журналістські функції виконує широке коло осіб, в тому числі професійні штатні репортери і аналітики, блогери та

інші особи, які публікуються в друкованих виданнях, Інтернеті або будь-де ще, тому існування загальних державних систем реєстрації журналістів або видачі їм ліцензій є несумісним з пунктом 3 [Міжнародного пакту про громадянські і політичні права]». Це означає існування імовірності оскарження до ЄСПЛ відмови відкрити кримінальне провадження щодо діянь, вказаних у ст. 171 КК України і здійснених стосовно членів громадських організацій (не журналістів), які збирають суспільно важливу інформацію для її оприлюднення.

(Див.: 171.1.3 – п. 44; 171.3.16 – п. 27)

171.4.3. Заборона публікації матеріалів, що містять оціночні судження, утворюють об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 171 КК України. Так само судові позиви, звільнення з роботи та інші подібні дії, вчинювані у зв'язку з публікацією матеріалів, що містять оціночні судження, утворюють об'єктивну сторону складу переслідування журналіста у зв'язку з його законною професійною діяльністю (ч. 2 ст. 171 КК України). «Вимогу доводити достовірність оціночних суджень неможливо виконати, вона порушує свободу думки як таку, що є базовою частиною права, гарантованого статтею 10».

(Див.: 171.2.2; 171.3.1; 171.3.8)

Однак якщо в основі оціночного судження журналіста відсутнє будь-яке фактичне підґрунтя, а сам журналіст діє з порушенням професійної журналістської етики, ЄСПЛ не виключає відсутності порушення ст. 10 Конвенції в перешкоджанні поширення відповідних матеріалів чи в притягненні журналіста до відповідальності за їх публікацію *(див.: 171.2.4; 171.2.5; 171.2.7; 171.3.13 – п. 51)*. «Іншими словами, журналіст не може вимагати виняткового імунітету від кримінальної відповідальності з тієї єдиної причини, що, на відміну від інших осіб, що здійснюють право на свободу вираження, вказаний злочин було вчинено під час виконання його журналістських функцій». *(див.: 171.2.8)* У таких випадках заборона публікації зазначених матеріалів або притягнення до цивільної чи іншої відповідальності за їх публікацію не повинні кваліфікуватися як перешкоджання законній професійній діяльності журналістів.

Наприклад, законною визнається заборона критики суб'єкта владних повноважень, коли критика не містить фактів і не являє собою оціночні судження, а є безпідставним обвинуваченням у вчинені злочину *(див.: 171.3.9)*.

171.4.4. Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів не може бути виправданим тим, що його матеріали є образливими чи які шокують, або такими, що при висвітлені певних тем, критиці суб'єкта владних повноважень містять певні перебільшення.

(Див.: 171.2.2; 171.3.3)

171.4.5. Не утворює складу цього злочину перешкоджання професійній діяльності журналістів, якщо така діяльність була недобросовісною та не узгоджувалася з вимогою отримання інформації з надійних джерел.

(Див.: 171.3.4)

171.4.6. Законним є вилучення на підставі рішення суду підготовлених журналістом для оприлюднення матеріалів, які містять секретну інформацію, наприклад таку, що розкриває методи роботи органів національної безпеки.

(Див.: 171.3.5 – пункти 32–36)

171.4.7. Для визнання законним вилучення підготовлених журналістом для оприлюднення матеріалів, які містять секретну інформацію, не потрібно, щоб проти такого журналіста було розпочато кримінальне провадження з обвинувачення в розголошені державної таємниці.

(Див.: 171.3.5 – п. 36)

171.4.8. Вилучення на підставі рішення суду підготовлених журналістом для оприлюднення матеріалів, які містять секретну інформацію, не може бути визнаним необхідним у демократичному суспільстві, якщо зазначена інформація перед тим вже була оприлюднена в інший спосіб і стала відомою багатьом.

(Див.: 171.3.5 – п. 45)

171.4.9. Незаконною є заборона критики суб'єкта владних повноважень, якщо критичний матеріал викладений правдиво, хоча і з порушенням певних формальних вимог щодо порядку отримання журналістами відповідної інформації.

(Див.: 171.3.7)

171.4.10. Коли конфіденційну інформацію вже поширено, а винного в цьому було покарано, слід узяти до уваги сплив часу, щоб оцінити сумісність свободи вираження поглядів із продовженням заборони висвітлення журналістами окремих тем, показу окремих осіб, інформації.
(Див.: 171.3.10)

171.4.11. Не є злочином дія, яка хоча формально і містить ознаки діяння, передбаченого ч. 1 ст. 171 КК, але через малозначність не становить суспільної небезпеки. Наприклад ненадання журналісту доступу в певний час до приміщень територіальної виборчої комісії та відмова негайно надати йому інформацію стосовно ходу виборчого процесу (така інформація була надана через 30 хв) визнані ЄСПЛ такими, що не порушили ст. 10 Конвенції.
(Див.: 171.3.12)

171.4.12. Засудження за наклеп та зловживання службовим становищем заступника редактора газети, який опублікував статті з критикою високопосадовців, визнано Європейським судом втручанням у право на свободу вираження поглядів, яке не було пропорційним переслідуваній законній меті та не було «необхідним в демократичному суспільстві».
(Див.: 171.1.13)

171.4.13. Переслідуванням журналіста у зв'язку з його законною професійною діяльністю слід визнати обшуки у квартирі журналіста, які формально відповідають нормам національного закону, але є непропорційними щодо мети їх проведення, а отже порушують право журналіста на свободу вираження поглядів.
(Див.: 171.3.14)

171.4.14. Притягнення журналіста до відповідальності за публікацію, що спирається на офіційні матеріали, які не були поставлений під сумнів, визнається формою переслідування журналіста у зв'язку з його законною професійною діяльністю.
(Див.: 171.3.15)

171.4.15. Не тільки рішення Конституційного суду, а й матеріали підготовки і проведення розгляду відповідного питання мають суспільну значущість, а отже, відмова надати таку інформацію утворює втручання в одержання інформації.
(Див.: 171.3.16)
Щодо змісту суспільних відносин, що охороняються п. 1 ст. 10 Конвенції, і кола можливих потерпілих ЄСПЛ у наведеному вище рішенні в справі «Társaság A Szabadságjogokért v. Hungary» застосував аналогію: прирівняв до журналістів неурядові громадські організації, які можуть виконувати роль журналістів у донесенні до суспільства важливої інформації та перетерпати і у випадку незаконної відмови у доступі до такої інформації. Однак потерпілими від злочину, передбаченого ст. 171 КК України можуть бути лише журналісти.

Натомість стосовно предмета злочину, а саме характеру і кола можливої інформації, до якої журналісту незаконно відмовляють у доступі, рішення ЄСПЛ дає підстави стверджувати, що до зазначеної інформації може належати, зокрема, інформація щодо розгляду справ Конституційним судом України.

171.4.16. Вирішальним чинником для урівноваження захисту свободи вираження поглядів та захисту приватного життя має бути вирішення питання, якою мірою поширення інформації сприяє обговоренню питання, що викликало суспільний інтерес. Публікація статей, єдиним метою яких було задоволення цікавості певного читача про деталі приватної життя особи, не може вважатися внеском у розгляд питань суспільної цінності, незважаючи на те, що ця особа широко суспільно відома.
(Див.: 182.4.7)

171.4.17 У випадках коли перешкоджання професійній діяльності журналістів вчинене від імені держави, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону прав журналістів, своєчасне і повне розслідування випадків їх порушення, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.
(Див: 0.4.13)

Стаття 172. Грубе порушення законодавства про працю

1. Незаконне звільнення працівника з роботи з особистих мотивів чи у зв'язку з повідомленням ним про порушення вимог Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» іншою особою, а також інше грубе порушення законодавства про працю –

караються штрафом від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, або виправними роботами на строк до двох років.

2. Ті самі дії, якщо вони вчинені повторно, або щодо неповнолітнього, вагітної жінки, одинокого батька, матері або особи, яка їх замінює і виховує дитину віком до 14 років або дитину з інвалідністю, –

караються штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років, або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців.

(Стаття 172 в редакції Закону № 77-VIII від 28.12.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 2581-VIII від 02.10.2018)

Стаття 173. Грубе порушення угоди про працю

1. Грубе порушення угоди про працю службовою особою підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, а також окремим громадянином або уповноваженою ними особою шляхом обману чи зловживання довірою або примусом до виконання роботи, не обумовленої угодою, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Ті самі дії, вчинені стосовно громадянина, з яким укладена угода щодо його роботи за межами України, –

караються штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років.

Стаття 174. Примушування до участі у страйку або перешкоджання участі у страйку

Примушування до участі у страйку або перешкоджання участі у страйку шляхом насильства чи погрози застосування насильства або шляхом інших незаконних дій –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста двадцяти до двохсот сорока годин, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

(Стаття 174 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 175. Невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат

1. Безпідставна невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої установленої законом виплати громадянам більш як за один місяць, вчинена умисно керівником підприємства, установи або організації незалежно від форми власності чи громадянином – суб'єктом підприємницької діяльності, –

карається штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на строк до двох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, якщо воно було вчинене внаслідок нецільового використання коштів, призначених для виплати заробітної плати, стипендії, пенсії та інших встановлених законом виплат, –

карається штрафом від тисячі до півтори тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо до притягнення до кримінальної відповідальності нею здійснено виплату заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої встановленої законом виплати громадянам.

(Стаття 175 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1027-VI від 19.02.2009)

§1. Норми міжнародного права
що стосуються забезпечення права на працю

172.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1)
«***Статья 22***
Каждый человек, как член общества, имеет право на социальное обеспечение и на осуществление необходимых для поддержания его достоинства и для свободного развития его личности прав в экономической, социальной и культурной областях через посредство национальных усилий и международного сотрудничества и в соответствии со структурой и ресурсами каждого государства.
Статья 23
1. Каждый человек имеет право на труд, на свободный выбор работы, на справедливые и благоприятные условия труда и на защиту от безработицы.
2. Каждый человек, без какой-либо дискриминации, имеет право на равную оплату за равный труд.
3. Каждый работающий имеет право на справедливое и удовлетворительное вознаграждение, обеспечивающее достойное человека существование для него самого и его семьи и дополняемое, при необходимости, другими средствами социального обеспечения.
4. Каждый человек имеет право создавать профессиональные союзы и входить в профессиональные союзы для защиты своих интересов.
Статья 24
Каждый человек имеет право на отдых и досуг, включая право на разумное ограничение рабочего дня и на оплачиваемый периодический отпуск». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

172.1.2. Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 20.03.1952)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 1. Захист власності***
Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права.
Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів». [Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Рада Європи, від 20.03.1952). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535]

172.1.3. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права
(ООН, від 16.12. 1966)
(ратифіковано Указом ПВР № 2148-VIII від 19.10.73)
*«**Стаття 7***
Держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожного на справедливі і сприятливі умови праці, включаючи, зокрема:

а) винагороду, що забезпечувала б як мінімум усім трудящим:

і) справедливу зарплату і рівну винагороду за працю рівної цінності без будь-якої різниці, причому, зокрема, жінкам повинні гарантуватись умови праці, не гірші від тих, якими користуються чоловіки, з рівною платою за рівну працю;

іі) задовільне існування для них самих та їхніх сімей відповідно до постанов цього Пакту». [Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права. (ООН, від 16.12. 1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_042]

172.1.4. Європейська соціальна хартія (переглянута)

(Рада Європи, від 03.05.1996)

(ратифіковано Законом від 14.09.2006)

«***Стаття 5. Право на створення організацій***

З метою забезпечення здійснення або сприяння здійсненню свободи працівників і роботодавців створювати місцеві, національні або міжнародні організації для захисту своїх економічних і соціальних інтересів та вступати у такі організації, Сторони зобов'язуються, що національне законодавство жодним чином не обмежуватиме цю свободу та не використовуватиметься для її обмеження. Обсяг застосування гарантій, передбачених цією статтею, щодо поліції визначається національними законами або правилами. Порядок застосування цих гарантій до осіб, які входять до складу збройних сил, і обсяг їхнього застосування до осіб цієї категорії також визначаються національними законами або правилами.

Стаття 6. Право на укладання колективних договорів

(…)

4. право працівників і роботодавців на колективні дії у випадках конфліктів інтересів, включаючи право на страйк, з урахуванням зобов'язань, які можуть випливати з раніше укладених колективних договорів.

(…)

Стаття 24. Право на захист у випадках звільнення

З метою забезпечення ефективного здійснення права працівників на захист у випадках звільнення Сторони зобов'язуються визнати:

а) право всіх працівників не бути звільненими без поважних причин для такого звільнення, пов'язаних з їхньою працездатністю чи поведінкою, або поточними потребами підприємства, установи чи служби;

b) право працівників, звільнених без поважної причини, на належну компенсацію або іншу відповідну допомогу.

З цією метою Сторони зобов'язуються забезпечити, щоб кожний працівник, який вважає себе звільненим без поважної причини, мав право на оскарження в неупередженому органі». [Європейська соціальна хартія (переглянута) (Рада Європи, від 03.05.1996). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_062]

172.1.5. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173)

(Рада Європи, від 27.01.1999)

(ратифіковано Законом від 18.10.2006)

*«**Стаття 22. Захист помічників правосуддя та свідків***

Кожна Сторона вживатиме таких заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення ефективного й належного захисту: а) тих, хто повідомляє про кримінальні злочини, визначені у статтях 2–14, або в інший спосіб співробітничає із органами слідства та переслідування; b) свідків, які дають показання стосовно цих злочинів». [Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) (Рада Європи, від 27.01.1999). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_101]

172.1.6. Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією

(Рада Європи, від 04.11.1999)

(ратифіковано Законом від 16.03.2005)

«***Стаття 9. Захист працівників***

Кожна Сторона передбачає у своєму внутрішньому законодавстві належний захист проти будь-якої необґрунтованої санкції щодо працівників, які мають достатні підстави підозрювати

корупцію та які добросовісно доповідають про свої підозри відповідальним особам або компетентним органам». [Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією. (Рада Європи, від 04.11.1999). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_102]

172.1.7. Конвенція про дискримінацію в галузі праці та занять № 111
(Міжнародна організація праці, від 25.06.1958)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«***Стаття 1***
1. Відповідно до мети цієї Конвенції термін «дискримінація» охоплює:
а) будь-яке розрізнення, недопущення або перевагу, що робиться за ознакою раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних переконань, іноземного походження або соціального походження і призводить до знищення або порушення рівності можливостей чи поводження в галузі праці та занять;
(…)
3. Відповідно до мети цієї Конвенції терміни «праця» й «заняття» охоплюють доступ до професійного навчання, доступ до праці та різних занять, а також оплату й умови праці». [Конвенція про дискримінацію в галузі праці та занять № 111. (Міжнародна організація праці, від 25.06.1958) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_161]

172.1.8. Захист викривачів
(ПАРЄ, Резолюція 1729 (2010)
Див.: 328.1.3

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо забезпечення права на працю

172.2.1. Справа «Веніамін Тимошенко та інші проти України»
«78. З огляду на свою практику, яка доводить, що страйк беззаперечно захищається статтею 11 Конвенції, Суд не вбачає підстав для того, щоб дійти іншого висновку.
79. Суд також зазначає, що таке втручання становитиме порушення статті 11 Конвенції, якщо воно не було «встановлено законом», не переслідувало одну або більше легітимних цілей та не було «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення зазначених цілей.
80. Суд повторює, що вислів «встановлено законом» у статті 11 Конвенції вимагає не лише того, щоб оскаржуваний захід мав певне підґрунтя у національному законодавстві; він також стосується якості закону, про який йдеться. Закон має бути доступним для зацікавлених осіб та сформульованим з достатньою точністю для того, щоб надати їм можливість – за необхідності шляхом надання відповідної допомоги – передбачати тією мірою, що є розумною за відповідних обставин, наслідки, які може спричинити відповідна дія». [Веніамін Тимошенко та інші проти України (48408/12). https://minjust.gov.ua/files/47918]

172.2.2. Справа «Vogt v. Germany»
«43. Суд повторює, що право на найм на державну службу навмисно було виключено з Конвенції. Отже, відмова призначити особу як державного службовця не може як така бути основою скарги за Конвенцією. Однак це не означає, що особа, яка призначена державним службовцем, не може скаржитися на звільнення з посади, якщо це звільнення порушує одне з його прав згідно з Конвенцією». [Vogt v. Germany (17851/91). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58012] (Неофіційний авторський переклад).

172.2.3. Справа «Олександр Волков проти України»
«160. Заявник скаржився, що його звільнення з посади судді становило втручання у його приватне та професійне життя, що є несумісним зі статтею 8 Конвенції.
(…)
165. Сторони погодилися з тим, що мало місце втручання у право заявника на повагу до його приватного життя. Суд не вбачає причин вважати інакше. Суд зазначає, що приватне жит-

тя «включає право особи на формування та розвиток стосунків з іншими людьми, включаючи стосунки професійного або ділового характеру». Стаття 8 Конвенції «захищає право на особистий розвиток та право встановлювати та розвивати стосунки з іншими людьми та оточуючим світом». Поняття «приватне життя» в принципі не виключає відносини професійного або ділового характеру. Врешті-решт, саме у рамках трудової діяльності більшість людей мають значну можливість розвивати стосунки з оточуючим світом. Отже, обмеження, накладені на доступ до професії, були визнані такими, що впливають на «приватне життя». Схожим чином, звільнення з посади було визнане втручанням у право на повагу до приватного життя. Насамкінець, стаття 8 Конвенції охоплює питання захисту честі та репутації як частину захисту права на повагу до приватного життя». [Олександр Волков проти України (21722/11). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_947]

§3. Рішення ЄСПЛ
в справах про забезпечення права на працю

172.3.1. Справа «Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N. E.) c. Espagne»
Фактичні обставини:

Союз-заявник був створений у 1984 році і є найбільшою профспілкою поліцейських іспанського регіону Басків. У 2004 році заявник подав до Міністерства внутрішніх справ повідомлення про намір провести страйк як протест недостатніх із його точки зору заходів безпеки для поліцейських. Наприклад, союз-заявник вимагав збільшити закупівлю бронетранспортерів та куленепробивних жилетів.

МВС і потім Мін'юст заборонили проведення страйку на тій підставі, що Конституція забороняє силам безпеки і поліції реалізувати право на страйк.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«35. Суд зазначає, що стаття 6 Конституції становить правову базу для оскаржуваного втручання. Зміст цього закону слід вважати досить чітким та передбачуваним. Члени союзу-заявника могли б розумно розраховувати на заборону страйку.

36. Більше того, Суд визнає, що втручання переслідувало законну мету відповідно до пункту 2 статті 11 Конвенції, а саме національної або громадської безпеки, беручи до уваги особливі функції поліції та наслідки у разі переривання її діяльності.

37. Суд зазначає, що обмеження, передбачені оскаржуваним законом, не поширюються на всіх державних службовців, а лише на співробітників органів державної безпеки та поліції як гарантів забезпечення державної безпеки. Суд також зазначає, що закон покладає на ці органи більшу відповідальність, вимагаючи від них втручання в будь-який час і в будь-якому місці для захисту закону, незалежно від того, чи в робочий час чи ні.

38. На думку Суду, ця потреба в безперервному обслуговуванні та озброєному мандаті, що характеризує ці органи, відрізняє їх співробітників від інших посадових осіб, таких як судді чи лікарі, і виправдовує обмеження їхньої свободу об'єднання. Фактично жорсткі вимоги щодо них не виходять за рамки того, що необхідно в демократичному суспільстві, оскільки вони дозволяють охороняти загальні інтереси держави та, зокрема, гарантувати національну та громадську безпеки, захист порядку, принципи, викладені в пункті 2 статті 11 Конвенції.

39. Крім того, специфіка їх діяльності виправдовує існування досить широкого розсуду для держави розвивати свою законодавчу політику і дати можливість регулювати в інтересах суспільства деякі аспекти діяльність профспілки, не порушуючи істотно зміст прав відповідно зі статтею 11 Конвенції.

40. Крім того, Суд не може погодитися із заявником щодо висновків, викладених у рекомендаціях Комітету міністрів Ради Європи про Європейський кодекс поліцейської етики. Суд, зокрема, зазначає, що права на страйк для поліції не визнається в Кодексі. У цьому відношенні Комітет міністрів вважає, що повна заборона права на страйк для поліції не суперечить Соціальній хартії та відповідній практиці. Суд не бачить підстав відмовитися від цього висновку.

41. Наведені вище міркування приводять Суд до висновку, що факти в конкретних обставинах даної справи не свідчать про необґрунтоване втручання в право заявника союзу на свободу асоціації.

42. Нарешті, у зв'язку з можливою наявністю дискримінації стосовно заявника, Суд нагадує, що відмінність є дискримінаційною за змістом статті 14 Конвенції, якщо вона «не має об'єктивного і розумного обґрунтування», тобто якщо вона не переслідує «законної мети» або якщо немає «розумної пропорційності між використаними засобами та передбачуваною метою». Крім того, договірні держави мають певні ступені свободи, щоб визначити, якою мірою відмінності в подібних ситуаціях виправдовуються. У цьому випадку, Суд вважає, що обґрунтування, надане урядом, що стосується конкретних функції, покладених законом на сили і органи державної безпеки, є розумним, без можливості виявити свавілля, яке може свідчити про існування дискримінації.

43. Отже, Суд не встановлює порушення статті 11, взятої окремо або в поєднанні зі статтею 14 Конвенції». [Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N. E.) c. Espagne (45892/09). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153921Ї]

172.3.2. Справа «Веніамін Тимошенко та інші проти України»

Фактичні обставини:

На час подій заявники працювали в ЗАТ «Авіакомпанія "АероСвіт"» (далі – підприємство «АероСвіт») та були членами екіпажу літака. 16 лютого 2011 року Національною службою посередництва і примирення (далі – НСПП) був зареєстрований колективний трудовий спір між працівниками та керівництвом підприємства «АероСвіт». 9 вересня 2011 року з метою вирішення трудового спору Конференція працівників «АероСвіту» оголосила страйк 150 працівників ДСПБ. Страйк мав розпочатися 28 вересня 2011 року і тривати до тих пір, поки вимоги працівників не будуть повністю задоволені. До 12 вересня 2011 року страйковий комітет повідомив про рішення щодо проведення страйку такі органи: підприємство-працедавця, НСПП, Міністерство інфраструктури України, Державну авіаційну службу, Міністерство соціальної політики України, Державну інспекцію України з питань праці, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, а також низку інших установ та організацій.

6 жовтня 2011 року Бориспільський суд визнав страйк незаконним та заборонив його проведення. Суд посилався на статтю 18 Закону України «Про транспорт», якою заборонялося проведення страйків на підприємствах транспорту у випадках, пов'язаних з перевезенням пасажирів. Суд зазначив, що «АероСвіт» є важливим пасажирським перевізником, який здійснює рейси за більш ніж вісімдесятьма міжнародними маршрутами до тридцяти трьох країн. Крім того, зважаючи на те, що одним з найголовніших завдань бортпровідників є забезпечення безпеки пасажирів, суд дійшов висновку, що застосуванню також підлягає стаття 24 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», якою проведення страйків забороняється, якщо вони створюють загрозу життю і здоров'ю людей. Суд також загалом послався на статтю 44 Конституції.

Профспілка оскаржила це рішення в апеляційному порядку, повторивши у цій скарзі свої аргументи з попередньої апеляційної скарги від 4 жовтня 2011 року щодо статусу страйкового комітету. Профспілка також доводила, що суд першої інстанції неправомірно застосував Закон України «Про транспорт» і мав замість нього застосувати Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)».

22 листопада і 19 грудня 2011 року апеляційний суд Київської області та Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ відповідно залишили рішення від 6 жовтня 2011 року без змін.

Рішення ЄСПЛ:

«77. Суд вважає, а сторони погоджувались з тим, що заборона оголошеного страйку становила втручання у право заявників на свободу об'єднання за статтею 11 Конвенції.

(…)

81. Суд зазначає, що національні суди обґрунтовували заборону страйку, щодо якої надійшла скарга у цій справі, статтею 18 Закону України «Про транспорт», статтею 24 Закону України «Про

порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» та статтею 44 Конституції України. Отже, з цього випливає, що втручання ґрунтувалося на національному законодавстві. Суд не вбачає підстав сумніватися в тому, що вищезазначені положення були доступними. Отже, залишається встановити, чи були вони також достатньою точними і передбачуваними.

82. Суд зауважує, що Конституція України, яка набрала чинності у 1996 році, закріплює право на страйк як засіб захисту економічних і соціальних інтересів працівників. Що стосується порядку здійснення цього права або підстав для заборони страйку, то ці питання мають бути врегульовані законодавством.

83. Двома застосовними законами є вищезазначені Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» і Закон України «Про транспорт». Суд зазначає, що стаття 24 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» 1998 року, яка стосується трудових спорів в усіх секторах, забороняє страйки у таких випадках: «якщо припинення працівниками роботи створює загрозу життю і здоров'ю людей, довкіллю або перешкоджає запобіганню стихійному лиху, аваріям, катастрофам, епідеміям та епізоотіям чи ліквідації їх наслідків». У цьому формулюванні ніщо не вказує на те, що цей перелік є невичерпним. У той же час стаття 18 Закону України «Про транспорт» 1994 року, до якого з моменту ухвалення не вносились зміни та який стосується лише транспортного сектору, також передбачає випадки заборони страйків. Це положення є більш обмежувальним – на додаток до випадків, коли страйк створює загрозу життю або здоров'ю людей, його проведення забороняється також у випадках, «пов'язаних з перевезенням пасажирів, обслуговуванням безперервно діючих виробництв».

84. Вартим уваги є факт, що хоча Прикінцевими положеннями Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» передбачено, що інші закони та нормативно-правові акти застосовуються тільки в тій частині, в якій вони не суперечать цьому Закону, а також що вони повинні бути приведені у відповідність з цим Законом, Закон України «Про транспорт», тим не менш, й досі продовжують застосовувати без внесення до нього змін – протягом майже шістнадцяти років з моменту набрання у 1998 році чинності Законом України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)». Ситуація і зараз залишається незмінною, незважаючи на факт, що вже неодноразово визнавалися вищезазначене протиріччя та необхідність приведення Закону України «Про транспорт» у відповідність з Конституцією України і Законом України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)».

85. Наведених міркувань достатньо, аби дати Судові змогу дійти висновку, що втручання у права заявників за статтею 11 Конвенції не ґрунтувалося на достатньо точних і передбачуваних законодавчих актах.

86. Відповідно, було порушення статті 11 Конвенції». [Веніамін Тимошенко та інші проти України (48408/12). https://minjust.gov.ua/files/47918]

172.3.3. Справа «Guja v. Moldova»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«48. Заявник скаржився на те, що його звільнення за розголошення спірних листів газеті «Журнал де Кишинеу» (Jurnal de Chişinău) становило порушення його права на свободу вираження поглядів та, зокрема, його права передавати інформацію та ідеї третім особам.

(…)

50. Уряд не заперечував достовірність листа, надісланого паном Мішиним до Генерального прокурора. Проте Уряд указував на відсутність втручання у право заявника на свободу вираження поглядів, тому що він не був автором статей, які були опубліковані в «Журнал де Кишинеу», та не був звільнений за користування своєю свободою вираження поглядів, а лише за порушення внутрішніх правил Генеральної прокуратури. На їхню думку, оскільки скарги заявника по суті стосувалися його трудових прав, стаття 10 не була застосовною.

(…)

52. Суд повторює, що захист статті 10 поширюється на місце роботи загалом та публічних службовців зокрема.

53. Заявник надіслав листи до газети, яка потім їх опублікувала. Оскільки стаття 10 включає свободу поширювати інформацію та оскільки заявник був звільнений за свою участь в опублікуванні листів, Суд відхиляє попередні заперечення Уряду.

(…)

95. Нарешті Суд зазначає, що до заявника було застосовано найсуворішу можливу санкцію. Хоча державний орган міг застосувати менш сувору санкцію, він обрав звільнення заявника, що без сумніву є дуже жорстким заходом. Ця санкція не лише мала негативні наслідки для кар'єри заявника, але також могла мати серйозний стримуючий ефект на інших працівників Генеральної прокуратури та перешкодити їм у повідомленні будь-яких випадків неналежної поведінки. Крім того, з огляду на висвітлення справи заявника у засобах масової інформації, ця санкція могла мати стримуючий ефект не лише на працівників Генеральної прокуратури, але й на багатьох інших державних службовців та працівників.

(…)

97. Пам'ятаючи про важливість права на свободу вираження поглядів з питань загального інтересу, про право державних службовців та інших працівників повідомляти про незаконну поведінку і порушення за місцем їхньої роботи, обов'язки та відповідальність працівників по відношенню до своїх роботодавців та право роботодавців управляти своїм штатом, а також зваживши інші різні інтереси, що зачіпалися у цій справі, Суд доходить висновку, що втручання у право заявника на свободу вираження поглядів, зокрема його право поширювати інформацію, не було «необхідним у демократичному суспільстві». Відповідно, мало місце порушення статті 10 Конвенції». [Guja v. Moldova (14277/04). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117575]

172.3.4. Справа «Heinisch v. Germany»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«41. Заявниця скаржилася на те, що її звільнення без попереднього повідомлення на тій підставі, що вона подала скаргу про вчинення злочинів її роботодавцем і відмова національних судів в подальшому розгляді задовольнити її позов про відновлення на роботі, порушила її право на свободу вираження поглядів, як це передбачено в статті 10 Конвенції.

(…)

43. Сторони були одностайні в тому, що кримінальна скарга, подана заявником, повинна була розцінюватися як попередження про факти імовірно незаконних дій роботодавця, що підпадає під дію статті 10 Конвенції. Крім того, сторони погоджується в тому, що звільнення заявника і відповідні рішення національних судів є втручанням в право заявника на свободу вираження.

44. У цьому контексті Суд посилається на ряд випадків, пов'язаних зі свободою вираження поглядів цивільних або державних службовців, у яких він стверджував, що стаття 10 застосовується на робочому місці в цілому. Далі було встановлено, що стаття 10 Конвенції також застосовується, коли відносини між роботодавцем і працівником регулюються, як і в цьому випадку, трудовим правом, і що в держави є позитивний обов'язок захищати право на свободу вираження поглядів навіть у сфері відносин між окремими особами.

45. Таким чином, Суд вважає, що звільнення заявниці, яке було залишено в силі німецькими судами, у зв'язку з її обвинуваченнями роботодавця у вчинені злочину, являє собою втручання в її право на свободу вираження, гарантоване статтею 10 Конвенції.

46. Таке втручання не буде являти собою порушення статті 10, лише якщо воно «передбачене законом», переслідує законну мету відповідно до пункту 2 статті 10 і є «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення такої мети.

(…)

48. У зв'язку з цим Суд зазначає, що стаття 626 § 1 Цивільного кодексу [Німеччини] допускає розірвання трудового договору з негайним вступом в силу, якщо «непереборна причина» унеможливлює продовження трудових відносин стороні. Далі зазначається, що, згідно з рішенням

національних судів у даній справі, а також вищезгаданим керівним рішенням Федерального конституційного суду і Федеральному трудовому кодексу, кримінальна скарга на роботодавця може виправдати звільнення за «значне порушення» обов'язки лояльності працівника. (…)

49. Суд поділяє думку уряду про те, що втручання в право заявника на свободу вираження поглядів було «передбачене законом». Він також зазначає, що між сторонами не було суперечок про те, що втручання мало законну мету захисту репутації і прав інших осіб, а саме ділової репутації та інтересів Vivantes.

50. Тому Суд повинен перевірити, чи є втручання «необхідним у демократичному суспільстві», чи існує пропорційний взаємозв'язок між втручанням і переслідуваної метою.

(…)

71. Звертаючись до обставин сьогодення справи, Суд зазначає, що інформація, надана заявником, безперечно, становить суспільний інтерес. У суспільствах із постійно зростаючою частиною населення похилого віку, які піддаються інституційній допомозі, і з урахуванням особливої уразливості відповідних пацієнтів, які часто не в змозі самостійно привернути увагу до недоліків у наданні допомоги, поширення інформації про якість чи недоліки такого догляду має життєво важливе значення з метою запобігання зловживанням. Це ще більш очевидно, коли інституційна допомога надається державною компанією, де на карту поставлено довіру громадськості до адекватного надання державою послуг з надання життєво важливих послуг.

(…)

74. (…) Заявник вважав, що жодна з її попередніх скарг на роботодавця не призвела до виправлення становища у сфері зайнятості та догляду в будинку для літніх людей. Вона також вказала, що одна з її проблем полягає в тому, що неповідомлення нею про недоліки догляду могло призвести до її кримінального переслідування. У зв'язку з цим Суд вважає, що йому не було представлено достатніх доказів, щоб протистояти заяві заявника про те, що будь-які подальші внутрішні скарги не були б ефективним засобом для розслідування й усунення недоліків.

(…)

80. Що стосується попереднього кримінального провадження, Суд зазначає, що в першу чергу завдання правоохоронних органів полягає в розслідуванні достовірності тверджень, викладених в заяві про злочини, і що не можна розумно очікувати від заявника передбачення ним того, чи призведе розслідування до обвинувального висновку, чи буде припинено. (…)

(…)

82. Далі Суд зазначає, що заявник стверджувала, що основним мотивом для подачі кримінальної скарги була потенційна загроза здоров'ю особливо вразливих пацієнтів у результаті незадовільних умов праці в будинку для літніх людей, тоді як уряд стверджував, що скарга спрямована на те, щоб чинити додатковий тиск на її роботодавця шляхом залучення громадськості.

83. Виходячи з матеріалів, представлених йому і навіть припускаючи, що поліпшення власних умов праці заявника могло стати додатковим мотивом для її дій, Суд не має підстав сумніватися в тому, що заявниця діяла сумлінно і вважала, що відповідає громадським інтересам розкриття передбачуваних правопорушень з боку її роботодавця.

(…)

87. Вищевикладені міркування є достатніми, щоб дозволити Суду зробити висновок про те, що заявниця діяла сумлінно при подачі своєї кримінальної скарги на роботодавця.

(…)

90. У світлі цих міркувань Суд вважає, що суспільний інтерес до отримання інформації про недоліки в наданні інституційної допомоги літнім державною компанією настільки важливий в демократичному суспільстві, що він переважає над інтересом до захисту його ділової репутації та інтересів.

91. Нарешті, Суд зазначає, що на заявника була накладена найважча санкція, що була можлива відповідно до трудового законодавства. Ця санкція не тільки мала негативні наслідки для кар'єри заявниці, але також могла мати серйозні наслідки для інших співробітників Vivantes і перешкоджати їм повідомляти про будь-які недоліки в інституціональному догляді. Більше того, з огляду на висвітлення справи заявниці в засобах масової інформації санкція може мати приголомшливий

ефект не тільки для співробітників Vivantes, але і для інших співробітників сектору сестринського обслуговування. Цей лякаючий ефект шкодить суспільству в цілому, а також має враховуватися при оцінці пропорційності і, отже, виправдання санкцій, накладених на заявника. Це особливо справедливо у сфері догляду за людьми похилого віку, коли пацієнти часто не здатні захищати свої права і де медичні сестри є першими, хто дізнається про незадовільні умови в наданні допомоги і, таким чином, найкращим чином можуть діяти в інтересах суспільства, попереджаючи роботодавця або громадськість у цілому.

92. Відповідно, Суд вважає, що звільнення заявниці без попереднього повідомлення в даному випадку було непропорційно суворим.

93. Пам'ятаючи про важливість права на свободу вираження поглядів із питань, що становлять суспільний інтерес, права працівників повідомляти про незаконну поведінку і правопорушення за місцем їх роботи, зобов'язання і обов'язки співробітників щодо лояльності до їх роботодавців і про право роботодавців управляти своїм персоналом і, зваживши інші різні інтереси, пов'язані з цією справою, Суд доходить висновку, що втручання в право заявника на свободу вираження поглядів, зокрема на її право на передачу інформації, не було «необхідним в демократичному суспільстві».

94. Таким чином, Суд вважає, що в даному випадку національні суди не змогли провести справедливий баланс між необхідністю захисту репутації і прав роботодавця, з одного боку, і необхідністю захисту права заявниці на свободу вираження поглядів – з іншого.

95. Відповідно, мало місце порушення статті 10 Конвенції». [Heinisch v. Germany (28274/08). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–105777]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 172–175 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

172.4.1. Вказаний у диспозиції ч. 1 ст. 172 КК Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» втратив чинність відповідно до Закону від 14.10.2014 р. № 1700-VII «Про запобігання корупції», що викликає колізійну ситуацію у випадку засудження за ст. 172 КК України особи, визнаної винною в незаконному звільненні працівника з роботи у зв'язку з повідомленням ним про порушення іншою особою вимог нечинного Закону.

Згідно з ч. 3 ст. 53 чинного Закону України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII «Про запобігання корупції»: «Особа або член її сім'ї не може бути звільнена чи примушена до звільнення, притягнута до дисциплінарної відповідальності чи піддана з боку керівника або роботодавця іншим негативним заходам впливу (переведення, атестація, зміна умов праці, відмова в призначенні на вищу посаду, скорочення заробітної плати тощо) або загрозі таких заходів впливу у зв'язку з повідомленням нею про порушення вимог цього Закону іншою особою».

Однак посилання у вироку на цю норму не може усунити колізію, оскільки вона не належить до Закону, посилання на який міститься в диспозиції ч. 1 ст. 172 КК України.

172.4.2. Заборона проведення страйку працівників (крім технічного та обслуговуючого персоналу) органів прокуратури, суду, Збройних Сил України, органів державної влади, безпеки та правопорядку (ст. 24 Закону від 03.03.1998 «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» не суперечить Європейській соціальній хартії та практиці Європейського суду з прав людини.

(Див.: 172.3.1)

172.4.3. Правова позиція ЄСПЛ: заборона на підставі ст. 18 Закону України «Про транспорт» проведення страйку визнана таким втручанням у права людини (ст.11 Конвенції), яке «не ґрунтувалося на достатньо точних і передбачуваних законодавчих актах».

(Див.: 172.3.2 та 0.4.13)

172.4.4. Звільнення працівника з роботи у зв'язку з повідомленням ним про корупційні чи інші правопорушення іншою особою визнаються ЄСПЛ втручанням у право на свободу вираження поглядів (ст.10 Конвенції), навіть якщо таке звільнення передбачено національним законом, але не мало легальної мети і не було необхідним у демократичному суспільстві.

(Див.: 172.3.3; 172.3.4)

172.4.5. Незаконне звільнення працівника з роботи з мотивів ворожнечі чи приниження за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, інвалідності, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками утворює сукупність злочинів, передбачених статтями 161 і 172 Кримінального кодексу України.

(Див.: 172.1.7)

172.4.6. Для визначення порушення «грубим» чи «негрубим» (ст. 172 та ст. 173 КК України) слід, зокрема, враховувати судову практику ЄСПЛ у справах відповідної категорії.

(Див.: 0.4.14)

172.4.7. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, в яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» (ст. 171 і ст. 172) чи невиконання «установленого законом» обов'язку (ст. 175), має здійснюватися з врахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість за необхідності за належної правової допомоги передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підп. 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

172.4.8. У випадках, коли права і свободи людини обмежуються органами держави чи від її імені, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону вказаних прав, своєчасне і повне розслідування випадків їх порушень приватними особами, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

(Див: 0.4.13)

172.4.9. Слід взяти до уваги усталену практику ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але за певних обставин також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках притягнення особи за невиплату заробітної плати (внаслідок помилки у кваліфікації чи з іншої причини) спочатку за ст. 41 КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за ст. 175 КК України, існує імовірність визнання ЄСПЛ наявності порушення конвенційного права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 176. Порушення авторського права і суміжних прав

1. Незаконне відтворення, розповсюдження творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних, а так само незаконне відтворення, розповсюдження виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення, їх незаконне тиражування та розповсюдження на аудіо- та відеокасетах, дискетах, інших носіях інформації, камкординг, кардшейрінг або інше умисне порушення авторського права і суміжних прав, а також фінансування таких дій, якщо це завдало матеріальної шкоди у значному розмірі, –

караються штрафом від двохсот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, якщо вони вчинені повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або завдали матеріальної шкоди у великому розмірі, –

караються штрафом від тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені службовою особою з використанням службового становища або організованою групою, або якщо вони завдали матеріальної шкоди в особливо великому розмірі, –

караються штрафом від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк від трьох до шести років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

Примітка. У статтях 176 та 177 цього Кодексу матеріальна шкода вважається завданою в значному розмірі, якщо її розмір у двадцять і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, у великому розмірі – якщо її розмір у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а завданою в особливо великому розмірі – якщо її розмір у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

***(Стаття 176 в редакції Закону № 850-IV від 22.05.2003; із змінами, внесеними згідно із Законами № 3423-IV від 09.02.2006, № 1111-V від 31.05.2007, № 1019-VIII від 18.02.2016, № 1977-VIII від 23.03.2017*)**

Стаття 177. Порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію

1. Незаконне використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка, топографії інтегральної мікросхеми, сорту рослин, раціоналізаторської пропозиції, привласнення авторства на них, або інше умисне порушення права на ці об'єкти, якщо це завдало матеріальної шкоди у значному розмірі, –

караються штрафом від двохсот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, якщо вони вчинені повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або завдали матеріальної шкоди у великому розмірі, –

караються штрафом від тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені службовою особою з використанням службового становища або організованою групою, або якщо вони завдали матеріальної шкоди в особливо великому розмірі, –

караються штрафом від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк від трьох до шести років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Стаття 177 в редакції Закону № 850-IV від 22.05.2003; із змінами, внесеними згідно із Законами № 3423-IV від 09.02.2006, № 1111-V від 31.05.2007, № 1019-VIII від 18.02.2016)

Норми міжнародного права
щодо охорони авторських та суміжних прав

176.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Статья 27***

(…)

2. Каждый человек имеет право на защиту его моральных и материальных интересов, являющихся результатом научных, литературных или художественных трудов, автором которых он является». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

176.1.2. Міжнародна конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення

(ООН, від 26.10.1961)

(приєднання Законом від 20.09.2001)

*«**Стаття 3***

Для цілей цієї Конвенції:

(a) під «виконавцями» маються на увазі актори, співаки, музиканти, танцюристи або інші особи, які виконують роль, співають, читають, декламують, виконують або будь-яким іншим способом беруть участь у виконанні творів літератури чи мистецтва;

(b) під «фонограмою» мається на увазі будь-який виключно звуковий запис звучання виконання або інших звуків;

(c) під «виробником фонограм» мається на увазі фізична або юридична особа, яка першою здійснила звуковий запис звучання виконання або інших звуків;

(d) під «публікацією» мається на увазі надання публіці примірників фонограми в достатній кількості;

(e) під «відтворенням» мається на увазі виготовлення одного або кількох примірників запису;

(f) під «телерадіомовленням» мається на увазі передача бездротовими засобами звуків або зображень і звуків для приймання публікою;

(g) під «ретрансляцією» мається на увазі одночасна передача телерадіопродукції однієї організації мовлення іншою організацією мовлення.

(…)

Стаття 7

1. Охорона, яка надається виконавцям відповідно до цієї Конвенції, включає можливість запобігати:

(a) здійсненню без їхньої згоди телерадіопередачі або публічного сповіщення їхнього виконання за винятком випадків, коли використовуване для телерадіопередачі або для публічного сповіщення виконання вже було передане в ефір або здійснюється з використанням запису;

(b) здійсненню без їхньої згоди запису виконання, яке не було предметом запису;

(c) відтворенню без їхньої згоди запису їхнього виконання:

(i) якщо первинний звуковий запис був здійснений без їхньої згоди;

(ii) якщо відтворення здійснюється з іншою метою, ніж та, на яку виконавці дали свою згоду;

(iii) якщо первинний звуковий запис здійснений відповідно до положень Статті 15, а відтворення здійснюється з іншою метою, ніж та, яка зазначена в цих положеннях.

2. (1) Якщо телерадіопередача здійснюється за згодою виконавців, то охорона відносно ретрансляції, здійснення запису з метою телерадіопередачі або відтворення такого запису з метою телерадіопередачі регулюється національним законодавством Договірної Держави, в якій така охорона запитується.

(2) Правила та умови, що регулюють використання організаціями мовлення записів, здійснених з метою телерадіопередачі, визначаються відповідно до національного законодавства Договірної Держави, в якій запитується охорона.

(3) Проте національне законодавство, згадане в підпунктах (1) і (2) цього пункту, не повинно позбавляти виконавців можливості регулювати на договірній основі їхні відносини з організаціями мовлення.

Стаття 8

Якщо в одному і тому ж виконанні беруть участь кілька виконавців, кожна Договірна Держава може визначити у своєму національному законодавстві та підзаконних актах, яким чином будуть представлені виконавці у зв'язку із здійсненням своїх прав.

Стаття 9

Шляхом прийняття національного законодавства і підзаконних актів будь-яка Договірна Держава може поширювати охорону, яка надається цією Конвенцією на митців, які не виконують твори літератури і мистецтва.

Стаття 10

Виробники фонограм користуються правом дозволяти або забороняти пряме або опосередковане відтворення своїх фонограм.

Стаття 11

У тих випадках, коли стосовно фонограм Договірна Держава відповідно до свого національного законодавства вимагає дотримання певних формальностей як умови для надання охорони прав виробників фонограм, або виконавців, або їх обох, вони повинні вважатися дотриманими, якщо всі наявні в продажу примірники опублікованої фонограми або їхні упаковки мають напис, що складається із знака (Р) із зазначенням року першої публікації, розташований таким чином, щоб чітко показати, що фонограма охороняється; якщо на примірниках або їхній упаковці не згадується виробник фонограми або володар ліцензії на це, виданої їх виробником (шляхом зазначення його прізвища, торговельної марки або іншого відповідного позначення), то напис повинен також включати прізвище володаря прав виробника фонограми; більше того, якщо на примірниках або їхній упаковці не зазначаються основні виконавці, то напис повинен також включати ім'я особи, яка володіє правами таких виконавців у країні, де здійснений запис.

Стаття 12

Якщо фонограма, опублікована в комерційних цілях, або відтворення такої фонограми використовується безпосередньо для телерадіопередачі або для будь-якого публічного сповіщення, разова справедлива винагорода виплачується користувачем виконавцям або виробникам фонограм, або їм обом. За відсутності угоди між цими сторонами умови розподілу цієї винагороди можуть визначатися національним законодавством.

Стаття 13

Організації мовлення користуються правом дозволяти або забороняти:

(a) ретрансляцію своїх телерадіопередач;

(b) запис своїх телерадіопередач;

(c) відтворення:

(i) записів своїх телерадіопередач, виготовлених без їхньої згоди;

(ii) записів своїх телерадіопередач, виготовлених відповідно до положень Статті 15, якщо відтворення було здійснено з іншими цілями ніж ті, які зазначені в цих положеннях;

(d) публічне сповіщення своїх телепередач, якщо воно здійснюється в місцях, доступних для публіки за вхідну плату; умови здійснення телерадіомовлення регулюються національним законодавством держави, в якій запитується охорона цього права.

Стаття 14

Строк охорони, яка надається відповідно до цієї Конвенції, триває принаймні до кінця двадцятирічного періоду, датованого з кінця року, в якому:

(a) був здійснений запис фонограм і включених до них виконань;

(b) мали місце виконання, не включені до фонограм;

(c) мала місце передача в ефір.

Стаття 15

1. Кожна Договірна Держава може у своєму національному законодавстві і своїх підзаконних актах передбачати виключення з гарантованої цією Конвенцією охорони щодо:

(a) використання в особистих цілях;

(b) використання коротких уривків з метою повідомлення про поточні події;

(c) короткочасного звукового запису, здійснюваного організацією мовлення на своєму власному обладнанні і для своїх власних передач;

(d) використання виключно в учбових або науково-дослідних цілях.

(…)

Стаття 21

Охорона, яка надається цією Конвенцією, не обмежує будь-якої іншої охорони, яка надається виконавцям, виробникам фонограм або організаціям мовлення». [Міжнародна конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення. (ООН, від 26.10.1961). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_763]

176.1.3. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права

(ООН, від 16.12.1966)

(ратифіковано Указом ПВР № 2148-VIII від 19.10.1973)

Стаття 15

1. Держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожної людини на:

(…)

c) користування захистом моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з будь-якими науковими, літературними чи художніми працями, автором яких вона є.

2. Заходи, яких повинні вживати держави-учасниці цього Пакту для повного здійснення цього права, включають ті, які є необхідними для охорони, розвитку і поширення досягнень науки та культури.

3. Держави, які беруть участь у цьому Пакті, зобов'язуються поважати свободу, безумовно необхідну для наукових досліджень і творчої діяльності.

4. Держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають користь, що її дають заохочення і розвиток міжнародних контактів та співробітництва в науковій і культурній галузях». [Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права.]

176.1.4. Всесвітня конвенція про авторське право (переглянута)

(ЮНЕСКО, від 24.07.1971)

(див.: Постанов ВР № 3794–12 від 23.12.93)

*«**Статья I***

Каждое Договаривающееся государство обязуется принять все меры по обеспечению соответствующей и эффективной охраны прав авторов и других лиц, обладающих авторским правом, на литературные, научные и художественные произведения, в том числе: произведения письменные, музыкальные, драматические и кинематографические, произведения живописи, скульптуры и гравюры.

Статья II

1. Произведения, выпущенные в свет гражданами любого Договаривающегося государства, и произведения, впервые выпущенные в свет в таком государстве, пользуются в любом другом Договаривающемся государстве такой же охраной, как и охрана, предоставляемая этим государством произведениям его граждан, впервые выпущенным в свет на его территории, а также охраной, специально предоставляемой настоящей Конвенцией.

(…)

Статья VI

Под «выпуском в свет» для целей настоящей Конвенции следует понимать воспроизведение в материальной форме и распространение среди публики экземпляров произведения, которое можно прочесть или зрительно воспринять иным образом». [Всесвітня конвенція про авторське право (переглянута) (ЮНЕСКО, від 24.07.1971). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/952_006]

176.1.5. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів

(Всесвітня організація інтелектуальної власності, від 24.07.1971)

(приєднання Законом від 31.05.1995)

*«**Стаття 2 (1)***

Термін «Літературні і художні твори» охоплює всі твори в галузі літератури, науки і мистецтва, яким би способом і в якій би формі вони не були виражені, як-то: книги, брошури та інші пись-

мові твори, лекції, звертання, проповіді та інші подібного роду твори; драматичні і музично-драматичні твори; хореографічні твори і пантоміми, музичні твори з текстом або без тексту; кінематографічні твори, до яких прирівнюються твори, виражені способом, аналогічним кінематографії; малюнки, твори живопису, архітектури, скульптури, графіки і літографії; фотографічні твори, до яких прирівнюються твори, виражені способом, аналогічним фотографії; твори прикладного мистецтва; ілюстрації, географічні карти, плани, ескізи і пластичні твори, що відносяться до географії, топографії, архітектури або наукам.

(2) Проте за законодавством країн Союзу зберігається право приписати, що літературні і художні твори або будь-які певні їх види не підлягають охороні, якщо вони не закріплені в тій або іншій матеріальній формі.

(3) Переклади, адаптації, музичні аранжування та інші переробки літературного або художнього твору охороняються нарівні з оригінальними творами, без шкоди правам автора оригінального твору.

(4) За законодавством країн Союзу зберігається право визначати охорону, що буде надаватися офіційним текстам законодавчого, адміністративного і судового характеру і офіційним перекладам таких текстів.

(5) Збірники літературних і художніх творів, наприклад енциклопедії та антології, що являють собою за добором і розміщенням матеріалів результат інтелектуальної творчості, охороняються як такі, без шкоди правам авторів кожного з творів, що становить частину таких збірників.

(6) Твори, зазначені у цій статті, користуються охороною у всіх країнах Союзу. Ця охорона здійснюється на користь автора і його правонаступників.

(7) Із врахуванням положень статті 7 (4) цієї Конвенції, за законодавством країн Союзу зберігається право визначати ступінь застосування їхніх законів до творів прикладного мистецтва і промислових малюнків та зразків. Щодо творів, які охороняються у країні походження виключно як рисунки та зразки, в інших країнах Союзу може бути передбачена лише спеціальна охорона, надавана в даній країні малюнкам і зразкам, проте, якщо в даній країні не надається такої спеціальної охорони, ці твори охороняються як художні твори.

(8) Охорона, надавана цією Конвенцією, не поширюється на повідомлення про новини дня або на повідомлення про різні події, що мають характер простої прес-інформації.

(…)

Стаття 3

(…)

(3) Під «випущеними у світ творами» слід розуміти твори, випущені за згодою їхніх авторів, який би не був спосіб виготовлення примірників, за умови, якщо ці примірники випущені в обіг у кількості, здатній задовольнити розумні потреби публіки, беручи до увагу характер твору. Не є випуском у світ представлення драматичного, музично-драматичного або кінематографічного твору, виконання музичного твору, публічне читання літературного твору, повідомлення по проводах або передача в ефір літературних або художніх творів, показ твору мистецтва і спорудження твору архітектури.

(4) Твір вважається випущеним у світ одночасно у кількох країнах, якщо він був випущений у двох або більше країнах протягом тридцяти днів після першого його випуску.

(…)

Стаття 5

(1) Щодо творів, з яких авторам надається охорона на підставі цієї Конвенції, автори користуються в країнах Союзу, крім країни походження твору, правами, які надаються нині або будуть надані в подальшому відповідними законами цих країн своїм громадянам, а також правами, особливо надаваними цією Конвенцією.

(2) Користування цими правами і здійснення їх не пов'язані з виконанням будь-яких формальностей; таке користування і здійснення не залежать від існування охорони в країні походження твору. Отже, крім установлених цією Конвенцією положень, обсяг охорони, рівно як і засоби захисту, що забезпечують автору охорону його прав, регулюються виключно законодавством країни, в якій виникає потреба в ній.

(3) Охорона в країні походження регулюється внутрішнім законодавством. Проте, якщо автор не є громадянином країни походження твору, відносно якого йому надається охорона на підставі цієї Конвенції, він користується в цій країні такими ж правами, як і автори – громадяни цієї країни.

(…)

Стаття 6bis

(1) Незалежно від майнових прав автора і навіть після відступлення цих прав він має право вимагати визнання свого авторства на твір і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні цього твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, здатному завдати шкоди честі або репутації автора.

(…)

Стаття 8

Автори літературних і художніх творів, охороняються цією Конвенцією протягом усього терміну дії їх прав на оригінальні твори користуються виключним правом перекладати і дозволяти переклади своїх творів.

Стаття 9

(1) Автори літературних і художніх творів, охороняються цією Конвенцією, користуються виключним правом дозволяти відтворення цих творів будь-яким чином і в будь-якій формі.

(2) За законодавством країн Союзу зберігається право дозволяти відтворення таких творів у певних особливих випадках за умови, що таке відтворення не завдає шкоди нормальному використанню твору і не зачіпає будь-яким необґрунтованим способом законні інтереси автора.

(3) Будь-який звуковий або візуальний запис визнається відтворенням для цілей цієї Конвенції.

Стаття 10

(1) Дозволяється використання цитат із твору, який правомірно зроблено доступним для загального відома, за умови дотримання добрих звичаїв і в обсязі, виправданому поставленою метою, включаючи цитування статей із газет і журналів у формі оглядів преси.

(2) Законодавством країн Союзу і спеціальними угодами, які укладені або будуть укладені між ними, може бути дозволене використання літературних або художніх творів у обсязі, виправданому поставленою метою, як ілюстрацій у виданнях, радіо- і телевізійних передачах і звукозаписах або зображення навчального характеру за умови, що таке використання здійснюється при дотриманні добрих звичаїв.

(3) При використанні творів відповідно до попередніх пунктів цієї статті зазначається джерело і ім'я автора, якщо воно позначено на цьому джерелі.

[Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів, від 24 липня 1971 р. http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_051]

176.1.6. Конвенція про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їхніх фонограм

(ООН, від 29.10.1971)

(приєднання Законом від 15.06.1999)

«***Стаття 1***

Для цілей цієї Конвенції слід розуміти:

a) під «фонограмою» – будь-який виключно звуковий запис звуків;

b) під «виробником фонограм» – фізичну або юридичну особу, яка першою зробила запис звуків на фонограмі;

c) під «копією» – носій, який містить звуки, записані безпосередньо або опосередковано з фонограми, і який включає всі або значну частину звуків, записаних на цій фонограмі;

d) під «розповсюдженням серед публіки» – будь-який акт, за допомогою якого копії безпосередньо або опосередковано пропонуються публіці взагалі або будь-якій її частині.

Стаття 2

Кожна держава-учасниця зобов'язується охороняти інтереси виробників фонограм, які є громадянами інших країн-учасниць, від виробництва копій фонограм без згоди виробника і від

ввозу таких копій кожного разу, коли згадані виробництво або ввіз здійснюється з метою їх розповсюдження серед публіки, а також від розповсюдження цих копій серед публіки.

Стаття 3

За національним законодавством кожної держави-учасниці зберігається право визначення юридичних заходів, за допомогою яких ця Конвенція буде застосовуватись і які будуть включати один або більше із наступних заходів: охорона за допомогою надання авторського права або іншого особливого права; охорона за допомогою законодавства щодо нечесної конкуренції; охорона за допомогою кримінальних санкцій.

(…)

Стаття 7

1) Ця Конвенція в жодному випадку не може бути витлумачена як така, що обмежує або завдає шкоди охороні інтересів авторів, артистів-виконавців, виробників фонограм або органів радіомовлення, яка надається національним законодавством або міжнародними конвенціями.

2) Національне законодавство кожної держави-учасниці визначає, в разі необхідності, сферу дії охорони інтересів артистів-виконавців, виступи яких записані на фонограму, а також умови, за яких вони можуть користуватись такою охороною.

3) Жодна держава-учасниця не зобов'язана виконувати положення цієї Конвенції щодо фонограм, записаних до набуття чинності цією Конвенцією на території даної держави.

4) Кожна держава-учасниця, національне законодавство якої на 29 жовтня 1971 року надає виробникам фонограм охорону їхніх інтересів тільки на основі місця першого запису, може шляхом повідомлення, депонованого у Генерального директора Всесвітньої організації інтелектуальної власності, заявити, що вона буде застосовувати цей критерій замість критерію громадянства виробника.

(…)

Стаття 10

Ніякі застереження щодо цієї Конвенції не допускаються». [Конвенція про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їхніх фонограм. (ООН, від 29.10.1971). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_124]

176.1.7. Директива Ради Європейського співтовариства про правову охорону комп'ютерних програм (91/250/ЄЕС)

(Рада ЄС, від 14.05.1991)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Статья 1. Объект охраны***

1. В соответствии с положениями этой Директивы государства-члены будут охранять компьютерные программы авторским правом наряду с литературными произведениями по смыслу Бернской Конвенции по охране литературных и художественных произведений. В целях этой Директивы термин «компьютерные программы» включает и их подготовительный оформительский материал.

2. Охрана, в соответствии с этой Директивой, будет применяться к компьютерной программе, выраженной в любой форме. Идеи и принципы, которые лежат в основе любого элемента компьютерной программы, включая лежащие в основе ее интерфейсов, не охраняются авторским правом по этой Директиве.

3. Компьютерная программа будет охраняема, если она является оригиналом в том смысле, что это интеллектуальное создание автора. Никакой иной критерий не применяется при определении, не подлежит ли она охране.

(…)

Статья 3. Субъекты охраны

Охрана предоставляется всем физическим и юридическим лицам, охраняемым национальным законодательством по авторскому праву, применяемому к литературным произведениям.

Статья 4. Ограничительные действия

В соответствии с положениями статей 5 и 6 исключительные права носителя прав, по смыслу статьи 2, включают права осуществлять или разрешать:

a) постоянное или временное воспроизведение компьютерной программы любыми средствами и в любой форме, частично или полностью. Если загрузка, показ, действие, передача или накопление компьютерной программы являются условием такого воспроизведения, эти действия должны быть разрешены носителем прав;

b) трансляция, адаптация, аранжировка и любая другая перестройка компьютерной программы, а также воспроизведение ее результатов, осуществляются без ущерба правам лица, которое изменило программу;

c) любая форма публичного распространения, включая прокат оригинальной компьютерной программы или ее копий. Первая продажа копии программы в Сообществе носителем права или с его согласия исчерпывает право на распространение этой копии в Сообществе, за исключением права контроля за дальнейшим использованием программы и ее копии.

(…)

Статья 7. Специальные меры охраны

1. Без ущерба положениям статей 4, 5 и 6 государства-члены примут в соответствии с их национальным законодательством соответствующие меры против лиц, которые совершили любое из действий, перечисленных ниже в подпунктах «a», «b» и «c»:

a) любое действие по распространению копии компьютерной программы, зная, или имея основания полагать, что это незаконная копия;

b) обладание в коммерческих целях копией компьютерной программы, зная, или имея основания полагать, что это незаконная копия;

c) любое действие, пускающее в оборот или во владение для коммерческих целей любыми способами с единственным намерением облегчить перемещение или распространение без разрешения любого технического устройства, которое может быть использовано для защиты компьютерной программы.

2. Любая незаконная копия компьютерной программы подлежит изъятию в соответствии с законодательством соответствующего государства-члена». [Директива Ради Європейського співтовариства про правову охорону комп'ютерних програм (91/250/ЄЕС) (Рада ЄЕС, від 14.05.1991). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_065]

176.1.8. Директива Ради 93/98/ЄЕС стосовно уніфікації термінів захисту авторського права і деяких суміжних прав від 29 жовтня 1993 року

(Рада ЄС, від 29.10.1993)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«Стаття 1. Тривалість дії авторських прав

1. Права автора літературного або художнього твору, в межах Статті 2 Бернської Конвенції, повинні діяти протягом періоду життя автора та 70 років після його смерті, незалежно від дати законного сповіщення цих творів для загального відома.

2. У випадку творів спільного авторства строк, який розглядається в пункті 1, повинен визначатися, починаючи від дати смерті останнього автора.

(…)

Стаття 2. Кінематографічні або аудіовізуальні твори

(…)

2. Термін захисту кінематографічного або аудіовізуального твору повинен припинятися через 70 років після смерті останньої з таких осіб, незалежно від того, чи ці особи були визначені як автори, це: головний режисер, автор сценарію, автор п'єси та композитор, який написав музику спеціально для використання її в цьому кінематографічному або аудіовізуальному творі.

Стаття 3. Тривалість дії суміжних прав

1. Права виконавців повинні припинятися через 50 років після дати вистави. Проте, якщо запис вистави був правомірним шляхом опублікований чи законно сповіщений для загального відома протягом цього періоду, права повинні припинити свою дію через 50 років після дати

першої такої публікації або першого такого сповіщення для загального відома, в залежності від того, що з них було здійснено раніше.

2. Права виконавців фонограм повинні припинятися через 50 років після здійснення запису. Проте, якщо фонограма була правомірним шляхом опублікована чи законно сповіщена для загального відома протягом цього періоду, права повинні припинити свою дію через 50 років після дати першої такої публікації або першого такого сповіщення для загального відома, в залежності від того, що з них було здійснено раніше.

3. Права виробників першого запису плівки повинні припинятися через 50 років після здійснення запису. Проте, якщо ця плівка була законно випущена в світ чи законно сповіщена для загального відома протягом цього періоду, права повинні припинити свою дію через 50 років після дати першого такого випуску в світ або першого такого сповіщення для загального відома, залежно від того, що з них було здійснено раніше. Термін «плівка» повинен означати кінематографічний або аудіовізуальний твір або мультиплікаційні образи, незалежно від того, чи вони супроводжуються звуками.

4. Права організацій мовлення повинні припинятися через 50 років після першої трансляції передачі, незалежно від того, чи ця трансляція здійснюється через дротові канали чи повітряні, в тому числі за допомогою супутника або кабельної мережі.

Стаття 4. Захист творів, які раніше не були опубліковані

Будь-яка особа, яка після припинення захисту творів авторським правом вперше законно опубліковує або законно доводиться до загального відома твір, який раніше не опубліковувався, повинна отримати користь від захисту, рівноцінну майновим правам автора. Термін захисту таких прав повинен становити 25 років від дати першої правомірної публікації або законного сповіщення для загального відома.

Стаття 5. Критичні та наукові публікації

Держави-члени можуть забезпечити захист опублікованих творів критичного та наукового характеру, які стали надбанням суспільства. Максимальний термін захисту таких прав повинен становити 30 років від дати першої законної публікації цих творів.

Стаття 6. Захист фотографічних творів

Фотографічні твори, які вважаються оригінальними, у випадку, коли вони становлять собою витвір інтелектуальної діяльності автора, повинні охоронятися у відповідності зі Статтею 1. Жодний інший критерій не повинен застосовуватися при визначенні права на захист. Держави-члени можуть забезпечити захист інших фотографічних творів.

(…)

Стаття 8. Визначення термінів

Терміни, що були встановлені цією Директивою, визначаються, починаючи від першого дня січня року, який слідує за подією, що викликає необхідність їх встановлення.

(…)

Стаття 10. Часовий аспект застосування термінів захисту

1. Якщо термін захисту, що по тривалості перевищує строк, передбачений цією Директивою, вже застосовується в державі-члені на дату, що зазначена в Статті 13(1), ця Директива не повинна викликати скорочення цього терміну захисту в державі-члені.

2. Терміни захисту, передбачені цією Директивою, повинні застосовуватися до всіх творів та робіт, згідно з національними положеннями стосовно авторського права чи суміжних прав, чи тих, що відповідають критеріям охорони за Директивою 92/100/ЄЕС.

3. Ця Директива не повинна зашкоджувати жодному з випадків використання твору до дати, зазначеної в Статті 13(1). Держави-члени повинні затвердити необхідні положення, націлені на захист, зокрема, набутих прав третіх сторін.

4. Держави-члени не повинні застосовувати положення Статті 2(1) до кінематографічних або аудіовізуальних творів, створених до 1 липня 1994 року». [Директива Ради 93/98/ЄЕС стосовно уніфікації термінів захисту авторського права і деяких суміжних прав від 29 жовтня 1993 року (ЄС, від 29.10.1993). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_434]

176.1.9. Конвенція про кіберзлочинність

(Рада Європи, від 23.11.2001)

(ратифіковано Законом від 07.09.2005)

«Стаття 10. Правопорушення, пов'язані з порушенням авторських та суміжних прав

1. Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності відповідно до її внутрішнього законодавства за порушення авторських прав, як це визначено законодавством такої Сторони відповідно до її зобов'язань за Паризьким Актом від 24 липня 1971 р. щодо Бернської Конвенції про захист літературних та художніх творів, Угодою про торгівельні аспекти прав інтелектуальної власності і Угодою ВОІВ про авторське право, за винятком будь-яких моральних прав, які надаються такими Конвенціями, у випадку, коли такі дії вчинені свідомо, у комерційних розмірах і за допомогою комп'ютерних систем.

2. Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності відповідно до її внутрішнього законодавства за порушення суміжних прав, як це визначено законодавством такої Сторони відповідно до її зобов'язань за Міжнародною Конвенцією про захист виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення (Римська конвенція), Угодою про торгівельні аспекти прав інтелектуальної власності і Угодою ВОІВ про виконання і фонограми, за винятком будь-яких моральних прав, які надаються такими Конвенціями, у випадку, коли такі дії вчинені свідомо, у комерційних розмірах і за допомогою комп'ютерних систем.

3. Кожна Сторона може залишити за собою право не встановлювати кримінальну відповідальність відповідно до пунктів 1 і 2 цієї статті у обмежених випадках, за умови існування інших ефективних засобів впливу, і за умови того, що таке застереження не порушує міжнародних зобов'язань Сторони відповідно до міжнародних документів, на які містяться посилання у пунктах 1 і 2 цієї статті». [Конвенція про кіберзлочинність. (Рада Європи, від 23.11.2001). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_575/]

176.1.10. Комітет ООН з економічних, соціальних і культурних прав «Зауваження загального порядку №17 – Право кожного на користування захистом моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з будь-якими науковими, літературними чи художніми працями, автором яких він є (стаття 15)»

(Тридцять четверта сесія – 2005 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«В отличие от прав человека, права интеллектуальной собственности обычно носят временный характер и могут быть аннулированы, лицензированы или переданы кому-либо еще. Если в рамках большинства систем интеллектуальной собственности права интеллектуальной собственности, за исключением зачастую моральных прав, могут быть переданы, ограничены по срокам и сфере применения, проданы, изменены и даже утрачены, то права человека являются неограниченным по времени выражением основных прав человеческой личности. Если право человека на пользование защитой моральных и материальных интересов, возникающих в связи с любыми научными, литературными или художественными трудами, гарантирует личную связь между авторами и их произведениями и между народами, общинами или другими группами и их общим культурным наследием, а также их основные материальные интересы, которые необходимы, чтобы позволить авторам достичь достаточного жизненного уровня, то режимы интеллектуальной собственности главным образом защищают деловые и корпоративные интересы и капиталовложения. Кроме того, пределы защиты моральных и материальных интересов автора, предусмотренных в пункте 1 с) статьи 15 Пакта, необязательно совпадают с тем, что называется правами интеллектуальной собственности в национальном законодательстве или в международных соглашениях.

(…)

7. Комитет считает, что только «автор», под которым понимаются создатели научных, литературных или художественных трудов, каковыми являются, в частности, писатели и художники, будь то мужчина или женщина, физическое лицо или коллектив, может пользоваться за-

щитой по смыслу пункта 1 c) статьи 15. Это следует из слов «каждого», «он» и «автор», свидетельствующих о том, что разработчики этой статьи, по-видимому, считали, что авторами научных, литературных или художественных трудов являются физические лица, не осознавая в то время, что ими могут также являться коллективы. В соответствии с существующими договорными режимами защиты к обладателям прав интеллектуальной собственности также причисляются юридические лица. Однако, как отмечено выше, их права, в силу их иного характера, не защищаются на уровне прав человека.

8. Хотя в пункте 1 c) статьи 15 говорится в основном об индивидуальном создателе («каждого», «он», «автор»), в некоторых обстоятельствах пользоваться правом на защиту моральных и материальных интересов, возникающих в связи с чьими-либо научными, литературными или художественными трудами, могут также группы физических лиц или общины.

9. Комитет считает, что «любые научные, литературные или художественные труды» по смыслу пункта 1 c) статьи 15 означают порождения человеческого ума, как-то: «научные труды», такие, как научные публикации и инновации, включая знания, инновации и практику коренных и местных общин, и «литературные и художественные труды», такие, как, в частности, стихотворения, романы, картины, скульптуры, музыкальные композиции, театральные и кинематографические произведения, представления и устные предания.

(…)

12. Защита «моральных интересов» авторов была одной из главных целей разработчиков пункта 2 статьи 27 Всеобщей декларации прав человека: «Авторы всех художественных, литературных, научных трудов и изобретатели, помимо права на справедливое вознаграждение за свой труд, должны быть наделены моральным правом за свой труд и/или открытие, которое не должно исчезать даже после того, как такой труд или открытие становятся общим достоянием человечества». Их намерение заключалось в том, чтобы провозгласить сугубо личный характер каждого создания человеческого ума, обеспечить надежную связь между создателями и их произведениями.

13. С учетом истории разработки пункта 2 статьи 27 Всеобщей декларации прав человека и пункта 1 c) статьи 15 Пакта Комитет считает, что «моральные интересы» в пункте 1 c) статьи 15 включают в себя право авторов быть признанными в качестве создателей своих научных, литературных и художественных трудов и противодействовать любому извращению, искажению или иному изменению таких трудов, а также любому другому посягательству на них, способному нанести ущерб чести или репутации авторов.

14. Комитет подчеркивает важность признания ценности научных, литературных и художественных трудов как личностного самовыражения их создателя и отмечает, что защита моральных интересов может быть найдена, хотя и в различной степени, в большинстве государств, вне зависимости от их правовой системы».

[Комітет ООН з економічних, соціальних і культурних прав «Зауваження загального порядку №17 – Право кожного на користування захистом моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з будь-якими науковими, літературними чи художніми працями, автором яких він є (стаття 15) (Тридцять четверта сесія – 2005 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

176.1.11. Міжнародна конвенція з охорони нових сортів рослин

(ООН, від 02.12.1961)

(приєднання Законом від 02.08.2006)

«Стаття 14. Обсяг права селекціонера

1) [Дії стосовно розмножувального матеріалу]

a) З урахуванням положень статей 15 та 16, подальші дії стосовно розмножувального матеріалу сорту, що охороняється, потребують дозволу селекціонера:

i) виробництво чи репродукція (розмноження);

ii) доведення до кондицій для розмноження;

iii) пропонування для продажу;

iv) продаж чи будь-яка інша форма збуту;

v) експорт;

vi) імпорт;

vii) зберігання для будь-яких цілей, зазначених вище в підпунктах «i» -«vi».

b) Селекціонер має право обумовлювати надання свого дозволу певними вимогами чи обмеженнями.

2) [Дії стосовно рослинного матеріалу] З урахуванням положень статей 15 й 16, дії, зазначені в підпунктах «i» – «vii», підпункту «a» пункту 1, стосовно рослинного матеріалу, зокрема цілих рослин та частин рослин, отриманого шляхом несанкціонованого використання розмножувального матеріалу сорту, що охороняється, потребують дозволу селекціонера, якщо селекціонер не мав сприятливої можливості скористатися своїм правом стосовно згаданого розмножувального матеріалу.

3) [Дії стосовно деяких продуктів] З урахуванням положень статей 15 й 16, кожна Договірна Сторона може встановити, що дії, зазначені в підпунктах «i» – «vii», підпункті «a» пункту 1, стосовно продуктів, вироблених безпосередньо з рослинного матеріалу сорту, який охороняється та підпадає під дію положень пункту 2, через несанкціоноване використання згаданого рослинного матеріалу, потребують дозволу селекціонера, якщо селекціонер не мав сприятливої можливості скористатися своїм правом стосовно згаданого рослинного матеріалу.

(…)

Стаття 15. Винятки з права селекціонера

1) [Обов'язкові винятки] Право селекціонера не поширюється на:

i) дії, учинені приватно та в некомерційних цілях,

ii) дії, учинені для експериментальних цілей, та

iii) дії, учинені для створення інших сортів, і за винятком тих випадків, коли застосовуються положення пункту 5 статті 14 на дії, указані в пунктах 1–4 статті 14, що вчиняються з такими сортами.

2) [Необов'язковий виняток] Незважаючи на положення статті 14, кожна Договірна Сторона в розумних межах, і за умови збереження законних інтересів селекціонера, може обмежити право селекціонера стосовно будь-якого сорту для надання фермерам можливості використовувати для цілей розмноження, у власних господарствах, рослинний матеріал, який вони отримали шляхом вирощування на власних земельних ділянках сорту, що охороняється, або сорту, на який розповсюджуються положення підпункту «i» підпункту «a» або «ii» пункту 5 статті 14.

(…)

Стаття 17. Обмеження на здійснення права селекціонера

1) [Суспільні інтереси] Якщо ця Конвенція чітко не передбачає іншого, жодна Договірна Сторона не може обмежувати вільне здійснення права селекціонера інакше, як з причини охорони суспільних інтересів.

2) [Справедлива винагорода] Якщо таке обмеження дозволяє третій стороні вчиняти дії, які потребують дозволу селекціонера, відповідна Договірна Сторона повинна вжити всіх необхідних заходів для того, щоб селекціонер міг отримати справедливу винагороду». [Міжнародна конвенція з охорони нових сортів рослин. (ООН, від 02.12.1961). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_856]

176.1.12. Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське прав

(Всесвітня організація інтелектуальної власності, від 20.12.1996)

(приєднання Законом від 20.09.2001)

«Стаття 2. Сфера охорони авторського права

Охорона авторських прав поширюється на форму вираження, а не на ідеї, процеси, методи діяльності або математичні концепції як такі.

(…)

Стаття 7. Право на прокат

(1) Автори

(i) комп'ютерних програм;

(ii) кінематографічних творів; і

(iii) творів, втілених у фонограмах, як визначено національним законодавством Договірних Сторін, користуються виключним правом дозволяти комерційний прокат для публіки оригіналів або примірників своїх творів.

(…)

Стаття 9. Тривалість охорони фотографічних творів

По відношенню до фотографічних творів Договірні Сторони не застосовують положення Статті 7 (4) Бернської конвенції». [Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське прав. (Всесвітня організація інтелектуальної власності, від 20.12.1996). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_770]

176.1.13. Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми

(Всесвітня організація інтелектуальної власності, від 20.12.1996)

(приєднання Законом від 20.09.2001)

«***Стаття 2. Визначення***

Для цілей цього Договору:

(a) «виконавці» – це актори, співаки, музиканти, танцюристи та інші особи, які грають роль, співають, читають, декламують, грають на музичному інструменті, інтерпретують або іншим чином виконують літературні або художні твори, або вираження фольклору;

(b) «фонограма» означає запис звуків виконання або інших звуків, або відтворення звуків, крім звуків у формі запису, включеного до кінематографічного або іншого аудіовізуального твору;

(c) «запис» означає втілення звуків або їх відтворень, яке дозволяє здійснювати їх сприйняття, відтворення або сповіщення за допомогою відповідного пристрою;

(d) «виробник фонограми» означає фізичну або юридичну особу, яка бере на себе ініціативу та несе відповідальність за перший запис звуків виконання або інших звуків, або відтворень звуків;

(e) «опублікування» запису виконання або фонограми означає надання примірників запису виконання або фонограми публіці за згодою власника прав та за умови, що примірники надаються публіці у розумній кількості;

(f) «ефірне мовлення» означає передачу засобами недротового зв'язку звуків або зображень і звуків, або їх відтворень для приймання публікою; така передача через супутник також є «ефірним мовленням»; передача кодованих сигналів є «ефірним мовленням», якщо засоби декодування надаються публіці організацією мовлення або за її згодою;

(g) «сповіщення для загального відома» виконання або фонограми означає передачу для публіки будь-яким способом, крім ефірного мовлення, звуків виконання чи звуків або відтворень звуків, записаних на фонограму. Для цілей Статті 15 «сповіщення для загального відома» включає доведення звуків або «відтворень звуків, записаних на фонограму, до слухового сприйняття публікою.

(…)

Стаття 6. Майнові права виконавців щодо їх незаписаних виконань

Виконавці мають виключне право стосовно своїх виконань дозволяти:

(i) ефірне мовлення і сповіщення для загального відома своїх незаписаних виконань, за винятком випадків, коли виконання уже передавалось в ефір;

(ii) запис своїх незаписаних виконань.

Стаття 7. Право на відтворення

Виконавці користуються виключним правом дозволяти пряме або непряме відтворення своїх виконань, записаних на фонограми, будь-яким способом і в будь-якій формі.

Стаття 8. Право на розповсюдження

(1) Виконавці користуються виключним правом дозволяти доведення до загального відома оригіналу і примірників своїх виконань, записаних на фонограми, шляхом продажу або іншим шляхом передачі права власності.

(2) Ніщо в цьому Договорі не впливає на свободу Договірних Сторін визначати або не визначати умови, на яких вичерпання права, згаданого в пункті (1), застосовується після першого продажу або іншої передачі права власності на оригінал чи примірник записаного виконання з дозволу виконавця.

Стаття 9. Право на прокат

(1) Виконавці користуються виключним правом дозволяти комерційний прокат для публіки оригіналу і примірників своїх виконань, записаних на фонограми, як це визначено національним законодавством Договірних Сторін, навіть після їх розповсюдження, здійсненого виконавцем або за його дозволом». [Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми. (Всесвітня організація інтелектуальної власності, від 20.12.1996). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_769]

176.1.14. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРІПС)

(Світова організація торгівлі, від 15.04.1994)

(приєднання Законом від 10.04.2008)

<u>«Розділ 1: Авторське право та суміжні права</u>

(…)

Стаття 10. Комп'ютерні програми та бази даних

1. Комп'ютерні програми у вихідному або об'єктному коді охороняються подібно до охорони, що надається літературним творам за Бернською конвенцією (1971).

2. Компіляція даних або іншої інформації в електронній чи іншій формі, яка завдяки відбору або упорядкуванню її змісту є результатом інтелектуальної творчої діяльності, охороняється як така. Така охорона не поширюється власне на дані або інформацію і не стосується будь-якого авторського права, яке вже існує на самі дані або інформацію.

(…)

Стаття 12. Строк захисту

Якщо строк захисту твору, крім фотографічного твору або твору прикладного мистецтва, обчислюється на основі, іншій, ніж тривалість життя людини, такий строк повинен бути не меншим 50 років від кінця календарного року дозволеної відповідною особою публікації, або у разі, коли такої дозволеної відповідною особою публікації протягом 50 років від часу створення цього твору не було, – то 50 років від закінчення календарного року створення такого твору.

(…)

<u>Розділ 4: Промислові зразки</u>

Стаття 25. Вимоги щодо охорони

1. Члени повинні забезпечувати охорону незалежно розроблених промислових зразків, які є новими або оригінальними. Члени можуть передбачити, що зразки не є новими або оригінальними, якщо вони не дуже відрізняються від відомих зразків або комбінацій ознак відомих зразків. Члени можуть передбачити, що такий захист не поширюється на зразки через, головним чином, технічні або функціональні міркування.

2. Кожний Член повинен гарантувати, що вимоги щодо забезпечення охорони текстильних зразків, особливо щодо будь-яких витрат, експертизи або публікації, суттєво не зменшать можливості звертатися і отримувати таку охорону. Члени вільні виконувати це зобов'язання через закон про промислові зразки або авторське право.

Стаття 26. Охорона прав

1. Власник промислового зразка, що охороняється, повинен мати право перешкоджати третім сторонам, які не мають дозволу власника на <u>виробництво, продаж або імпорт продукції, яка містить у собі або включає зразок, який є копією або майже скопійований зі зразка, що охороняється, якщо такі дії здійснюються з комерційною метою</u>.

(…)

3. Захист надається на щонайменше 10 років.

<u>Розділ 5: Патенти</u>

Стаття 27. Патентоспроможні об'єкти

1. За положеннями параграфів 2 та 3 патенти видаються для будь-яких винаходів, незалежно від того, чи є вони продуктами або процесами в усіх сферах технології за умови, що вони є нови-

ми, мають винахідницький рівень і є промислово придатними. За параграфом 4 Статті 65, параграфом 8 Статті 70 та параграфом 3 цієї Статті, патенти видаються і патентні права використовуються без будь-якої дискримінації за місцем створення винаходу, сферою технології та незалежно від того, чи є продукція зарубіжного чи вітчизняного виробництва.

(…)

Стаття 28. Права, що надаються

1. Патент повинен надавати його власнику такі виключні права:

(a) коли об'єктом патенту є продукт, – перешкоджати третім сторонам, які не мають дозволу власника, виробляти, використовувати, пропонувати до продажу, продавати або імпортувати для цих цілей зазначений продукт;

(b) коли об'єктом патенту є процес, – перешкоджати третім сторонам, які не мають дозволу власника, використовувати процес або: використовувати, пропонувати на продаж, продавати або імпортувати для цих цілей принаймні продукт, який було безпосередньо отримано шляхом цього процесу.

(…)

Стаття 33. Строк дії охорони

Строк дії охорони не повинен закінчуватися до закінчення двадцятирічного періоду від дати подання заявки.

(…)

Розділ 6: Компонування (топографії) інтегральних мікросхем

Стаття 35. Відношення до Угоди ІПІЦ

Члени домовляються забезпечувати охорону компонувань (топографії) інтегральних мікросхем (далі в цій Угоді – «топографії») відповідно до Статей 2–7 (окрім параграфа 3 Статті 6), Статті 12 та параграфа 3 Статті 16 «Угоди про інтелектуальну власність стосовно інтегральних мікросхем» і, крім того, дотримуватися наступних положень.

Стаття 36. Обсяг охорони

За положеннями параграфа 1 Статті 37 Члени повинні вважати незаконними такі дії, якщо вони здійснюються без дозволу власника прав: імпортування, продаж або розповсюдження в інший спосіб з комерційною метою інтегральних мікросхем, топографіям яких надано охорону, інтегральних мікросхем, складовою частиною яких є інтегральні мікросхеми, топографіям яких надано охорону, або вироби, які містять таку інтегральну мікросхему, лише доти, поки в ній містяться незаконно вироблені інтегральні мікросхеми.

Стаття 37. Дії, що не потребують дозволу власника прав

1. Незважаючи на Статтю 36, жоден з Членів не повинен вважати незаконним здійснення будь-яких дій, про які йдеться у цій Статті щодо інтегральних мікросхем, складовою частиною яких є незаконно відтворена топографія, або щодо будь-якого продукту, що містить таку інтегральну мікросхему, якщо особа, що виконує або організує такі дії, не знала або не мала розумних підстав, щоб знати, купуючи інтегральну мікросхему або продукт, що містить таку інтегральну мікросхему, що він включає незаконно відтворену топографію. Члени повинні забезпечити, що після того, як особа отримала належне повідомлення про те, що топографію було відтворено незаконно, ця особа може виконувати будь-яку з дій стосовно запасу продукції, який вона має у своєму розпорядженні або який вона замовила до цього моменту, але на неї накладається зобов'язання виплатити власнику прав суму, еквівалентну прийнятній винагороді, яка сплачувалася б за вільно домовленою ліцензією стосовно такої топографії.

(…)

Частина III. Захист прав інтелектуальної власності

Розділ 1: Загальні зобов'язання

Стаття 41

1. Члени повинні гарантувати, що процедури щодо захисту прав інтелектуальної власності, як визначено в цій Частині, передбачаються їхнім законодавством з тим, щоб дозволити ефективні заходи проти будь-якої дії, що порушує права інтелектуальної власності, яка підлягає під цю Угоду, включаючи термінові заходи, спрямовані на запобігання порушень та заходи, що стримують

від подальших порушень. Ці процедури повинні застосовуватися таким чином, щоб уникнути створення бар'єрів для законної торгівлі та забезпечити гарантії проти їх зловживань.

(…)

Розділ 5: Кримінальні процедури

Стаття 61

Члени повинні забезпечити застосування кримінальних процедур та штрафів принаймні у випадках навмисної фальсифікації товарного знака або з порушенням авторських прав у комерційних масштабах. Заходи покарання повинні включати ув'язнення та/або грошові штрафи, достатні для того, щоб служити засобом стримування відповідно до рівня покарання, який застосовується у випадках злочинів відповідної тяжкості. У відповідних випадках заходи покарання повинні також включати накладення арешту, конфіскацію та знищення товарів, що порушують право, та будь-яких матеріалів або обладнання, які значною мірою були використані при вчиненні порушення. Члени можуть передбачити застосування кримінальних процедур та покарання і в інших випадках порушення прав інтелектуальної власності, особливо коли вони вчинені навмисно та в комерційних масштабах». [Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРІПС) (Світова організація торгівлі, від 15.04.1994). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо охорони авторських та суміжних прав

176.3.1. Справа «Volkov and Adamskiy v. Russia»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
(неофіційний авторський переклад)

«40. Звертаючись до фактів цієї справи, Суд зауважує, що, подібно до заявника у справі Кузьміцької, пан Волков та пан Адамський займалися законною діловою діяльністю. Вони публічно рекламували свої комп'ютерні ремонтні послуги, надаючи свої відповідні телефонні номери. Тим самим вони зверталися до клієнтів, які потребують комп'ютерного ремонту, і пропонували свої технічні знання широкій громадськості.

41. Тим часом міліція отримала звинувачувальну інформацію щодо заявників і вирішила її перевірити. Співробітники міліції зателефонували заявникам у відповідних датах і просили встановити деякі комп'ютерні програми. Заявники не подавали скаргу до національних судів про те, що працівники міліції спеціально звернулися за неліцензійним програмним забезпеченням або що вони під час спілкування чинили тиск на заявників або намагалися підбурювати до вчинення неправомірних дій. Крім того, із записів телефонних розмов між заявниками та працівниками міліції в ході ремонту комп'ютерів ясно, що заявники за власною ініціативою без незаконного підбурювання таємних агентів надали неліцензійне програмне забезпечення для встановлення.

42. Таким чином, Суд вважає, що дії поліцейських були, як правило, звичайними замовленнями послуг, які, як правило, здійснюють клієнти у відповідь на рекламні оголошення онлайн або в газетах про надання послуг. Дії міліції не виходять за межі звичайної поведінки, яка зазвичай очікується від клієнтів у процесі законної комерційної діяльності. Заявники повинні були правильно реагувати на такі замовлення послуг та встановлювати ліцензійне програмне забезпечення.

43. Однак пан Волков заявив у суді, що він придбав компакт-диски з підробленим програмним забезпеченням тільки після того, як надійшло замовлення на їх установку. Пан Адамський визнав, що незабаром після замовлення він завантажив підроблені копії необхідних програм із Інтернету. Обидва заявники негайно знайшли неліцензійне програмне забезпечення та встановили його на комп'ютерах V та M на наступний день. Жоден із заявників не зазначив у національному провадженні, що V та M спеціально просили встановити саме неліцензійне програмне забезпечення. Крім того, пан Адамський також стверджував, що він діяв неправомірно, тому що у нього тоді була потреба в грошах. Однак нічого в матеріалах справи не свідчить про те, що міліція знала про фінансове становище пана Адамського та використовувала його для підбурювання до вчинення злочину.

44. Отже ця справа відрізняється від інших російських справ про підбурювання, оскільки тут власна умисна поведінка заявників, а не дії міліції, стали визначальним чинником при вчиненні злочинів. Пан Волков і пан Адамський, як видається, показали наявні злочинні наміри і вчинили кримінальні правопорушення без активного втручання з боку міліції.

45. (…) Діяльність поліції у цій справі, здається, не була незаконною чи свавільною, оскільки враховувала їх зобов'язання перевіряти кримінальні скарги, тоді як заявники вільно обрали власну незаконну поведінку.

46. Із цього випливає, що скарга є явно необґрунтованою і повинна бути відхилена відповідно до пунктів 3 (a) та 35 статті 35 Конвенції». [Volkov and Adamskiy v. Russia. (7614/09 and 30863/10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–152988]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 176–177 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

176.4.1. Обов'язковою ознакою складів злочинів, передбачених статтями 176 і 177 КК України є час вчинення діяння, а саме термін дії авторського права.

Директива Ради 93/98/ЄЕС встановила (уніфікувала) терміни захисту авторського права і деяких суміжних прав. Щодо фотографічних творів Договірні Сторони не застосовують положення ст. 7 (4) Бернської конвенції. Термін охорони фотографічних творів визначається законодавством кожної країни-учасниці і може в окремих країнах бути меншим за 25 років. Строки дії авторського права встановлені ст. 28 Закону України від 23.12.1993 р. «Про авторське право і суміжні права».

(Див.: 176.1.8; 176.1.12; 176.1.14)

176.4.2. До предмета злочину (ст. 176 КК України) належать комп'ютерні програми, які охороняються як літературні твори в розумінні ст. 2 Бернської конвенції. Така охорона застосовується до комп'ютерних програм у вихідному або об'єктному коді включно з підготовчим матеріалом та оформленням незалежно від способу або форми їх вираження, наприклад в паперовій формі).

(Див.: 176.1.7; 176.1.12: 176.1.14)

176.4.3. До предмета злочину (ст. 176 КК України) належать бази даних в будь-якій формі, які за підбором і розміщенням змісту є результатом інтелектуальної творчості. Така охорона не розповсюджується на самі дані і не обмежує будь-яке авторське право, яке належить до самих даних або інформації, що містяться в базі даних.

(Див.: 176.1.12)

176.4.4. До предмета злочину (ст.176 КК України) належать фотографічні твори.

Хоча у п. 10 ст. 8 Закону України від 23.12.1993 р. «Про авторське право і суміжні права» фотографічні твори зазначені як окремий об'єкт авторського права, у диспозиції ч. 1 ст. 176 КК України вони відсутні у переліку предметів цього злочину.

Однак, згідно зі ст. 2 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів фотографічні твори, до яких прирівнюються твори, виражені способом, аналогічним фотографії, охоплюються терміном «Літературні і художні твори». Таким чином, в розумінні предмета цього злочину фотографічні твори охоплюються поняттям «твори мистецтва», на які вказано у диспозиції ч. 2 ст. 176 КК України.

(Див.: 176.1.5)

176.4.5. До предмета злочину (ст. 176 КК України) належать фонограми – запис звуків виконання або інших звуків, або відтворення звуків, крім звуків у формі запису, включеного до кінематографічного або іншого аудіовізуального твору.

(Див.: 176.1.13)

176.4.6. Відповідальність за ст. 176 КК України настає незалежно від того, хто був ініціатором збуту предметів авторського (суміжного) права – особа, яка збуває чи яка придбає відповідні предмети.

(Див.: 176.3.1)

176.4.7. До предмета злочину (ст. 176 КК України) не належать відеограми і програми мовлення, що є повідомленнями про новини дня або мають характер простої прес-інформації.
(Див.: 176.1.5 – ст. 2(8))
176.4.8. Формою незаконного розповсюдження творів науки, літератури і мистецтва (ст. 176 КК України) визнається, зокрема, незаконний переклад вказаних творів без дозволу правовласника.
(Див.: 176.1.5 – ст. 8)

176.4.9. Формою незаконного відтворення виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення (ст. 176 КК України) визнається їх будь-який звуковий або візуальний запис дії без дозволу правовласника.
(Див.: 176.1.5 – ст. 9(3))

176.4.10. Формою незаконного розповсюдження комп'ютерних програм і баз даних (ст. 176 КК України) виступають дії без дозволу правовласника: поширення копії комп'ютерної програми в обіг або у володіння для комерційних цілей.
(Див.: 176.1.7 – ст. 6–7)

176.4.11. Формою незаконного розповсюдження комп'ютерних програм, фонограм та відеограм (ст.176 КК України) може бути комерційний прокат без дозволу правовласника. Хоча слід зауважити, що в нормах міжнародних договорів розповсюдження і прокат об'єктів авторського права розрізняються як самостійні форми порушення авторських і суміжних прав.
(Див.: 176.1.12 – ст.7; 176.1.13 – ст.9)

176.4.12. Формою незаконного використання промислового зразка (ст.177 КК України) визнаються дії без дозволу правовласника: виробництво, продаж або імпорт продукції, яка містить у собі або включає зразок, який є копією або майже скопійований зі зразка, що охороняється, якщо такі дії здійснюються з комерційною метою.
(Див.: 176.1.14 – ст. 26)

176.4.13. Формою незаконного використання винаходу (ст. 177 КК України) визнаються дії без дозволу правовласника: виробництво, та (або) продаж продукту чи процесу в усіх сферах технології, які є новими і мають винахідницький рівень, що підтверджено відповідним патентом (патентами).
(Див.: 176.1.14 – ст. 28)

176.4.14. Формою незаконного використання топографії інтегральної мікросхеми (ст. 177 КК України) визнаються дії без дозволу правовласника: імпортування, продаж або розповсюдження в інший спосіб із комерційною метою інтегральних мікросхем, топографіям яких надано охорону, інтегральних мікросхем, складовою частиною яких є інтегральні мікросхеми, топографіям яких надано охорону, або виробів, які містять таку інтегральну мікросхему.
(Див.: 176.1.14 – ст. 28)

176.4.15. Не визнається порушенням авторського права (ст. 176 КК України) використання без дозволу правовласника цитат із твору, який правомірно зроблено доступним для загального відома, за умови дотримання добрих звичаїв і в обсязі, виправданому поставленою метою, включаючи цитування статей із газет і журналів у формі оглядів преси, за умови, що зазначається джерело й ім'я автора, якщо воно позначено на цьому джерелі.
(Див.: 176.1.5 – ст. 10)

176.4.16. Формами незаконного використання сорту рослин (ст. 177 КК України) визнаються дії без дозволу правовласника, а саме: виробництво чи репродукція (розмноження) сорту рослин (за винятком, коли це має за мету проведення експериментів, у т.ч. для створення інших сортів); продаж чи будь-яка інша форма збуту сорту рослин.
(Див.: 176.1.11)

176.4.17. Суб'єктивна сторона злочинів (статті 176 і 177 КК України) характеризується прямим умислом: особа усвідомлює суспільну небезпечність використання, відтворення, розповсюдження чи інших дій щодо предмета авторських (суміжних) прав без дозволу правовласника, передбачає і бажає отримання неправомірної вигоди і завдання тим самим матеріальної шкоди правовласнику. За відсутності усвідомлення порушення відповідними діями авторських чи суміжних прав настає цивільна відповідальність.
(Див.: 176.1.14 – ст. 37)

176.4.18. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, в яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність», має здійснюватися з врахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість за необхідності за належної правової допомоги передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підп. 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

176.4.19. У випадках, коли права і свободи людини обмежуються органами держави чи від її імені, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону вказаних прав, своєчасне і повне розслідування випадків їх порушень приватними особами, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

(Див: 04.13)

176.4.20. Злочини проти авторських та суміжних справ слід відмежовувати від адміністративних правопорушень (статті 51^2, 164^9, 164^{17}, 164^{18}, 212^6 КпАП). Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» у розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але за певних обставин також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (унаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за вказаними статями КпАП, а потім за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за ст. 176 чи ст. 177 КК України, існує імовірність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 178. Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків

Пошкодження чи зруйнування релігійної споруди або культового будинку –

карається штрафом до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від шістдесяти до двохсот сорока годин, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

(Стаття 178 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 179. Незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь

Незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь –

караються штрафом до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від шістдесяти до двохсот сорока годин, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

(Стаття 179 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 180. Перешкоджання здійсненню релігійного обряду

1. Незаконне перешкоджання здійсненню релігійного обряду, що зірвало або поставило під загрозу зриву релігійний обряд, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста двадцяти до двохсот сорока годин, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Примушування священнослужителя шляхом фізичного або психічного насильства до проведення релігійного обряду –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців.

(Стаття 180 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 181. Посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів

1. Організація або керівництво групою, діяльність якої здійснюється під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів і поєднана із заподіянням шкоди здоров'ю людей або статевою розпустою, –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, поєднані із втягуванням в діяльність групи неповнолітніх, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

§1. Норми міжнародного права

щодо захисту свободи віросповідання та культових споруд

178.1.1. Загальна декларація прав людини

(ООН, від 10.12.1948)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Статья 18***

Каждый человек имеет право на свободу мысли, совести и религии; это право включает свободу менять свою религию или убеждения и свободу исповедовать свою религию или убеждения как единолично, так и сообща с другими, публичным или частным порядком в учении, богослужении и выполнении религиозных и ритуальных порядков». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

178.1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«***Стаття 9. Свобода думки, совісті і релігії***

1. Кожен має право на свободу думки, совісті та релігії; це право включає свободу змінювати свою релігію або переконання, а також свободу сповідувати свою релігію або переконання під час богослужіння, навчання, виконання та дотримання релігійної практики і ритуальних обрядів як одноособово, так і спільно з іншими, як прилюдно, так і приватно.

2. Свобода сповідувати свою релігію або переконання підлягає лише таким обмеженням, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах громадської безпеки, для охорони публічного порядку, здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

178.1.3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права

(ООН, від 16.12.1966).

(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)

*«**Стаття 18***

1. Кожна людина має право на свободу думки, совісті і релігії. Це право включає свободу мати чи приймати релігію або переконання на свій вибір і свободу сповідувати свою релігію та пере-

конання як одноосібно, так і спільно з іншими, публічно чи приватно, у відправленні культу, виконанні релігійних і ритуальних обрядів та вчень.

2. Ніхто не повинен зазнавати примусу, що принижує його свободу мати чи приймати релігію або переконання на свій вибір.

3. Свобода сповідувати релігію або переконання підлягає лише обмеженням, які встановлено законом і які є необхідними для охорони суспільної безпеки, порядку, здоров'я і моралі, так само як і основних прав та свобод інших осіб.

4. Держави, які беруть участь у цьому Пакті, зобов'язуються поважати свободу батьків і у відповідних випадках законних опікунів забезпечувати релігійне і моральне виховання своїх дітей відповідно до своїх власних переконань». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

178.1.4. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 22 (стаття 18)»
(ООН, від 20.07.1993)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«2. Статья 18 защищает теистические, нетеистические и атеистические убеждения, а также право не исповедовать никакой религии или убеждений.

Понятия «убеждения» и «религия» следует толковать широко. Применение положении статьи 18 не ограничивается традиционными религиями или религиями и убеждениями, которые по своим организационным формам или практике аналогичны традиционным религиям.

(…)

4. Свобода исповедовать религию или убеждения может осуществляться «как единолично, так и сообща с другими, публичным или частным порядком». Свобода исповедовать религию или убеждения при отправлении культа, выполнении религиозных или ритуальных обрядов и учении охватывает весьма широкую сферу действий. Понятие «отправление культа» включает ритуалы и церемонии, в которых вера проявляет себя непосредственно, а также различные, присущие им действия, включая строительство мест отправления культа, использование ритуальных формул и предметов, демонстрацию символов и соблюдение праздников и дней отдыха. Соблюдение и исповедование религии или убеждений могут заключаться не только в осуществлении церемоний, но и в следовании таким обычаям, как соблюдение предписанных ограничений в рационе питания, ношение отличительной одежды или головных уборов, участие в ритуальных обрядах, связанных с определенными этапами жизни, и использование особого языка, с помощью которого обычно общаются принадлежащие к соответствующей общине лица. Кроме того, практика и учение, связанные с той или иной религией или убеждениями, включают осуществление таких мероприятии, неразрывно связанных с ведением религиозными группами своей основной деятельности, как, например, свободное назначение религиозных руководителей, священнослужителей и проповедников, свободное создание семинарий или религиозных школ и свободное составление и распространение религиозных текстов или публикаций.

(…)

7. В соответствии со статей 20 никакое исповедование религии или убеждений не должно превращаться в пропаганду войны или выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 22 (стаття 18)» (ООН, від 20.07.1993). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

178.1.5. Рамкова конвенція про захист національних меншин
(Рада Європи, від 01.02.1995)
(ратифіковано Законом від 09.12.97)
«Стаття 8

Сторони зобов'язуються визнати за кожною особою, яка належить до національної меншини, право сповідувати свою релігію або переконання і створювати релігійні установи, організації та

асоціації». [Рамкова конвенція про захист національних меншин. (Рада Європи, від 01.02.1995). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_055]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо захисту свободи віросповідання та культових споруд

178.2.1. Справа «Kokkinakis v. Greece»

«31. Як зафіксовано в статті 9 Конвенції, свобода думки, совісті та релігії є однією з основ «демократичного суспільства» в значенні Конвенції. Саме в релігійному вимірі це один з найважливіших елементів, що становлять ідентичність віруючих та їхню концепцію життя, але це також є цінним багатством для атеїстів, агностиків, скептиків і повністю байдужих до цього питання. Від цього залежить плюралізм, який не можна відділити від демократичного суспільства, яке так важко утверджувалося протягом століть.

Хоча релігійна свобода в першу чергу є справою індивідуальної совісті, це також передбачає, зокрема, свободу «проявляти [свою] релігію». Свідчення в словах та вчинках пов'язане з існуванням релігійних переконань». [Kokkinakis v. Greece (14307/88). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57827] (Неофіційний авторський переклад).

178.2.2. Справа «Serif v. Greece»

«49. (…) в демократичному суспільстві може виникнути потреба у встановленні обмеження на свободу віросповідання, щоб примирити інтереси різних релігійних груп. Проте будь-яке таке обмеження має відповідати нагальній суспільній потребі і має бути пропорційним легітимній меті». [Serif v. Greece (38178/97). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58518] (Неофіційний авторський переклад).

178.2.3. Справа «Kalaç v. Turkey»

«27. Хоча релігійна свобода належить перш за все до «глибини душі», вона включає, крім того, свободу віросповідання релігії спільно з іншими, публічним порядком або в гуртках тих, хто розділяє віру: можна також нею користуватися індивідуально, приватним порядком. Стаття 9 Конвенції перераховує різні форми, які може прийняти сповідування релігії або переконань, наприклад, публічним або приватним порядком у богослужінні, ученні, виконанні релігійних і культових обрядів. Проте вона не захищає будь-яку дію, що мотивована релігією або переконаннями». [Kalaç v. Turkey (20704/92). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58042] (Неофіційний авторський переклад).

178.2.4. Справа «Otto-Preminger-Institut v. Austria»

«47. (…) У тих, хто відкрито висловлює свою релігійну віру, незалежно від приналежності до релігійного більшості чи меншості, немає розумних підстав очікувати, що вони залишаться поза критикою. Вони повинні проявляти терпимість і миритися з тим, що інші заперечують їх релігійні переконання і навіть поширюють вчення, ворожі їх вірі. Однак способи критики або заперечення релігійних вчень і переконань можуть спричинити за собою відповідальність Держави, якщо вона не забезпечує спокійного користування правом, гарантованим статтею 9 Конвенції, всім, хто дотримується цих вчень і переконань. В екстремальних ситуаціях результат критики або заперечення релігійних переконань може бути таким, що стане на заваді свободи дотримуватися або висловлювати такі переконання.

(…) Суд постановив у контексті статті 9, що держава може легітимно вважати за необхідне вживати заходів, спрямованих на придушення певних форм поведінки, включаючи передачу інформації та ідей, які вважаються несумісними з повагою до свободи думки, совісті та релігії інших людей. Повагу релігійних почуттів віруючих, гарантованих статтею 9 Конвенції, можна законно вважати порушеними провокаційними зображеннями об'єктів релігійного шанування; і такі зображення можуть розглядатися як злісне порушення духу толерантності, яке також має бути ознакою демократичного суспільства». [Otto-Preminger-Institut v. Austria (13470/87). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57897] (Неофіційний авторський переклад).

178.2.5. Справа «Manoussakis and Others v. Greece»

«40. (…) Суд визнає, що Держави мають право перевіряти, чи здійснює який-небудь рух або асоціація під виглядом переслідування своїх релігійних цілей згубну для населення діяльність». [Manoussakis and Others v. Greece (18748/91). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58071] (Неофіційний авторський переклад).

178.2.6. Справа «Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey»

«90. Для цілей цієї справи Європейський суд також відзначив своє прецедентне право щодо місця релігії в демократичному суспільстві і демократичній державі. Він нагадав, що, як це гарантовано статтею 9 Конвенції, свобода думки, совісті і релігії є однією з основ «демократичного суспільства» за змістом Конвенції. Це, в її релігійному вимірі, один з основних життєво важливих елементів, які становлять відмінну рису віруючих і їх уявлення про життя, а й також цінною властивістю для атеїстів, агностиків, скептиків і незацікавлених. Плюралізм невіддільний від демократичного суспільства, яке багато віддавало століттями, він залежить від нього. Ця свобода обумовлює, inter alia, свободу на те, щоб дотримуватися релігійних переконань або не дотримуватися їх і сповідувати релігію або не сповідувати.

91. Більше того, в демократичних суспільствах, у яких співіснують кілька релігій у рамках одного і того ж населення, може бути необхідно накладення обмеження на цю свободу, для того щоб узгодити інтереси різних груп і забезпечити те, що вірування кожного дотримуються. Європейський суд неодноразово підкреслював роль держави як нейтрального та неупередженого організатора здійснення різних релігій, віросповідань і вірувань і заявляв, що в демократичній державі ця роль є умовою громадського порядку, релігійної гармонії і терпимості. Європейський суд також встановлював, що обов'язок нейтралітету держави і його неупередженість є несумісною з будь-яким повноваженням держави за оцінкою законності релігійних переконань і що це вимагає від держави забезпечення взаємної терпимості між ворожими групами.

92. Прецедентне право Європейського суду підтверджує цю функцію держави. Європейський суд встановив, що в демократичному суспільстві держава може обмежити прояв релігії, наприклад, носіння мусульманських національних головних уборів, якщо здійснення цієї свободи суперечить меті захисту прав і свобод інших осіб.

Оскільки свобода релігії є в першу чергу питанням індивідуальної свідомості, вона також передбачає свободу сповідувати свою релігію індивідуально і приватним порядком або спільно з іншими особами, публічно і в рамках того кола осіб, чия віра збігається. Стаття 9 Конвенції перераховує ряд форм, які може приймати прояв релігії або віри, а саме богослужіння, навчання, відправлення релігійних і культових обрядів. Проте вона не захищає кожну дію, яка мотивована або перебуває під впливом релігії або переконань.

Зобов'язання священнослужителя на дотримання стандартного робочого дня, який, за його твердженнями, стикається з його присутністю на молитвах, може бути сумісним зі свободою на релігію, так само як і вимога від мотоцикліста на носіння захисного шолома, що, на його думку, є несумісним з його релігійними зобов'язаннями.

(…)

94. Для того щоб виконувати свою роль нейтрального і неупередженого організатора використання релігійних переконань, держава може накласти певні зобов'язання на своїх державних службовців або на майбутніх державних службовців, яким буде запропоновано зобов'язання утримуватися від участі в ісламському фундаменталістському русі, метою і планом яких є надання переваги релігійним нормам». (Неофіційний авторський переклад). [Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey (41340/98, 41342/98, 41343/98 et al.). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–60936]

178.2.7. Справа «Karaahmed v. Bulgaria»

«92. Усі права захищені Конвенцією: право на свободу вираження поглядів та свободу мирних зібрань відповідно до статей 10 і 11, право на свободу віросповідання згідно зі статтею 9. Немає жодних абсолютних прав: усі три статті передбачають, що здійснення прав може бути обмеженим, зокрема, для захисту прав інших осіб. Конвенція не встановлює жодної апріорної ієрархії між

цими правами: в принципі, вони заслуговують на рівну повагу. Тому вони повинні бути збалансованими одне з іншим таким чином, щоб визнати важливість цих прав у суспільстві, що базується на плюралізмі, толерантності та широкій свідомості. Ось три такі принципи.

93. По-перше, держава повинна захистити, наскільки це можливо, обидва комплекси прав. Цей обов'язок однаково застосовується, коли дії, які можуть порушувати одне з двох прав, здійснюються приватними особами.

94. По-друге, щоб це зробити, держава повинна забезпечити створення правової основи для захисту цих прав від третіх осіб та прийняття ефективних заходів для забезпечення їх дотримання на практиці.

95. По-третє, як завжди, коли Договірна Держава прагне захищати дві ціннісні гарантії, що є гарантованими Конвенцією, і які можуть суперечити одна одній, при здійсненні своїх європейських наглядових функцій завдання Суду полягає в тому, щоб перевірити, чи забезпечує влада справедливий баланс між цими двома цінностями. При цьому Суд не повинен діяти з упередженням. Також він не повинен просто нав'язати свою точку зору національним органам, які в будь-якій конкретній ситуації мають набагато кращі можливості для оцінки належного балансу і як найкраще його досягти.

96. Це особливо правильно, коли саме поліція повинна на практиці забезпечити такий баланс. Як неодноразово вказував Суд, слід належним чином враховувати труднощі, що виникають у поліції сучасних суспільств». (Неофіційний авторський переклад). [Karaahmed v. Bulgaria (30587/13). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–152382]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо захисту свободи віросповідання та культових споруд

178.3.1. Справа «Karaahmed v. Bulgaria»
Фактичні обставини:

Справа стосується інциденту, який відбувся 20 травня 2011 року в мечеті Banya Bashi в центрі Софії, в якому керівники, члени і прихильники болгарської політичної партії Ataka конфліктували з мусульманськими віруючими, присутніми навколо мечеті для регулярної п'ятничної молитви.

У п'ятницю 20 травня 2011 року близько полудня заявник відправився в мечеть Софії для регулярних п'ятничних молитов. Того ж дня близько 150 лідерів та прихильників правої політичної партії виступили з протестом проти шуму, який виникає від гучномовців у мечеті під час закликів до молитви. Партія повідомила владу за день до свого наміченого мітингу і на місце події було направлено певну кількість офіцерів поліції. Демонстранти, переважно одягнені в чорний колір, кричали образи мусульманським віруючим і кидали яйця та каміння. Між групою демонстрантів та віруючими виникла сутичка, коли демонстрантами було встановлено на даху мечеті власні гучномовці щоб покрити звуки молитов, а віруючі намагалися їх зняти. Кілька поліцейських намагалися відокремити конфліктуючи сторони. Інші офіцери намагалися відтіснити решту демонстрантів з району, де молилися віруючі. Кілька осіб отримали травми. Інцидент закінчився приблизно о 16 годині, коли демонстранти покинули район мечеті. Ніяких обвинувачень не було зроблено.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«59. Заявник скаржився, що події в мечеті Banya Bashi 20 травня 2011 року та реакція національних органів влади на ці події становили порушення статті 3 та статті 9 Конвенції, в кожному випадку окремо взяті або в поєднанні зі ст. 14.

(…)

78. Заявник також скаржився на те, що нездатність національних органів належним чином захистити його від демонстрантів та належним чином провести розслідування цього інциденту являє собою порушення його прав згідно зі статтею 9 Конвенції.

(…)

91. В основі цієї справи лежить здійснення двох наборів конкуруючих основних прав: право Ataka та її прихильників на свободу вираження поглядів та мирних зібрань, а також право заяв-

ника та інших віруючих мечеті Banya Bashi молитися мирним шляхом у спільноті без зайвого втручання.

(…)

103. (…) віруючі зібралися на свої щотижневі молитви. Їх метою в цей день було не спілкуватися з демонстрантами, а молитися згідно з їхньою звичайною практикою, як і в минулі п'ятничні молитви. Навіть після того, як демонстранти почали закидати їх яйцями та камінням, віруючі продовжували намагатися молитися, отже, поважаючи заклик їх імама не відповідати на провокацію.

104. У зв'язку з цим поліція, яка охороняла мечеть у цей день, повинна у своїх діях поважати здійснення прав кожної з цих двох груп і надалі забезпечувати, щоб кожна група поважала права та свободи іншої. (…)

105. Навіть з урахуванням широкої свободи розсуду, якою вони користуються в таких оперативних питаннях, із відеозаписів легко видно, що поліція не змогла забезпечити, щоб належна повага до цих прав була дотримана, або навіть серйозно розглянути питання про те, як таку повагу можна було б досягти. (…)

106. Як би там не було, близькість демонстрантів до мечеті, з такою кількістю поліцейських між ними та шанувальниками, дозволила демонстрантам забратися на дах мечеті. На цьому місці кілька сотень демонстрантів та віруючих відділяли не більше десятка поліцейських, які формували імпровізований і помітно недостатній кордон. (…)

107. Підсумовуючи дії поліції в той день, велика кількість демонстрантів зуміли опинитися на відстані дотичної межі мечеті Banya Bashi, кричати образи віруючим, робити загрозливі та провокаційні жести, а також, у кінцевому підсумку, отримати доступ до мечеті. Вони користувалися практично необмеженим правом протестувати того дня, а заявник та інші шанувальники повністю втратили можливість молитися. Зрозуміло, що дії поліції були спрямовані просто на обмеження насильства і не було досягнуто відповідного балансу в забезпеченні поваги ефективного здійснення прав демонстрантів та віруючих.

108. Отже, враховуючи те, що заявник разом зі своїми однодумцями був жертвою порушення свободи богослужіння своєї релігії, і що це було наслідком дій демонстрантів, владі довелося ефективно реагувати на ці дії.

(…)

110. Суд визнає, що своєчасне притягнення до кримінальної відповідальності, що передбачено Кримінальним кодексом Болгарії, було б належною правовою базою для захисту прав заявника та його співвітчизників від їх порушення демонстрантами. Також правда, що поліцейське розслідування подій у мечеті призвело до того, що сім осіб були пред'явлені обвинуваченням у вчиненні хуліганства за статтею 325 Кримінального кодексу Болгарії. Проте це розслідування, як видається, було спрямоване лише на фізичні акти насильства. Натомість розслідування втручання в релігійні права заявника та інших віруючих ще не завершене майже через чотири роки після подій. (…) Суд наголошує, що уряд, хоча зазначив, що не можна притягнути до відповідальності членів болгарських та європейських парламентів без позбавлення їх імунітету, не вказав, що такий імунітет є причино того, що їх допитали. Із цих причин розслідування не можна вважати ефективною реакцією на події в мечеті Banya Bashi 20 травня 2011 року.

111. Загалом, нездатність національних органів влади досягти належного балансу в тих кроках, які вони вживали для забезпечення ефективного і мирного здійснення прав демонстрації, а також забезпечення прав віруючих, а також їх наступна неспроможність належним чином реагувати на ці події означає, що держава не виконала своїх позитивних зобов'язань за статтею 9 Конвенції. Отже, було порушення цієї статті». [Karaahmed v. Bulgaria (30587/13). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–152382]

178.3.2. Справа «Krupko and Others v. Russia»

Фактичні обставини:

На початку 2006 року Заявник Крупко, діючи від імені Управлінського центру Свідків Єгови, уклав договір оренди з Академією сільського господарства для проведення двічі на тиждень

в актовому залі академії релігійних зустрічей. На час настання розглянутих в цій справі подій зустрічі проводилися в актовому залі вже близько десяти тижнів. 12 квітня 2006 року після заходу сонця приблизно о 20:00 повинна була початися найбільш урочиста і знаменна для Свідків Єгови, їх сімей та прихильників релігійна зустріч, відома як щорічне святкування Вечері спогади. На богослужіння зібралося близько чотирьох сотень чоловік, в тому числі чотири заявники.

Однак до будівлі, в якій проходило богослужіння, у великій кількості прибули співробітники міліції на чолі з начальником ОВС району «Любліно». Будівля була оточена міліцією, яка використовувала свій озброєний загін міліції особливого призначення (ОМОН), десять міліцейських автобусів і два мікроавтобуси. На місці також знаходилися десятки інших співробітників у форменому одязі. Начальник ОВС піднявся на сцену, підійшов до мікрофона і оголосив, що збори є незаконним і що присутні повинні розійтися. Присутні підкорилися цій вимозі. Заявників доставили в ОВД району «Любліно», де їх помістили в кімнату для затриманих, а також всіх сфотографували. У них було вилучено документи, що засвідчують особу. Їх юристу, С., не було дозволено побачитися з ними у відділенні міліції.

Заявники були відпущені трохи пізніше опівночі. Наступного дня більше двадцяти інформаційних агентств, у тому числі федеральний телеканал, повідомили про зрив богослужіння і затримання заявників.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«42. Заявники стверджували, що дострокове припинення їх релігійної зустрічі внаслідок прибуття співробітників міліції становить порушення статей 5, 8, 9, 10 і 11 Європейської конвенції, що розглядаються окремо і в сукупності зі статтею 14 Європейської конвенції. Європейський суд нагадує, що в разі, якщо збори мають головним чином релігійний характер, як це було в цій справі, де заявники зібралися на богослужіння, скарга про зрив зборів повинна бути розглянута в контексті статті 9 Європейської конвенції, взятої окремо.

43. По-перше, Уряд стверджував, що богослужіння, в якому брало участь багато людей, як це і було в дійсності, створювало шум і порушувало громадський порядок, а також що міліція діяла у зв'язку зі скаргою на таке порушення громадського порядку. По-друге, Уряд стверджував, що Академія сільського господарства не є «культовою будівлею» за змістом пункту 2 статті 16 Закону РФ «Про свободу совісті та релігійні об'єднання». Зазначена стаття дозволяє віруючим проводити богослужіння і обряди «в інших місцях… наданих релігійним організаціям для цих цілей», однак вона не уточнює, які саме місця потрапляють під цю категорію. Уряд також зазначив, що пункт 1 статті 5 Закону «Про освіту» не допускає створення і діяльність політичних і релігійних організацій в освітніх установах. Більше того, згідно із зазначеним законом, дві релігійні групи, які проводили богослужіння 12 квітня 2006 року, могли використовувати тільки приміщення, надані для цих цілей їх членами, тоді як між Академією сільського господарства і Управлінським центром Свідків Єгови був укладений договір. У таких обставинах заявники повинні були реалізовувати своє конституційне право на свободу зібрань відповідно до пункту 5 статті 16 Закону РФ «Про свободу совісті та релігійні об'єднання», тобто відповідно до порядку, встановленого для проведення публічних заходів. Згідно з пунктом 1 статті 7 Закону РФ «Про збори, мітинги, демонстрації, ходи і пікетування», від організаторів даного заходу було потрібно, щоб вони заздалегідь письмово повідомляли місцеві органи влади про проведення таких заходів, чого заявники не зробили. Із точки зору Уряду, відсутність попереднього повідомлення про проведення публічного заходу суперечило принципу законності, встановленого в пункті 1 статті 3 Закону РФ «Про збори, мітинги, демонстрації, ходи і пікетування» і було достатньою підставою для його припинення, у зв'язку з його незаконністю.

(…)

48. Європейський суд зазначає, що 12 квітня 2006 року заявники зібралися разом зі своїми співвірянами для проведення богослужіння. Це богослужіння було однією з форм сповідання ними своєї релігії, що підпадає під захист статті 9 Європейської конвенції.

49. Трохи згодом після початку богослужіння прибули співробітники міліції і наказали зупинити зустріч. Дострокове припинення зустрічі є втручанням в право заявників на свободу релігії,

і Європейський суд, відповідно, покликаний визначити, чи було втручання виправданим, тобто чи було воно «передбачено законом», чи переслідувало воно одну або більше легітимних цілей, зазначених в пункті 2 статті 9 Європейської конвенції, і чи було втручання «необхідним у демократичному суспільстві».

50. Сторони розійшлися в думках з приводу того, чи було втручання «передбачене законом». Уряд представив деякі доводи, які стосуються юридичних підстав для дій міліції, і Європейський суд розбере ці доводи по черзі.

51. З огляду на те, що Уряд заявляв, що міліція втрутилася в проведення богослужіння у відповідь на скаргу на шум і порушення громадського порядку, Європейський суд бере до уваги, що така заява ніколи не піднімалося і не досліджувалося під час розглядів у національних судах, і вперше уряд його представило тільки у своїх доводах Європейського суду. Уряд не надав будь-яких доказів, здатних підтвердити цю заяву, як наприклад, письмову скаргу або інформацію про зареєстроване телефонний дзвінок від постраждалих сусідів. До того ж, як справедливо помітили заявники, це не виглядає правдоподібним, що десятки співробітників міліції, у тому числі озброєні співробітники ОМОНу, могли бути спрямовані лише тільки для перевірки звичайної скарги сусідів.

52. Далі Уряд заявляв (…) що проведення зустрічей у приміщеннях академії суперечило вимогам пункту 5 статті 1 Закону РФ «Про освіту». (…) Суд дійшов висновку, що Закон РФ «Про освіту» ясно передбачив право освітніх установ здавати в оренду наявні у них приміщення і що норма закону, на яку посилалася Уряд, передбачала не заборону на використання площ освітніх установ третіми особами, а скоріше обмеження клерикалізації ці установ, що виражається в створенні [всередині них] релігійних структур, які залучали б учнів та/або персонал [цих установ]. У даному випадку заявники використовували приміщення академії для проведення свого богослужіння «після заходу сонця», тобто у позанавчальний час, і докази того, що їх діяльність будь-яким чином заважала освітнього процесу або мала на увазі залучення учнів або педагогів, відсутні. Отже, Закон РФ «Про освіту» не може бути законною підставою для втручання.

53. І нарешті, Уряд стверджував, що релігійна зустріч була незаконною, оскільки організатори попередньо не повідомили письмово місцеві органи влади про її проведення, як того вимагали розглядаються у взаємозв'язку норми Закону РФ «Про свободу совісті…» і Закону РФ «Про збори…». У зв'язку з цим Європейський суд нагадує, що термін «передбачено законом» означає не тільки, що оспорювана міра повинна мати підставу в національному законодавстві, але також вказує на якість даного законодавства. Законодавство має бути доступним зацікавленим особам та сформульованим досить чітко, щоб дозволити їм у разі необхідності з належною професійною допомогою – передбачити, в розумних для конкретних обставин межах, можливі наслідки тих чи інших дій.

54. Пункт 2 статті 16 Закону РФ «Про свободу совісті…» 1997 року передбачає, що богослужіння можуть відбуватися «безперешкодно» не тільки в культових будівлях, а й «у інших місцях, наданих релігійним організаціям для цих цілей». У постанові у справі Kuznetsov and Others v. Russia Європейський суд звернув увагу на послідовну практику Верховного Суду Російської Федерації, який пояснив, що під фразою «безперешкодно» мається на увазі те, що для проведення релігійних зустрічей, навіть якщо вони проводяться в орендованих приміщеннях, не потрібно попереднього дозволу органів влади і немає необхідності їх повідомляти про проведення таких зустрічей. (…)

(…)

57. З урахуванням вищевикладеного Європейський суд приходить до висновку, що мало місце порушення статті 9 Європейської конвенції». [Krupko and Others v. Russia, ECHR 2014-XI (26587/07). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–145013]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 178–181 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

178.4.1. Статті 178–180 КК України захищають релігійні споруди, культові будинки, релігійні святині та обряди будь-яких релігій, що сповідуються на території країни, незалежно від

приналежності до релігійної більшості чи меншості. Це як традиційні, так й інші релігії (християнство, іслам, іудаїзм, буддизм, конфуціанство, індуїзм, синтоїзм тощо). Так само за ст. 181 КК України кваліфікуються посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів будь-яких релігій.

(Див.: 178.1.4; 367.3.1)

178.4.2. Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків, незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь, перешкоджання здійсненню релігійного обряду чи примушування до здійснення релігійного обряду, якщо такі дії спрямовані на розпалювання релігійної ворожнечі та ненависті, образи почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, утворюють сукупність злочинів і мають, відповідно, ст. 178, ст. 179, ст. 181 і додатково за частинами 1, 2 чи 3 ст. 161 КК України.

(Див.: 178.1.5)

178.4.3. Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків, а також знищення релігійних святинь, якщо такі дії заподіяли шкоду у великих розмірах або вчинене шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом, або заподіяло майнову шкоду в особливо великих розмірах, або спричинило загибель людей чи інші тяжкі наслідки, утворює сукупність злочинів і кваліфікується за статтями 178 чи 179 і додатково за частинами 1 або 2 ст. 194 КК України.

178.4.4. Незаконне утримування або осквернення релігійних святинь, а також перешкоджання здійсненню релігійного обряду, якщо такі дії вчинені з хуліганських мотивів, може утворювати сукупність хуліганства (частини 1–4 ст. 296 КК України – за наявності усіх передбачених ними ознак злочину) та злочинів, передбачених відповідно статтями 179 чи 180 КК України.

178.4.5. Кваліфікація діянь, передбачених статтями 178–180 КК України, лише як хуліганства чи лише як пошкодження (знищення) майна, тобто без правової оцінки та розслідування посягань на свободу віросповідання, створює ризики задоволення Європейським судом скарг про порушення ст. 9 Конвенції.

(Див.: 178.3.1)

178.4.6. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, в яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність», має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість за необхідності за належної правової допомоги передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підп. 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

178.4.7. У випадках, коли права і свободи людини обмежуються органами держави чи від її імені, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону вказаних прав, своєчасне і повне розслідування випадків їх порушень приватними особами, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного

права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

(Див: 04.13)

Стаття 182. Порушення недоторканності приватного життя

1. Незаконне збирання, зберігання, використання, знищення, поширення конфіденційної інформації про особу або незаконна зміна такої інформації, крім випадків, передбачених іншими статтями цього Кодексу, –

караються штрафом від п'ятисот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно, або якщо вони заподіяли істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам особи, –

караються арештом на строк від трьох до шести місяців або обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк.

Примітка. Істотною шкодою у цій статті, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 182 в редакції Закону № 3454-VI від 02.06.2011)

§1. Норми міжнародного права
щодо забезпечення права на недоторканність приватного життя

182.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
*«**Статья 12***
Никто не может подвергаться произвольному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным посягательствам на неприкосновенность его жилища, тайну его корреспонденции или на его честь и репутацию. Каждый человек имеет право на защиту закона от такого вмешательства или таких посягательств». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

182.1.2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 16.12.1966).
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)
*«**Стаття 17***
1. Ніхто не повинен зазнавати свавільного чи незаконного втручання в його особисте і сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність його житла або таємницю його кореспонденції чи незаконних посягань на його честь і репутацію.
2. Кожна людина має право на захист закону від такого втручання чи таких посягань». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

182.1.3. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 16 – Стаття 17 (право на особисте життя)»
(ООН, 1988)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«3. Термин «незаконное» означает, что вмешательство вообще не может иметь места за исключением случаев, предусмотренных законом. Вмешательство, разрешаемое государствами, может совершаться только на основании закона, который должен в свою очередь соответствовать положениям, целям и задачам Пакта.
4. Выражение «произвольное вмешательство» также связано с защитой права, предусмотренного в статье 17. По мнению Комитета, выражение «произвольное вмешательство» может также распространяться на допускаемое законом вмешательство. Введение понятия произвольности призвано обеспечить, чтобы даже вмешательство, допускаемое законом, соответствовало поло-

жениям, целям и задачам Пакта и в любом случае являлось обоснованным в конкретных обстоятельствах.

(…)

10. Законом должны регулироваться сбор и хранение информации личного характера государственными властями или частными лицами или органами в компьютерах, банках данных или как либо иначе. Государства должны принимать эффективные меры к тому, чтобы информация, касающаяся личной жизни какого либо лица, не попадала в руки лиц, которые не имеют разрешения на ее получение, обработку и использование, и к тому, чтобы такая информация никогда не использовалась в целях, не совместимых с целями Пакта. Для наиболее эффективной защиты своей личной жизни каждое лицо должно иметь право удостовериться в ясной форме, содержится ли в автоматизированных файлах данных информация личного характера, и если содержится, то какая и с какой целью. Каждое лицо должно иметь также возможность удостовериться, какие государственные органы или частные лица или органы контролируют или могут контролировать их файлы. Если в таких файлах содержится неправильная информация личного характера или если она собиралась или обрабатывалась в нарушение положений закона, каждое лицо должно иметь право потребовать исправления или изъятия этой информации.

11. Статья 17 обеспечивает защиту личного достоинства и репутации, и государства обязаны обеспечивать принятие в этих целях надлежащего законодательства. Каждому должна быть также обеспечена эффективная защита от любых имевших место незаконных посягательств и эффективные средства правовой защиты от тех, кто совершает такие посягательства». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 16 – Стаття 17 (право на особисте життя)» (ООН, 1988). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

182.1.4. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 28 – Стаття 3 (рівноправність чоловіків і жінок)»

(ООН, 2000)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«20. (…) Другие примеры возможного несоблюдения государствами права женщин на неприкосновенность частной жизни связаны с их репродуктивными функциями, например, при наличии требования о согласии мужа при принятии решения о стерилизации; наличием общих требований в отношении стерилизации женщин, например, при наличии определенного числа детей или по достижении определенного возраста; или установлением государствами требования, согласно которому врачи и другие медицинские работники должны передавать информацию о женщинах, которым были сделаны аборты. В подобных ситуациях под угрозу могут быть также поставлены и другие права, предусмотренные Пактом, в том числе в его статьях 6 и 7. На неприкосновенность личной жизни женщин могут посягать и частные стороны, например работодатели, которые требуют прохождения проверки на предмет беременности до приема на работу». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 28 – Стаття 3 (рівноправність чоловіків і жінок)» (ООН, 2000). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

182.1.5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«Стаття 8. Право на повагу до приватного і сімейного життя

1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції.

2. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

182.1.6. Конвенція про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних

(Рада Європи, від 28.01.1981)

(ратифіковано Законом від 06.07.2010)

*«**Стаття 2. Визначення***

Для цілей цієї Конвенції:

a) термін «персональні дані» означає будь-яку інформацію, яка стосується конкретно визначеної особи або особи, що може бути конкретно визначеною (далі – суб'єкт даних);

(…)

Стаття 3. Сфера застосування

1. Сторони зобов'язуються застосовувати цю Конвенцію до файлів персональних даних для автоматизованої обробки та до автоматизованої обробки персональних даних у державному та приватному секторах.

(…)

2. Будь-яка Держава під час підписання або здачі на зберігання своєї ратифікаційної грамоти або документа про прийняття, схвалення або приєднання чи будь-коли в подальшому може повідомити за допомогою заяви на ім'я Генерального секретаря Ради Європи про те, що вона:

a) не буде застосовувати цієї Конвенції до певних категорій файлів персональних даних для автоматизованої обробки, перелік яких буде зданий на зберігання. Однак до цього переліку вона не повинна включати категорії файлів даних для автоматизованої обробки, які згідно з її внутрішнім законодавством підпадають під дію положень про захист даних. Отже, вона не повинна вносити змін до цього переліку за допомогою нової заяви щоразу, коли згідно з її внутрішнім законодавством під дію положень про захист персональних даних підпадають додаткові категорії файлів персональних даних для автоматизованої обробки[1];

b) також буде застосовувати цю Конвенцію до інформації, яка стосується груп осіб, асоціацій, фондів, компаній, корпорацій та будь-яких інших організацій, що безпосередньо чи опосередковано складаються з окремих осіб, незалежно від того, мають чи не мають такі установи статус юридичної особи[2];

c) також буде застосовувати цю Конвенцію до файлів персональних даних, які не обробляються автоматизовано[3].

(…)

Стаття 5. Якість даних

Персональні дані, що піддаються автоматизованій обробці, повинні: a) отримуватися та оброблятися сумлінно та законно;

b) зберігатися для визначених і законних цілей та не використовуватися в спосіб, не сумісний із цими цілями;

c) бути адекватними, відповідними та ненадмірними стосовно цілей, для яких вони зберігаються;

d) бути точними та в разі необхідності оновлюватися;

e) зберігатись у формі, яка дозволяє ідентифікацію суб'єктів даних не довше, ніж це необхідно для мети, для якої такі дані зберігаються.

Стаття 6. Особливі категорії даних

Персональні дані, що свідчать про расову приналежність, політичні, релігійні чи інші переконання, а також дані, що стосуються здоров'я або статевого життя, не можуть піддаватися авто-

[1] До підп. «a» п. 2 ст. 3 Конвенції: «Україна не буде застосовувати цю Конвенцію до персональних даних, які обробляються фізичними особами виключно для непрофесійних особистих чи побутових потреб» (Закон про ратифікацію від 06.07.2010).

[2] До підп. «b» п. 2 ст. 3 Конвенції: «Україна буде застосовувати цю Конвенцію до інформації, яка стосується груп осіб, асоціацій, фондів, компаній, корпорацій та будь-яких інших організацій, що безпосередньо чи опосередковано складаються з окремих осіб, незалежно від того, мають чи не мають такі установи статус юридичної особи» (Закон про ратифікацію від 06.07.2010).

[3] До підп. «c» п. 2 ст. 3 Конвенції: «Україна буде застосовувати цю Конвенцію до файлів персональних даних, які не обробляються автоматизовано» (Закон про ратифікацію від 06.07.2010).

матизованій обробці, якщо внутрішнє законодавство не забезпечує відповідних гарантій. Це правило також застосовується до персональних даних, що стосуються засудження в кримінальному порядку.

(…)

Стаття 8. Додаткові гарантії для суб'єкта даних

Будь-якій особі надається можливість:

a) з'ясувати існування файлу персональних даних для автоматизованої обробки, його головні цілі, а також особу та постійне місце проживання чи головне місце роботи контролера файлу;

b) отримувати через обґрунтовані періоди та без надмірної затримки або витрат підтвердження або спростування факту зберігання персональних даних, що її стосуються, у файлі даних для автоматизованої обробки, а також отримувати такі дані в доступній для розуміння формі;

c) вимагати у відповідних випадках виправлення або знищення таких даних, якщо вони оброблялися всупереч положенням внутрішнього законодавства, що запроваджують основоположні принципи, визначені у статтях 5 і 6 цієї Конвенції;

d) використовувати засоби правового захисту в разі невиконання передбаченого в пунктах «b» і «c» цієї статті прохання про підтвердження або у відповідних випадках про надання, виправлення або знищення персональних даних.

Стаття 9. Винятки та обмеження

1. Винятки з положень статей 5, 6 та 8 цієї Конвенції дозволяються лише в рамках, визначених цією статтею.

2. Відхилення від положень статей 5, 6 та 8 цієї Конвенції дозволяється тоді, коли таке відхилення передбачене законодавством Сторони та є в демократичному суспільстві необхідним заходом, спрямованим на:

a) захист державної та громадської безпеки, фінансових інтересів Держави або на боротьбу з кримінальними правопорушеннями;

b) захист суб'єкта даних або прав і свобод інших людей.

3. Обмеження стосовно здійснення прав, визначених у пунктах «b», «c» та «d» статті 8, можуть установлюватися законодавством стосовно файлів персональних даних для автоматизованої обробки, що використовуються для цілей статистики або наукових досліджень у випадках явної відсутності небезпеки порушення недоторканості приватного життя суб'єктів даних». [Конвенція про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних (від 28.01.1981). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_326]

182.1.7. Загальний регламент про захист даних

(Рада ЄС, 27.04.2016)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Стаття 2. Матеріальна сфера дії***

1. Цей Регламент поширюється на опрацювання персональних даних повністю чи частково із застосуванням автоматизованих засобів та до опрацювання персональних даних із застосуванням неавтоматизованих засобів, які формують частину картотеки або призначені для внесення до картотеки.

2. Цей Регламент не застосовують до опрацювання персональних даних:

(…)

(c) фізичною особою під час задоволення особистих або побутових потреб;

(d) компетентними органами для цілей запобігання, розслідування, виявлення або переслідування за вчинення кримінальних злочинів або для виконання кримінальних покарань, у тому числі, для захисту від загроз громадській безпеці або запобігання таким загрозам.

(…)

Стаття 4. Терміни та означення

Для цілей цього Регламенту:

(1) «персональні дані» означає будь-яку інформацію, що стосується фізичної особи, яку ідентифіковано чи можна ідентифікувати («суб'єкт даних»); фізична особа, яку можна ідентифікува-

ти, є такою особою, яку можна ідентифікувати, прямо чи опосередковано, зокрема, за такими ідентифікаторами як ім'я, ідентифікаційний номер, дані про місцеперебування, онлайн-ідентифікатор або за одним чи декількома факторами, що є визначальними для фізичної, фізіологічної, генетичної, розумової, економічної, культурної чи соціальної сутності такої фізичної особи;

(2) «опрацювання» означає будь-яку операцію або низку операцій з персональними даними або наборами персональних даних з використанням автоматизованих засобів або без них, такі як збирання, реєстрація, організація, структурування, зберігання, адаптація чи зміна, пошук, ознайомлення, використання, розкриття через передавання, розповсюдження чи надання іншим чином, упорядкування чи комбінування, обмеження, стирання чи знищення;

(3) «обмеження опрацювання» означає позначення збережених персональних даних з метою обмеження їх опрацювання в майбутньому;

(4) «профайлінг» означає будь-яку форму автоматизованого опрацювання персональних даних, що складається із використання персональних даних для оцінювання окремих персональних аспектів, що стосуються фізичної особи, зокрема, для аналізу або прогнозування аспектів, що стосуються продуктивності суб'єкта даних на роботі, економічної ситуації, здоров'я, особистих переваг, інтересів, надійності, поведінки, місцезнаходження або пересування;

(5) «використання псевдонімів» означає опрацювання персональних даних у такий спосіб, що персональні дані більше не можна віднести до конкретного суб'єкта даних без використання додаткової інформації, за умови, що таку додаткову інформацію зберігають окремо, і на неї поширюється застосування технічних і організаційних інструментів для забезпечення того, що персональні дані не віднесено до фізичної особи, яку ідентифіковано чи можна ідентифікувати;

(6) «картотека» означає будь-який структурований набір персональних даних, доступ до якого надають відповідно до спеціальних критеріїв, є централізованим, децентралізованим або розосередженим на функціональній або географічній основі;

(7) «контролер» означає фізичну чи юридичну особу, орган публічної влади, агентство чи інший орган, який самостійно чи спільно з іншими визначає цілі та засоби опрацювання персональних даних; якщо цілі та засоби такого опрацювання визначаються законодавством Союзу чи держави-члена, контролер або спеціальні критерії його призначення може бути передбачено законодавством Союзу чи держави-члена;

(8) «оператор» означає фізичну чи юридичну особу, орган публічної влади, агентство чи інший орган, який опрацьовує персональні дані від імені контролера;

(9) «одержувач» означає фізичну чи юридичну особу, орган публічної влади, агентство чи інший орган, якому розкривають персональні дані, незалежно від того, чи є вони третьою стороною. Проте органів публічної влади, що можуть отримувати персональні дані в рамках конкретного запиту згідно з законодавством Союзу чи держави-члена, не вважають одержувачами; опрацювання таких даних такими органами публічної влади повинно відповідати застосовним нормам про захист даних відповідно до цілей опрацювання;

(10) «третя сторона» означає фізичну чи юридичну особу, орган публічної влади, агентство чи орган, який не є суб'єктом даних, контролером, оператором та особами, які, під безпосереднім керівництвом контролера або оператора, уповноважені опрацьовувати персональні дані;

(11) «згода» суб'єкта даних означає будь-яке вільно надане, конкретне, поінформоване та однозначне зазначення бажань суб'єкта даних, яким він або вона, шляхом оформлення заяви чи проявом чітких ствердних дій, підтверджує згоду на опрацювання своїх персональних даних;

(…)

Стаття 6. Законність опрацювання

1. Опрацювання є законним, лише якщо виконано та мірою виконання принаймні однієї з наведених нижче умов:

(a) суб'єкт даних надав згоду на опрацювання своїх персональних даних для однієї чи декількох спеціальних цілей;

(b) опрацювання є необхідним для виконання контракту, стороною якого є суб'єкт даних, або для вжиття дій на запит суб'єкта даних до укладення договору;

(c) опрацювання є необхідним для дотримання встановленого законом зобов'язання, яке поширюється на контролера;

(d) опрацювання є необхідним для того, щоб захистити життєво важливі інтереси суб'єкта даних або іншої фізичної особи;

(e) опрацювання є необхідним для виконання завдання в суспільних інтересах або здійснення офіційних повноважень, покладених на контролера;

(f) опрацювання є необхідним для цілей законних інтересів контролера або третьої сторони, окрім випадків, коли над такими інтересами переважають інтереси фундаментальних прав і свобод суб'єкта даних, що вимагають охорони персональних даних, особливо, якщо суб'єктом даних є дитина.

Пункт (f) першого підпараграфа не застосовують до опрацювання, яке здійснюють публічні органи у ході виконання своїх завдань.

(…)

Стаття 23. Обмеження

1. Законодавство Союзу або держави-члена, яке поширюється на контролера або оператора, може обмежувати за допомогою законодавчого інструменту обсяг обов'язків і прав, передбачений в статтях 12–22 і статті 34, а також статті 5, відповідно до того, наскільки його положення відображають права і обов'язки, передбачені в статтях 12–22, якщо таке обмеження зберігає сутність фундаментальних прав і свобод і є необхідним та пропорційним заходом у демократичному суспільстві для забезпечення:

(a) національної безпеки;

(b) оборони;

(c) громадської безпеки;

(d) запобігання, розслідування, виявлення або переслідування за скоєння кримінальних злочинів або для виконання кримінальних покарань, у тому числі, захисту від або запобіганню загрозам громадській безпеці;

(e) інших важливих цілей загального суспільного інтересу Союзу або держави-члена, зокрема важливого економічного чи фінансового інтересу Союзу або держави-члена, в тому числі, питань валютної, бюджетної і податкової політики, охорони суспільного здоров'я та соціального забезпечення;

(f) захисту незалежності судових органів і судових процесів;

(g) запобігання, розслідування, виявлення або переслідування за порушення етичних норм для регульованих професій;

(h) моніторингу, перевірки чи регуляторної функції, пов'язаної, навіть періодично, з реалізацією офіційних повноважень у випадках, вказаних у пунктах (a) – (e) та (£);

(i) захисту суб'єкта даних або прав і свобод інших осіб;

(j) виконання цивільно-правових позовів». [Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2016/679 від 27 квітня 2016 року про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 95/46/ЄС (Рада ЄС, 27.04.2016). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-16]

182.1.8. Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень

(ООН, від 21.03.1983)

(приєднання Законом від 17.06.2015)

«Стаття 19

1. Персональні дані, у тому числі медичні або генетичні дані, що збираються та (або) перепроваджуються в рамках розшуку зниклої особи, не можуть використовуватись або надаватися для інших цілей, окрім як для цілей розшуку зниклої особи. Це положення застосовується без шкоди для використання таких відомостей у кримінально-процесуальних діях, що стосуються злочину насильницького зникнення, або під час здійснення права на отримання відшкодування.» [Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень. (ООН, від 21.03.1983) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_l54]

182.1.9. Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину

(Рада Європи, від 04.04.1997)

(підписано від України 22.03.2002)

«***Стаття 10. Приватне життя та право на інформацію***

1. Кожна особа має право на повагу до її особистого життя стосовно інформації про її здоров'я.

2. Кожна особа має право на ознайомлення із будь-якою зібраною про її здоров'я інформацією. Однак бажання осіб не отримувати такої інформації має також поважатися.

3. У виняткових випадках в інтересах пацієнта здійснення викладених у пункті 2 прав може обмежуватися законом». [Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину. (Рада Європи, від 04.04.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_334]

182.1.10. Рекомендація № R(87)15, що регулює використання персональних даних у секторі поліції

(Комітет Міністрів Ради Європи, 17.09.1987)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Принцип 2 – Збір даних***

2.1 Збір персональних даних у цілях поліції повинен обмежуватись тією мірою, якою необхідно для відвернення реальної небезпеки чи припинення кримінального правопорушення особливого характеру. Будь-який виняток з цього положення повинен бути предметом спеціального національного законодавства.

2.2 Якщо дані про індивіда були зібрані і зберігаються без його відома, і якщо дані не знищені, він повинен бути поінформований, у разі доцільності, що інформація про нього тримається як тільки предмет діяльності поліції більше не цікавить її.

2.3 Збір даних за допомогою технічних чи інших автоматизованих засобів може здійснювати лише у відповідності до особистих положень.

2.4 Збір даних про осіб лише на тій підставі, що вони мають особливе расове походження, особливі релігійні переконання, сексуальну поведінку чи політичні погляди або належать до особливих рухів чи організацій, які не оголошені поза законом, повинен заборонятися. Збір даних, що торкаються цих питань, може здійснюватися у разі виняткової потреби для цілей конкретного розслідування.

Принцип 3 – Зберігання даних

3.1 Наскільки можливо, зберігання персональних даних для цілей поліції має обмежуватися точними даними, які необхідні поліції для виконання її підрозділами правомірних завдань у межах внутрішнього законодавства та обов'язків, визначених міжнародним правом.

3.2 Наскільки можливо, різні категорії даних мають розрізнятися при зберіганні за ступенем їх точності або надійності, а саме: дані, що ґрунтуються на фактах, мають відрізнятися від тих, що основані на міркуваннях чи особистих оцінках.

3.3 Якщо дані зібрані для адміністративних цілей зберігатимуться постійно, їх слід тримати в окремому файлі. В будь-якому разі, слід вжити заходів, щоб адміністративні дані не підпадали під привила, що застосовуються для поліцейських даних.

Принцип 4 – Використання даних поліцією

4. Згідно з Принципом 5, особливі дані, зібрані й збережені поліцією для цілей поліції, мають використовуватися винятково в цих цілях.

Принцип 5 – Передача даних

5.1 Повідомлення у межах сектору поліції

Передача даних між підрозділами поліції для використання їх у цілях поліції повинна дозволятися, якщо існує законна підстава для їх передачі у межах законних повноважень цих підрозділів.

5.2 і. Повідомлення іншим державним органам

Передача даних іншим державним органам дозволяється в окремих випадках, якщо:

а) існує чіткий законний обов'язок або дозвіл чи з санкції наглядового органу, або якщо

б) ці дані необхідні одержувачу для виконання ним його правомірного завдання, при цьому передбачається, що ціль збирання чи обробки, яка здійснюватиметься одержувачем, не є несумісною з первинною обробкою, а правові зобов'язання передаючого органу, не суперечать цьому.

5.2 іі. Крім того, передача іншим державним органам дозволяється винятково у таких окремих випадках:

а) коли повідомлення, поза всяким сумнівом, здійснюється в інтересах суб'єкта даних або коли останній дав на це згоду чи коли обставини вказують на явну презумпцію такої згоди;

б) коли передача даних необхідна для відвернення серйозної навислої небезпеки.

5.3 і. Повідомлення приватним структурам

Повідомлення даних приватним структурам дозволяється, зокрема, коли існує інше законне зобов'язання або дозвіл чи санкція наглядового органу.

5.3 іі. Повідомлення приватним структурам дозволяється як виняток у таких випадках:

а) повідомлення здійснюється в інтересах суб'єкта даних або коли останній дав на це згоду чи коли обставини вказують на наявність такої згоди;

б) повідомлення необхідне для відвернення серйозної навислої загрози.

5.4 Міжнародна передача

Повідомлення даних органам влади іноземних держав повинно обмежуватися органами поліції. Воно дозволяється лише:

а) коли існує чітке правове забезпечення за внутрішнім чи міжнародним правом;

б) за умови відсутності такого забезпечення, якщо передача необхідна для запобігання серйозної навислої небезпеки або потрібна для припинення серйозного кримінального правопорушення, відповідно до звичайного права, і забезпечується, щоб національне регулювання захисту особи не було під загрозою порушення.

(…)

Принцип 7 – Тривалість зберігання і оновлення даних

1.1 Повинно забезпечуватися, щоб персональні дані, які зберігалися для поліцейських цілей, знищувалися якщо вони більше не потрібні для цілей, заради яких вони зберігалися.

З цією метою особлива увага звертається на такі критерії: необхідність зберігання даних у світлі висновку слідства в особливому випадку; остаточне судове рішення, зокрема у випадку виправдання; реабілітація; виконаний вирок; амністія; вік суб'єкта даних; особливі категорії даних.

1.2 Правила націлені на зазначення терміну зберігання персональних даних різних категорій, так само як і регулярні перевірки їх якості, мають визначатися за погодженням з наглядовим органом або згідно з внутрішнім законодавством.

Принцип 8 – Схоронність даних

2. Відповідальний орган повинен вжити всіх заходів, щоб забезпечити належну фізичну і логічну схоронність даних і запобігти їх несанкціонованому доступу, передачі чи зміні. При цьому мають враховуватися характер і зміст файлів». [Рекомендація № R(87)15, що регулює використання персональних даних у секторі поліції (Комітет Міністрів ЄС, 17.09.1987). http://cyberpeace.org.ua]

182.1.11. Додатковий протокол до Конвенції про права людини та біомедицину щодо трансплантації органів і тканин людини (ETS N 186)

(Рада Європи, від 24.01.2002)

(підписання Україною 26.06.2006)

«Статья 23. Конфиденциальность

1. Все данные личного характера, касающиеся лица, от которого были пересажены органы или ткани и получателя считаются конфиденциальными. Такие данные могут быть собраны, обработаны и переданы только согласно правилам, касающимся профессиональной конфиденциальности и защите данных личного характера.

2. Положения пункта 1 трактуются без ущерба положениям о возможности сбора, обработки, передачи необходимой информации о лице, у которого удаляются органы или ткани, или получателе (получателях) органов или тканей в той мере, в какой это требуется для медицинских целей,

включая отслеживание, предусмотренное статьей 3 настоящего Протокола, при условии соблюдения соответствующих гарантий». [Додатковий протокол до Конвенції про права людини та біомедицину щодо трансплантації органів і тканин людини (ETS N 186). (Рада Європи, від 24.01.2002). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_684]

182.1.12. Рекомендація N Rec (2005) 10 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про «особливі методи розслідування» тяжких злочинів, а також у разі терористичних актів»
(Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи, від 20.04.2005)
Див.: 163.1.5

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо забезпечення права на недоторканність приватного життя

182.2.1. Справа «K. U. v. Finland»
«42. Суд повторює, що хоча метою статті 8 [Конвенції] є насамперед захист особи проти свавільного втручання з боку державних органів, вона не лише зобов'язує державу утриматися від такого втручання: на додаток до цього первинного негативного зобов'язання, можуть існувати позитивні обов'язки, які складають ефективний захист приватного або сімейного життя.

43. Ці обов'язки можуть включати вжиття заходів, спрямованих на забезпечення поваги до приватного життя навіть у сфері відносин осіб між собою. Існують різні способи забезпечення поваги до приватного життя і суть обов'язку держави залежатиме від конкретного аспекту приватного життя, про який йдеться. Хоча вибір засобів для забезпечення додержання статті 8 у сфері захисту від дій осіб знаходиться, у принципі, у межах розсуду держави, дієве попередження тяжких діянь, які ставлять під загрозу основоположні цінності та найважливіші аспекти приватного життя, вимагає ефективних положень кримінального права.

44. Межі розсуду національних органів, проте, обмежуються положеннями Конвенції. Оскільки Конвенція є насамперед і головним чином системою захисту прав людини, Суд при її тлумаченні повинен зважати на мінливі умови всередині Договірних держав та реагувати, наприклад, на будь-яку еволюцію наближення до стандартів, яких слід досягнути.» [K. U. v. Finland (2872/02). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117605]

182.2.2. Справа «Uzun v. Germany»
«43. Суд повторює, що приватне життя – це широкий термін, який не піддається вичерпному визначенню. Стаття 8 захищає, зокрема, право на особистість і особистий розвиток, а також право встановлювати і розвивати відносини з іншими людьми і зовнішнім світом. Таким чином, існує зона взаємодії людини з іншими людьми, навіть у громадському контексті, яка може підпадати під сферу «приватного життя».

44. Існує ряд елементів, що стосуються розгляду питання про те, чи стосуються приватного життя людини заходи, здійснювані поза домом або приватними приміщеннями. Оскільки бувають випадки, коли люди свідомо чи навмисно залучаються до діяльності, яка може бути зареєстрована або оприлюднена, розумні очікування людини щодо конфіденційності можуть бути значним, хоча і не обов'язково переконливим фактором. Людину, що йде по вулиці, неминуче буде видно будь-якій іншій людині, яка також присутня на цій вулиці. Моніторинг технологічними засобами (наприклад, перегляд охоронцями через внутрішню мережу телебачення) має подібний характер. Однак міркування приватного життя можуть виникати, коли який-небудь систематичний або постійний нагляд (запис) потім розголошується.

(…)

47. (…) таємна і постійна реєстрація голосів заявників у поліцейській дільниці для подальшого аналізу як голосових зразків, що безпосередньо стосується ідентифікації цих осіб у контексті інших персональних даних, розглядалася як обробка персональних даних про них у вигляді втручання в їхнє приватне життя.

48. Нарешті, публікація матеріалів, отриманих у громадських місцях, тією чи іншою мірою, яка зазвичай передбачувана, може однак призводити в певних обставинах до порушення права на

повагу до приватного життя в розумінні пункту першого статті 8 Конвенції». [Uzun v. Germany (35623/05). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–100293] (Неофіційний авторський переклад).

182.2.3. Справа «Суріков проти України»

«70. Суд неодноразово доходив висновку, що систематичне зберігання та використання в інший спосіб державними органами влади інформації про приватне життя особи тягне за собою важливі наслідки для інтересів, захищених статтею 8 Конвенції, а отже становить втручання у відповідні права.

71. Суд також нагадує, що втручання порушує статтю 8 за винятком випадків, коли воно здійснюється «згідно із законом», переслідує одну або декілька законних цілей, викладених у пункті 2 і, крім того, є «необхідними в демократичному суспільстві» для досягнення цих цілей. Суд нагадує свою усталену практику, що формулювання «згідно із законом» вимагає, щоб оскаржуваний захід мав підґрунтя у національному законодавстві та був сумісним із принципом верховенства права, тобто доступним, передбачуваним та супроводжувався необхідними процесуальними гарантіями, спроможними забезпечити належний юридичний захист від свавільного застосування відповідних правових положень». [Суріков проти України (42788/06). https://minjust.gov.ua/files/general/2018/03/16/20180316165145–30.docx]

182.2.4. Справа «Z проти Фінляндії»

«97. Водночас Суд визнає те, що інтереси розслідування злочину та гласності судового процесу можуть переважати над інтересами як пацієнта, так і громадськості загалом стосовно недопущень розголошення медичної таємниці (див. ст. 9 Конвенції «Про захист персональних даних» від 1981 р., де вказується на те, що такі інтереси (у розслідуванні злочину) є навіть важливішими).

(…)

99. Стосовно доступу громадськості до особистої інформації Суд визнає, що при встановленні справедливого співвідношення між зацікавленістю громадськості у гласності судового процесу, з одного боку, та зацікавленістю сторони у справі чи третьої особи у нерозголошенні такої інформації, з іншого, першість в оцінюванні повинна належати уповноваженим органам влади. Обсяг цієї оцінки залежатиме від таких факторів, як природа і значущість конфліктних інтересів і ступінь небезпеки такого втручання». [Z проти Фінляндії (22009/93 [1997] ECHR 10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–145423]

182.2.5. Справа «Rotaru v. Romania»

«35. Суд повторює, що особа може за певних умов претендувати на те, щоб бути жертвою порушення, викликаного самим фактом існування секретних заходів [збирання, зберігання, використання, знищення, поширення конфіденційної інформації про особу] або законодавства, яке дозволяє секретні заходи, без необхідності посилатися на те, що такі заходи були фактично застосовані до нього.

(…)

47. Хоча Суд визнає, що розвідувальні служби можуть існувати на законних підставах у демократичному суспільстві, він вказує на те, що повноваження по секретному спостереженню за громадянами є допустимими згідно з Конвенцією тільки в разі суворої необхідності для охорони демократичних інститутів». [Rotaru v. Romania (28341/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58586] (Неофіційний авторський переклад).

182.2.6. Справа «Pretty v. The United Kingdom»

«61. (…) поняття «приватне життя» – це широкий термін, який не піддається вичерпному визначенню. Він охоплює фізичну та психологічну цілісність особи. Іноді може охоплювати аспекти фізичної та соціальної ідентичності людини. Елементи, такі як, наприклад, гендерна ідентифікація, ім'я та сексуальна орієнтація та сексуальне життя, також належать до приватної сфери, що охороняється статтею 8 Конвенції. Стаття 8 Конвенції також захищає право на особистий розвиток та право встановлювати та розвивати відносини з іншими людьми та зовнішнім світом».

[Pretty v. The United Kingdom (2346/02). http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=596] (Неофіційний авторський переклад).

182.2.7. Справа «Leander v. Sweden»

«59. (…) Не можна сумніватися в необхідності з метою захисту національної безпеки, для Договірних Держав мати закони, що надають компетентним органам повноваження, по-перше, збирати та зберігати в регістрах, недоступних для громадськості, інформацію про осіб та, по-друге, використовувати цю інформацію при оцінці придатності кандидатів на роботу в посадах, важливих для національної безпеки». [Leander v. Sweden (9248/81). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57519] (Неофіційний авторський переклад).

182.2.8. Справа «Murray v. the United Kingdom»

«Не можна вважати, що компетентні органи вийшли за законні рамки розслідування терористичних злочинів тим, що завели і зберігали досьє про дані заарештованої особи або навіть інших осіб, які були присутні під час арешту». [Murray v. the United Kingdom (14310/88). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57895] (Неофіційний авторський переклад).

182.2.9. Справа «S. and Marper v. the United Kingdom (С. і Марпер проти Сполученого Королівства)»

«72. Обґрунтоване занепокоєння стосовно можливого використання клітинного матеріалу в майбутньому, проте, не є єдиним елементом, який слід взяти до уваги при вирішення питання, про яке йдеться. Додатково до надзвичайно особистої природи клітинних зразків, Суд звертає увагу, що вони містять дуже чутливу інформацію про особу, у тому числі інформацію про її здоров'я. Крім того, зразки містять унікальний генетичний код, який має особливе значення для особи та її родичів.

73. Враховуючи природу та обсяг особистої інформації, що міститься в клітинних зразках, їх зберігання як таке повинно вважатися втручанням у право на повагу до приватного життя відповідних осіб. Те, що лише обмежена частина цієї інформації насправді здобувається або використовується органами влади шляхом підготовки профілю ДНК і що одразу відсутня шкода в конкретній справі, не змінює цього висновку.

(…)

75. (…) На думку Суду, здатність профілів ДНК надавати можливість для встановлення генетичних зв'язків між особами сама по собі є достатньою для висновку про те, що їх зберігання є втручанням у право на повагу до приватного життя відповідних осіб. Частота пошуку родинних зв'язків, пов'язані з цим гарантії захисту та вірогідність завдання шкоди в конкретній справі не мають значення в цьому відношенні. На цей висновок так само не впливає той факт, що, оскільки вона зберігається у кодованій формі, інформація може бути зрозумілою лише за допомогою використання комп'ютерної технології та може бути розтлумачена лише обмеженим колом осіб.

76. (…) Можливість, яку профілі ДНК створюють для висновків про етнічне походження, робить їх зберігання ще більш чутливим та таким, що може негативно вплинути на право на приватне життя». [S. and Marper v. the United Kingdom (С. і Марпер проти Сполученого Королівства) (30562/04 та 30566/04). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117631]

182.2.10. Справа «Klass and Others v. Germany»

«60. Договірні Сторони не користуються необмеженою свободою дій, піддаючи людей, які перебувають під їх юрисдикцією, таємному спостереженню. Усвідомлюючи небезпеку, що такий закон може підірвати і навіть знищити демократію під приводом її захисту, Суд стверджує, що Договірні Сторони не можуть в ім'я боротьби проти шпигунства і тероризму робити будь-які дії, які вони вважають потрібними». [Klass and Others v. Germany (5029/71). (5029/71) http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57510] (Неофіційний авторський переклад).

182.2.11 Справа «Vereniging Weekblad Bluf v. the Netherlands»

«44. У зв'язку з цим Суд зазначає (…) що немає необхідності забороняти розкриття певної інформації, якщо вона вже була оприлюднена або перестала бути конфіденційною». [Vereniging Weekblad Bluf v. the Netherlands (16616/90). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–1519.] (Неофіційний авторський переклад).

182.2.12 Справа «Stoll v. Switzerland»

«61. (…) У світлі пункту 3 статті 33 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. і за відсутності натяків на протилежне в історії прийняття статті 10 [Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод] необхідно прийняти таке тлумачення фрази «запобігання розголошенню конфіденційної інформації» у розумінні пункту 2 статті 10, яке включає конфіденційну інформацію, розголошену або особою, яка несе обов'язок не розголошувати її, або третьою стороною, зокрема, (…) журналістом». [Stoll v. Switzerland (69698/01). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83870] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо забезпечення права на недоторканність приватного життя

182.3.1. Справа «López Ribalda and Others v. Spain»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«58. Суд зауважує, що в цій справі роботодавець вирішив встановити камери спостереження, що складаються з видимих та прихованих камер. Працівники знали лише про видимі камери, встановлені на виході супермаркетів – вони не були поінформовані про встановлення прихованого відеоспостереження, що охоплює каси.

59. Суд зауважує, що приховане відеоспостереження за працівникаом на своєму робочому місці слід вважати таким, що є значним втручанням у його приватне життя. Воно включає в себе записану та відтворювану документацію про поведінку особи на своєму робочому місці, яку він або вона зобов'язані відповідно до трудового договору виконувати роботу на цьому місці, не можуть ухилитися від відеозапису. Суд, таким чином, переконаний, що ці заходи зачіпають «приватне життя» заявників у значенні пункту 1 статті 8 Конвенції.

62. Спочатку Суд зазначає, що приховане відеоспостереження було здійснено після того, як керівник магазину виявив втрати, що обумовило підозру про крадіжку, вчинену заявниками, а також іншими працівниками та клієнтами.

63. Суд також зауважує, що отримані візуальні дані призвели до зберігання та обробки персональних даних, тісно пов'язаних із приватною сферою фізичних осіб. Цей матеріал таким чином оброблявся та обстежувався кількома особами, які працювали на роботодавця (серед іншого, представник профспілки та законний представник компанії), перш ніж самі заявники були поінформовані про наявність відеозаписів.

64. Суд також зазначає, що чинне законодавство на момент зазначених подій містить конкретні положення щодо захисту персональних даних. Дійсно, згідно з розділом 5 Закону [Іспанії] про захист персональних даних, заявники мали право «попередньо та чітко, точно та однозначно бути поінформовані» про «існування файла персональних даних або про те, що дані будуть оброблені, мету одержування інформації; обов'язковий або необов'язковий характер їх відповіді на поставлені питання; наслідки надання або відмови в наданні даних; наявність прав доступу, виправлення, стирання та заперечення; а також ідентичність та адресу контролера або, у відповідних випадках, його представника».

65. Суд зауважує, що, як це було визнано національними судами, роботодавець заявників не виконував зобов'язання інформувати суб'єктів даних про наявність засобів збирання та обробки їхніх персональних даних, як це передбачено вищезазначеним національним законодавством. Крім того, Суд зазначає, що Уряд спеціально визнав, що працівники не були поінформовані про встановлення прихованого відеоспостереження в касі або про їхні права згідно із Законом про захист персональних даних.

(…)

69. Отже, Суд не може поділяти точку зору національних судів щодо пропорційності заходів, прийнятих роботодавцем, із законною метою захистити інтерес роботодавця у захисті своїх прав власності. Суд зазначає, що відеоспостереження, яке виконувалося роботодавцем протягом тривалого періоду часу, не відповідає вимогам, передбаченим у розділі 5 Закону Іспанії про захист персональних даних, і, зокрема, зобов'язання щодо попередньо явно, точно та однозначно інформувати про наявність та особливості системи збору персональних даних. Суд зауважує, що права роботодавця могли бути захищені, принаймні до певної міри, іншими засобами, зокрема, попередньо інформуючи заявників.

70. Беручи до уваги вищесказане і незважаючи на право на свободу розгляду державою-відповідачем, Суд у цій справі робить висновок, що національним судом не було досягнуто справедливого балансу між правом заявників на повагу до їх приватного життя за статтею 8 Конвенції Конвенція та їх роботодавець зацікавлені в захисті своїх майнових прав». [López Ribalda and Others v. Spain (1874/13 and 8567/13). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–179881]

182.3.2. Справа «Apostu v. Romania»

Фактичні обставини:

Департамент з питань боротьби з корупцією прокуратури (Департамент) порушив кримінальну справу проти заявника, його дружини та трьох бізнесменів за підозрою у корупційних правопорушеннях, скоєних у ролі міського голови. Прокурор вимагав дозволу на перехоплення телефонних дзвінків заявника. Зміст перехоплених телефонних дзвінків приймалися як докази проти заявника. Витяги з розмов між заявником та іншими обвинуваченими або третіми особами, які були отримані шляхом телефонного прослуховування під час проведення кримінального розслідування, згодом були опубліковані в декількох газетах.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«103. Заявник скаржився, що в засобах масової інформації були опубліковані витяги з матеріалів прокуратури, зокрема, телефонні переговори, які були перехоплені органами влади. Він стверджував, що деякі розмови, опубліковані в пресі, носили суто приватний характер і що їх публікація не відповідала соціальним потребам. Він посилався на статтю 8 Конвенції.

(…)

128. Суд зазначає, що опублікування відповідного матеріалу не сприяло посиленню кримінального переслідування. Інформація стала доступною не раніше, коли прокурор передав справу до суду. Більш того, деякі розмови, опубліковані в пресі, були приватного характеру, і їх публікація в пресі не мала великого громадського інтересу. З цього випливає, що витік не був виправданим.

129. Суд повторює, що за своїм характером процедура прослуховування телефонів підлягає дуже жорсткому судовому контролю, і тому логічно, що результати такої операції не повинні бути оприлюднені без жодної ретельної судової перевірки.

130. (…) Відповідно до чинних правил та інструкцій, доступ преси до матеріалів, що стосуються дозволу та проведення перехоплення та записування телефонних розмов, є обмеженим. Крім того, судді можуть у прийнятних обставинах вирішувати не дозволяти стороннім особам доступ до матеріалів справи. Суд вважає, що суддя, який займається таким запитом, може забезпечити баланс права на повагу до приватного життя з правом на свободу вираження поглядів та інформації. Таким чином, доступ до інформації законно підлягає судовому контролю.

131. Однак можливість забезпечення такого балансу не існує, якщо, як і в даній справі, інформація безконтрольно потрапляє до преси. У цьому випадку найважливішим є, по-перше, чи організувала держава свої служби та підготовку персоналу, щоб уникнути обходу офіційних процедур, а по-друге, чи заявник мав будь-які способи отримання відшкодування за порушення його прав.

132. З огляду на вищесказане Суд вважає, що у цій справі держава-відповідач не виконала свого обов'язку забезпечувати безпечне зберігання інформації, що є у її розпорядженні, з метою забезпечення права заявника на повагу до його особистого життя, і також не змогла запропонувати будь-які засоби відшкодування, як тільки було порушено його право. Отже, було порушення статті 8 Конвенції». [Apostu v. Romania (22765/12). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–150781]

182.3.3. Справа «Sõro v. Estonia»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«45. Заявник скаржився, що його право на повагу до його приватного та сімейного життя було порушено завдяки публікації інформації про те, що він раніше працював водієм КДБ. Він посилався на статтю 8 Конвенції.

(…)

61. Суд (…) зазначає, що Закон Естонії не враховував різницю між різними рівнями колишнього співробітництва з КДБ. Це правда, що відповідно до застосовної процедури заявник був попередньо поінформований про текст оголошення, що має бути опублікований, і мав можливість оскаржити фактичну інформацію, що міститься в ній. Однак не існувало жодної процедури для оцінки конкретних завдань, що виконуються окремими працівниками колишніх служб безпеки, з метою диференціювання небезпеки, яку вони могли б мати через кілька років після закінчення їхньої кар'єри в цих установах.

62. Суд також зазначає, що, хоча Закон про розкриття набув чинності через три з половиною роки після того, як Естонія заявила про свою незалежність 20 серпня 1991 року, публікація інформації про колишніх працівників служб безпеки розтягнулася протягом кількох років. Таким чином, у справі заявника ця інформація була опублікована лише в 2004 році – майже через тринадцять років після відновлення естонської незалежності. Суд вважає, що будь-яка загроза, яку колишні військовослужбовці КДБ могли спочатку створити для новоствореної демократії, значно зменшилася з часом. Він зазначає, що з матеріалів не випливає, що будь-яка оцінка потенційної загрози, яку заявник міг становити на момент публікації інформації.

63. Нарешті, Суд зауважує, що Закон про розкриття не поставив жодних обмежень щодо зайнятості заявника. Тим не менш, за словами заявника, над ним знущалися його колеги і він змушений був залишити свою роботу. Суд вважає, що навіть якщо такий результат не буде пов'язаний безпосередньо із Законом про розголошення, він все-таки свідчить про серйозність втручання у право заявника на повагу його приватного життя.

64. Вищезгадані міркування є достатніми для того, щоб дозволити Суду зробити висновок, що право заявника на повагу до його приватного життя було спричинено непропорційним втручанням у цій справі. Отже, було порушення статті 8 Конвенції». [Sõro v. Estonia (22588/08). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–156518]

182.3.4. Справа «Amann v. Switzerland»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«65. Суд повторює, що зберігання даних, що належать до «приватного життя» окремої особи, підпадає під застосування п. 1 статті 8 Конвенції.

У зв'язку з цим він вказує, що термін «приватне життя» не повинен тлумачитися обмежувально. Зокрема, повагу до приватного життя включає право встановлювати і розвивати відносини з іншими людьми; крім того, немає підстав принципово виправдовувати виключення діяльності професійного або ділового характеру з поняття «приватного життя».

Ця широка інтерпретація відповідає тій, яка міститься в Конвенції Ради Європи від 28 січня 1981 року про захист осіб у зв'язку з автоматичною обробкою персональних даних, яка набула чинності 1 жовтня 1985 року. Метою її є «забезпечення на території кожної Сторони для кожної особи, незалежно від її громадянства або місця проживання, дотримання її прав та основоположних свобод, зокрема її права на недоторканність приватного життя, у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних, що її стосуються» (стаття 1), причому термін «персональні дані» означає будь-яку інформацію, яка стосується конкретно визначеної особи або особи, що може бути конкретно визначеною» (стаття 2).

66. У цій справі Суд зазначає, що на заявника була заповнена картка, на якій було вказано, що він був «контактом з російським посольством» і мав «бізнесові справи з компанією A.».

67. Суд вважає, що ці деталі, безсумнівно, склали дані, що належать до «приватного життя» заявника, і що, відповідно, стаття 8 Конвенції застосовна до цієї скарги також». [Amann v. Switzerland (27798/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58497]

182.3.5. Справа «Z проти Фінляндії»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«53. Згідно з Кримінальним кодексом [Фінляндії] від 1889 р., розголошення конфіденційної інформації державним службовцем є злочином.

(…)

112. Суд не переконаний у тому, що, встановлюючи 10-річний термін нерозголошення, національні суди приділили достатньо уваги інтересам заявниці. Варто пам'ятати, що у судовому процесі інформація була відтворена без згоди заявниці, яка і без того зазнала серйозного втручання у здійснення свого права на повагу до приватного та сімейного життя.

113. Наприкінці Суд повинен дослідити, чи було достатньо підстав для розголошення відомостей про особу заявниці та про те, що вона є ВІЛ-інфікованою у тексті рішення Апеляційного суду, яке стало доступним для преси.

Згідно з чинним законодавством Фінляндії, Апеляційний суд був вільним у виборі дій при визначенні того, по-перше, чи ухилитись від згадування будь-яких імен у рішенні, дозволити встановлення особи заявниці в рішенні та, по-друге, чи залишити всю мотивувальну частину рішення конфіденційною протягом певного періоду часу, а натомість опублікувати скорочену версію мотивувальної частини рішення та резолютивну частину з вказівкою на закон, який ним було застосовано.

Фактично саме в такій формі місцевий суд опублікував своє рішення, що не спричинило жодних шкідливих (несприятливих) наслідків.

Крім того, що заявниця в яскраво вираженій формі просила Апеляційний суд утриматися від розголошення інформації про її особу та стан здоров'я, адвокат Х. повідомив суду про те, що вона бажає подовжити термін дії наказу про нерозголошення. З цього очевидно випливало те, що заявниця виступатиме проти розголошення такої інформації.

За таких обставин, оцінюючи висновки, про які йдеться у п. 112, Суд не вважає, що оскаржене опублікування ґрунтувалося на будь-яких переконливих підставах. Відповідно опублікування такої інформації спричинило порушення права заявниці на повагу до її приватного та сімейного життя, гарантованого ст. 8 Конвенції». [Z проти Фінляндії (22009/93 [1997] ECHR 10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–145423]

182.3.6. Справа «Antović and Mirković v. Montenegro»

Фактичні обставини:

Заявники професори університету. 1 лютого 2011 року на зібранні факультету декан поінформував усіх (разом із заявниками) про запровадження відеоспостереження в семи аудиторіях, де відбувались заняття, та перед деканатом. Метою таких заходів було впевнитись у безпеці власності та осіб (включаючи студентів) та спостерігати за процесом викладання. Доступ до даних, які будуть записуватися та зберігатися протягом року, буде захищений кодами, відомими лише декану.

Заявники подали скаргу до національного Агентства з захисту персональних даних, яке наказало вилучити камери, зокрема, з огляду на те, що були відсутні підстави запровадження відеоспостереження, передбачені статтею 36 Закону Чорногорії про захист персональних даних. Це рішення було скасовано національними судами на підставі того, що університет є державною установою, яка здійснює діяльність, що становить державний інтерес, включаючи викладання. Аудиторії – це робоча зона, як і зал суду або парламент, де професори ніколи не були самотніми (на відміну від кабінетів професорів), і тому вони не могли посилатися на будь-яке право на недоторканність приватного життя, яке може бути порушено. Також дані, які були зібрані, не можуть вважатися особистими даними.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«44. Звертаючись до цієї справи, Суд зазначає, що університетські амфітеатри – це робочі місця викладачів. Саме там вони не тільки вчать учнів, але й взаємодіють з ними, розвиваючи

взаємини та формуючи соціальну ідентичність свою та студентів. Суд уже постановляв [в інших справах], що приховане відеоспостереження за працівниками на своєму робочому місці має розглядатися як таке, що є значним втручанням у приватне життя працівника. (…) Суд не має причин відмовитися від цього висновку, навіть якщо це стосується випадків відкритого відеоспостереження за працівником на його робочому місці. Крім того, Суд також визнав, що навіть якщо вимоги до роботодавця стосовно поваги до приватного соціального життя працівників на робочому місці є обмеженими, вони не можуть зменшити його до нуля. Повага до приватного життя продовжує існувати, навіть якщо воно може бути обмежене настільки, наскільки це необхідно.

45. Зважаючи на вищесказане, Суд вважає, що дані, зібрані за допомогою оскаржуваного відеоспостереження, пов'язані з «приватним життям» заявників, таким чином, застосовуючи Статтю 8 до їх скарги.

(…)

52. Уряд стверджував, що нагляд за діяльністю викладачів переслідував мету, яка не може бути досягнута менш інвазійним чином. Цією метою було запобігання та розкриття інцидентів, пов'язаних із безпекою, таких як крадіжки та грабіж, коли майно, що належить університету та його працівникам, включаючи професорів, було викрадено. Відеоспостереження також мало на меті запобігання внесенню до університету вогнепальної зброї, а також інцидентів в аудиторіях, коли професорам погрожували фізичним насильством. Навіть поліція рекомендувала встановити обладнання для відеоспостереження.

53. Уряд також стверджував, що всі залучені працівники, включаючи заявників, були належним чином поінформовані про захід, що зібрані дані не були використані будь-яким чином, і що тільки декан мав доступ до них. Таким чином, дані використовувались виключно для цілей, передбачених законом, і протягом обмеженого періоду, оскільки дані автоматично видалялися через тридцять днів. Уряд також стверджував, що камери мали зображення з низькою роздільною здатністю, не мали можливості збільшення масштабу, а також їх розташування та кути запису встановлені «відповідно до методологічного аналізу ризиків, а також з урахуванням захисту персональних даних».

(…)

55. Суд уже вважає, що в цьому випадку відеоспостереження працівника на робочому місці, незалежно від того, приховано чи ні, повинно розглядатися як значне втручання у приватне життя працівника, і тому він вважає що це становить втручання у значення статті 8 Конвенції. Будь-яке втручання може бути виправдане лише відповідно до пункту 2 статті 8, якщо воно відповідає закону, переслідує одну чи більше законних цілей, на які посилається ця норма та є необхідним для демократичного суспільства для досягнення такої законної мети.

56. Суд зазначає, що національні суди не розглядали питання про дії, які суперечать законодавству, з огляду на те, що вони не вважають, що оскаржуване відеоспостереження в першу чергу є втручанням у приватне життя заявників.

57. Проте Агентство з захисту персональних даних зробило це і чітко визначило, що це не відповідає закону, зокрема розділам 10, 35 та 36 Закону Чорногорії про захист персональних даних.

58. Суд дотримується думки в зв'язку з цим, що розділ 35 передбачає, що державні установи – університет, за власним поданням уряду, є одним із них – можуть здійснювати відеоспостереження за областями доступу до офіційних приміщень. Проте в даному випадку відеоспостереження проводилося в аудиторії.

59. Крім того, у розділі 36 передбачено, що обладнання для відеоспостереження також може бути встановлене в офіційних або ділових приміщеннях, але лише у тому випадку, якщо цілі, передбачені цим розділом, зокрема, безпека людей або майна або захист конфіденційних даних, не можуть бути досягнуті будь-яким іншим способом. Суд зауважує, що в цьому випадку відеоспостереження було запроваджено з метою забезпечення безпеки майна та людей, включаючи студентів, та для спостереження за навчанням. Відзначено, що одна із цих цілей, зокрема спостереження за викладанням, не передбачена законом взагалі як підґрунтя відеоспостереження. Крім того, Агентство чітко визнало, що немає жодних доказів того, що будь-яка власність або люди були під загрозою, одна з причин для обґрунтування запровадження відеоспостереження.

Зі свого боку, Уряд не надав жодних доказів протилежного в цьому відношенні, а також не показав, що вони навіть заздалегідь розглядали будь-які інші заходи як альтернативу.

60. Зважаючи на те, що відповідне законодавство прямо передбачає, що до нагляду за камерами будуть дотримані певні умови, і що в даній справі ці умови не були виконані та з урахуванням рішення Агентства в цьому відношенні (у відсутність будь-якого розгляду питання національними судами), Суд не може не зробити висновок про те, що втручання, про яке йшлося, не відповідає вимогам закону, що є достатнім для порушення статті 8 Конвенції. Беручи до уваги вищесказане, Суд не вважає за необхідне з'ясувати, чи були дотримані інші вимоги пункту 2 статті 8 Конвенції». [Antović and Mirković v. Montenegro (70838/13). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–178904]

182.3.7. Справа «Von Hannover v. Germany»

Фактичні обставини:

Від початку 90-х років XX століття принцеса Кароліна фон Ганновер веде кампанію – часто звертаючись до судів – у різних європейських державах, аби не допустити опублікування фотографій з її приватного життя в сенсаційній пресі.

Проте Конституційний суд вважав, що заявниця, яка безперечно є «публічною фігурою», має толерантно ставитись до оприлюднення своїх фотографій, зроблених у публічному місці, навіть якщо вони зображують її у сценах повсякденного життя, а не під час виконання нею її офіційних обов'язків. У зв'язку з цим Конституційний суд посилався на свободу преси та на правомірний інтерес громадськості, яка має знати, як ця особа загалом поводиться в громаді.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«53. У цій справі не викликає сумнівів те, що публікація різними німецькими журналами фотографій повсякденного життя заявниці, на самоті або з іншими людьми, стосується сфери її приватного життя.

(…)

56. У цій справі заявниця скаржилася не на дії держави, а, швидше, на відсутність достатнього захисту державою її приватного життя і свого власного іміджу.

57. Суд нагадує, що хоча стаття 8 Конвенції, по суті, захищає особу від свавільного втручання органів державної влади, вона не просто змушує державу утримуватися від такого втручання: крім цього основного негативного зобов'язання у держави можуть виникати позитивні зобов'язання, необхідні для ефективного забезпечення поваги особистого чи сімейного життя. Такі зобов'язання можуть включати застосування заходів, спрямованих на забезпечення поваги приватного життя навіть у сфері відносин осіб між собою. Це також стосується захисту зображення особи від зловживань з боку інших осіб.

Неможливо точно визначити межу між відповідними позитивними і негативними зобов'язаннями держави. Застосовувані принципи, проте, схожі. В обох випадках потрібно враховувати справедливу рівновагу, яку необхідно встановити між конкуруючими інтересами особи і суспільства в цілому, і в обох випадках держава має певні межі розсуду.

58. Баланс між захистом приватного життя і свободою вираження поглядів гарантується статтею 10 Конвенції.

У зв'язку з цим Суд нагадує, що свобода вираження поглядів є одним з основних принципів демократичного суспільства. Згідно з пунктом 2 статті 10 така свобода поширюється не тільки на «інформацію» або «ідеї», які сприймаються схвально або вважаються необразливими чи нейтральними, а й на такі, що ображають, шокують або обурюють. Такими є вимоги плюралізму, терпимості й лібералізму, без яких неможливе «демократичне суспільство».

Таким чином, преса відіграє істотну роль у демократичному суспільстві. Хоча преса не повинна переступати певні межі, зокрема, щодо репутації та прав інших осіб, вона, тим не менш, зобов'язана доносити інформацію та ідеї з усіх питань, які становлять інтерес для суспільства, способами, що не суперечать її обов'язком і відповідальності. Журналістська свобода також передбачає можливість звернутися до певного перебільшення або навіть провокативності.

(…)

59. Хоча свобода вираження поглядів також поширюється на публікацію фотографій, у цій області захист прав і репутації інших осіб набуває особливої важливості. У цій справі поширювалися не «ідеї», а зображення, які містили дуже особисту і навіть інтимну інформацію про особу. Більш того, фотографії, які з'являються в бульварній пресі, часто робляться в атмосфері постійного докучання, яке викликає у відповідних осіб постійне відчуття прямого втручання в їх особисте життя і навіть відчуття переслідування.

(…)

61. Європейський Суд насамперед відзначає, що в цій справі фотографії заявниці в різних німецьких журналах зображують сцени її повсякденного життя і стосуються подій суто особистого характеру, коли вона займалася спортом, була на прогулянці, виходила з ресторану або перебувала на відпочинку. Фотографії, на яких заявниця зображена то на самоті, то в чиємусь супроводі, ілюструють серію статей під такими невинними заголовками, як «Просте щастя», «Кароліна … жінка повертається до життя», «В Парижі з принцесою Кароліною» і «Поцілунок, або Вони більше не ховаються».

62. Суд також зазначає, що заявниця як член сім'ї князя Монако представляє правлячу сім'ю на деяких культурних та благодійних заходах. Однак вона не виконує ніяких офіційних функцій у державі Монако або від імені держави Монако або її органів.

63. Однак Європейський Суд вважає, що необхідно встановити основні відмінності між повідомленням, яке ґрунтується на фактах, – навіть суперечливих, – що здатне стати поштовхом до дискусії в демократичному суспільстві, наприклад, коли мова йде про політичних діячів, які виконують свої офіційні функції, і, з іншого боку, між повідомленням про подробиці приватного життя особи, яка, крім того, як в цій справі, не виконує таких офіційних функцій. Якщо в першому випадку преса виконує властиву їй роль «сторожового пса» в демократичному суспільстві, здійснюючи свій внесок в «надання інформації та ідей, що становлять суспільний інтерес», то в другому випадку преса не виконує такої ролі.

64. Подібним чином, хоча громадськість має право на отримання інформації, що є невід'ємним правом у демократичному суспільстві і за певних обставинах може поширюватися навіть на окремі аспекти приватного життя публічних осіб, зокрема політичних діячів, це не стосується даної справи. Ситуація, яка розглядається в цій справі, не належить до сфери політичного або публічного обговорення, оскільки опубліковані фотографії і супровідні коментарі стосуються виключно подробиць приватного життя заявниці.

65. Як і в інших схожих розглянутих справах, Суд вважає, що публікація цих фотографій та статей, єдиним метою яких було задоволення цікавості певного читача про деталі приватної життя заявниці, не може вважатися внеском у розгляд питань суспільної цінності, незважаючи на те, що заявниця широко знана громадськістю.

66. При таких умовах свобода вираження поглядів повинна піддаватися більш вузькому тлумаченню.

(…)

69. Суд нагадує основоположне значення захисту приватного життя з точки зору розвитку особистості кожної людини. Такий захист, як зазначено вище, поширюється за межі приватного сімейного кола та включає також соціальний аспект. Суд вважає, що будь-яка особа, навіть добре знана громадськістю, повинна мати можливість «законного очікування» захисту та дотримання свого приватного життя.

70. Більше того, при захисті приватного життя потрібна підвищена увага, щоб протистояти новим комунікаційним технологіям, які дозволяють зберігати і відтворювати особисті дані. Це також стосується систематичної зйомки специфічного типу фотографій та їх розповсюдження серед широких кіл суспільства.

(…)

73. У підсумку, відмінність, встановлена між помітними фігурами сучасності та публічними особами, повинна бути чіткою та очевидною, щоб у державі, у якій дотримується принцип верховенства права, конкретна особа мала конкретні вказівки щодо того, як їй потрібно поводити себе.

Перш за все такі особи повинні точно знати, де і коли вони захищені, а де і коли, навпаки, їм потрібно чекати втручання інших осіб, особливо бульварної преси.

(…)

76. Як уже відзначав Суд, він вважає, що вирішальним фактором встановлення рівноваги між захистом приватного життя та свободою вираження поглядів є те, що опубліковані статті або фотографії приведуть до дискусії, яка представляє загальний інтерес. Зрозуміло, що в даному випадку вони нічого такого не принесуть, оскільки заявниця не виконує ніяких офіційних функцій, і фотографії та статті стосуються виключно деталей її приватного життя.

77. Більше того, Суд вважає, що громадськість не має законного права знати, де знаходиться заявниця і як вона взагалі поводить себе у своєму приватному житті, навіть якщо вона з'являється в місцях, які не завжди можна описати як окремі або безлюдні, і, не дивлячись на те, що вона добре відома суспільству. Навіть якщо існує якийсь публічний інтерес на зразок комерційного інтересу журналів до оприлюднення цих фотографій і статей, у даному випадку, за даними Суду, такі інтереси повинні бути підконтрольними праву заявниці на ефективний захист її приватного життя.

(…)

80. Таким чином, мало місце порушення статті 8 Конвенції». [Von Hannover v. Germany (59320/00). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–61853]

182.3.8. Справа «Кобченко проти України»

Фактичні обставини:

11 грудня 1998 року місцева поліклініка на запит роботодавця заявника надала довідку, що підтверджувала проходження заявником лікування тривалістю вісім місяців. У довідці також було зазначено діагноз заявника та рекомендовано його роботодавцю не залучати заявника до роботи нічним сторожем, не допускати емоційних перевантажень та ненормованих робочих днів.

17 грудня 1998 року заявника було звільнено з роботи за станом здоров'я. У задоволенні його позову до колишнього роботодавця про поновлення на роботі та стягнення заборгованості із заробітної плати було остаточно відмовлено ухвалою Верховного Суду України від 7 вересня 2001 року. Суди встановили, що довідка відповідала закону та не порушувала права заявника на повагу до особистого життя, оскільки його діагноз також було зазначено в лікарняних листах, які знаходились у роботодавця.

Рішення ЄСПЛ:

«32. Заявник також скаржився за пунктом 1 статті 6 Конвенції на несправедливий результат розгляду справи за позовом до місцевої поліклініки, неправильні оцінки доказів судом та тлумачення законодавства. Він також скаржився за статтею 8 Конвенції, що довідка містила його персональні дані та була видана на порушення його права на повагу до особистого життя.

33. Уважно розглянувши твердження заявника з урахуванням усіх наявних у нього матеріалів та в тій мірі, в якій вони охоплюються його компетенцією, Суд визнає, що вони не містять жодних ознак порушення прав і свобод, гарантованих Конвенцією.

34. Отже, ця частина скарги має бути відхилена відповідно до пунктів 3 та 4 статті 35 Конвенції як явно необґрунтована». [Кобченко проти України (37138/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_804]

182.3.9. Справа «Пантелеєнко проти України»

Фактичні обставини:

У грудні 2001 року заявник подав позов до Новозаводського суду проти Юридичного коледжу Чернігова та його ректора за наклеп. Заявник стверджував, що протягом слухання Атестаційної комісії 14 травня 2001 року ректор зробив три наклепницькі та образливі заяви на його адресу, включаючи одне грубе запитання щодо його психічного здоров'я. Заявник вимагав вибачень та компенсації за моральну шкоду. Протягом слухання справи одним з основних аргументів заявника було те, що він ніколи не страждав на будь-які психічні хвороби. На доказ цього він надав довідку, ймовірно, видану психіатричною лікарнею, із засвідченням того, що заявник ніколи не

проходив там лікування. Захист поставив під сумнів достовірність вищезазначеної довідки і попросив суд перевірити твердження заявника. 21 березня 2002 року цю заяву було задоволено, і до Чернігівської обласної психоневрологічної лікарні було направлено прохання надати інформацію щодо того, чи проходив заявник будь-яке психічне лікування. 3 квітня 2002 року лікарня надала суду довідку про те, що протягом декількох років заявник перебував на обліку як психічно хворий і проходив стаціонарне лікування у різних психіатричних клініках. Однак декількома роками раніше його було знято з обліку через довготривале послаблення симптомів хвороби. Суддя зачитав цю інформацію на одному з наступних слухань; однак у кінцевій ухвалі не було жодного посилання на цей факт.

3 червня 2002 року Новозаводський суд відхилив позов заявника як безпідставний. Суд визнав, між іншим, що заявник не зміг довести, що відповідач робив заяви стосовно його психічного стану.

Рішення ЄСПЛ:

«42. Заявник подав скаргу відносно того, що (…) розголошення на судовому слуханні конфіденційної інформації про стан його психічного здоров'я і психіатричне лікування порушило права, гарантовані йому статтею 8 Конвенції (…).

(…)

54. Уряд заявив, що, хоча будь-який запит конфіденційної інформації про психічний стан або психіатричне лікування людини, як правило, є втручанням у її особисте життя, у цьому випадку такого втручання не було. Уряд посилався у зв'язку з цим на той факт, що запит, який розглядається, був зроблений судом, а не, наприклад, ЗМІ, і він не мав на меті розповсюдження отриманої інформації. Уряд стверджував, що заявник сам спонукав суд вдатися до такого заходу для перевірки документа, наданого ним, достовірність якого було піддано сумніву.

55. Заявник заявив, що ця інформація не впливала на результат слухання у Новозаводському суді. Він стверджував, що цей захід є порушенням Конституції (254к/96-ВР), де він визначений як «незаконний» у значенні статті 8 Конвенції.

а. Чи мало місце втручання

56. Суд відзначає, що як зберігання державними органами інформації про особисте життя людини, так і її використання є порушенням права на повагу до особистого життя, гарантованого пунктом 1 статті 8 Конвенції.

57. У цьому випадку національний суд надіслав запит і отримав з психіатричної лікарні конфіденційну інформацію про психічний стан і відповідне медичне лікування заявника. Ця інформація була в подальшому оприлюднена суддею сторонам та іншим особам, присутнім у судовій залі на публічних слуханнях.

58. Суд вважає, що подібні подробиці, безперечно, є інформацією, що належить до «особистого життя» заявника, і що захід, який розглядається, призвів до розширення кола осіб, ознайомлених з цими подробицями. Таким чином, заходи, вжиті судом, є порушенням права заявника, гарантованого йому статтею 8 Конвенції.

б. Чи було втручання здійснено «відповідно до закону»

59. Головне питання полягає у тому, чи було втручання здійснено у відповідності з пунктом 2 статті 8, зокрема чи «відповідало воно закону» та «було необхідним у демократичному суспільстві» з однієї з причин, перелічених у цьому пункті.

60. Суд нагадує, що фраза «відповідно до закону» вимагає, щоб оскаржуваний захід мав певне підґрунтя в національному праві.

61. Варто зазначити, що Апеляційний суд, переглянувши справу, дійшов висновку, що опрацювання суддею суду першої інстанції особистої інформації заявника не відповідало спеціальному режиму стосовно збирання, збереження, використання та поширення інформації, що належить до інформації про психіатричний стан відповідно до статті 32 Конституції (254к/96-ВР) та статей 23 та 31 Закону України «Про інформацію» (2657–12) 1992 року; це рішення не було оскаржене Урядом. Більше того, Суд відмічає, що деталі, які розглядаються, не могли вплинути на результат судового процесу (тобто встановлення того, чи заявлене висловлення було зроблено, і оцінку того, чи було воно наклепницьким (…)), запит Новозаводським судом інформації був непотрібним,

оскільки інформація не була «важливою для розслідування, досудового слідства чи судового слухання», і, таким чином, був незаконним згідно зі статтею 6 Закону України «Про психіатричну допомогу» (1489–14) 2000 року.

62. Суд вважає, що з причин, викладених вище, мало місце порушення статті 8 Конвенції. Він не вважає за доцільне перевіряти відносно цього заходу, чи були дотримані інші умови пункту 2 цієї статті». [Пантелеєнко проти України (11901/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_274]

182.3.10. Справа «Peck v. the United Kingdom»

Фактичні обставини:

Заявник намагався здійснити самогубство на вулиці, не знаючи про те, що його знімають закритою телевізійною камерою («CCTV»). Оператор, який бачив тільки те, що заявник носив ножа, сповістив поліцію, яка втрутилася і надала заявнику медичну допомогу. Заявник був звільнений без звинувачення. Міська рада Brentwood (далі – Рада) випустила прес-реліз, до якого увійшли дві фотографії з кадру про інцидент, де було видно обличчя заявника. Дві місцеві газети також опублікували фотографії. Також вийшла місцева телевізійна передача, що включала кадри з інциденту. Рада також надала матеріали для включення в «Crime Beat», серію на телебаченні національного телебачення BBC з усною умовою, що ніхто не повинен бути ідентифікованим. Проте багато хто з друзів та родичів заявника впізнали його в програмі.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«60. (…) Суд зазначає, що заявник не скаржився, що збір даних через камеру відеоспостереження для спостереження за його рухами та створення самостійної реєстрації являє собою втручання у його приватне життя. Дійсно, він визнав, що така функція системи відеоспостереження разом з подальшим залученням поліції, можливо, врятувала його життя. Він стверджував, що розголошення цього запису було здійснено у спосіб, яким він ніколи не міг передбачити, і саме це спричинило таке втручання.

(…)

62. Заявник був на вулиці, але він не був там для участі в будь-якому публічному заході, і він не був громадським діячем. Вночі було пізно, він був глибоко обурений і в хворобливому стані. І хоча він у громадському місці маніпулював ножем, його згодом не звинувачували у кримінальному поводженні. Фактична спроба самогубства не була записана і тому не розкрита. Проте кадри були записані та оприлюднені Радою безпосередньо громадськості у своєму «CCTV News». Крім того, кадри були розкриті для ЗМІ для подальшого поширення.

(…)

63. Суд вважає, що розкриття інформації Радою відповідного матеріалу становило серйозне втручання у право заявника на повагу його приватного життя.

64. Уряд стверджував, що будь-яке втручання було «відповідно до закону», оскільки воно передбачене розділом 163 Закону про кримінальне правосуддя та громадський порядок 1994 року («Закон 1994 року») та розділу 111 Закону про місцеве самоврядування 1972 року («Закон 1972 року»), обидва ці положення відповідали вимогам Конвенції про «якість права». Вони додали, що будь-яке втручання переслідує законну мету: як це було прийнято під час судового розгляду, наміром Ради щодо встановлення та експлуатації системи відеоспостереження та розкриття інформації для медіа було виявлення та попередження злочинів, тим самим забезпечення громадської безпеки та приватної власності.

(…)

79. Що стосується цієї справи, то Суд спочатку зазначив, що до заявника не було висунуто обвинувачення у вчиненні правопорушення. Отже, ця справа не стосується розкриття інформації про кадр вчинення злочину.

Суд також відзначив, з одного боку, характер та серйозність втручання у приватне життя заявника. З іншого боку, Суд високо оцінює високий інтерес держави у виявленні та попередженні злочинів. Не викликає сумнівів те, що система відеоспостереження відіграє важливу роль у цих

аспектах, і ця роль стає більш ефективною та успішною завдяки рекламі системи відеоспостереження та її переваг.

80. Проте Суд зазначає, що Рада мала інші варіанти, що дозволяють їй досягти тих самих цілей.

(…)

85. Загалом, Суд не вважає, що за обставин цієї справи існували відповідні або достатні підстави, які могли б виправдати пряме розголошення Радою фотографій (…).

86. Нарешті, Суд не вважає, що пізніше добровільне виявлення заявою заявника зменшує серйозний характер втручання або зменшує відповідну вимогу догляду щодо розкриття інформації. Заявник був жертвою серйозного втручання у його право на недоторканність приватного життя, що включає в себе національне та місцеве висвітлення в засобах масової інформації: тому не можна заперечувати те, що він хотів потім використати засоби масової інформації для викриття та скарги щодо цього порушення.

87. Відповідно, Суд вважає, що розкриття інформації Радою CCTV матеріалів у «CCTV News» та «Yellow Advertiser», «Anglia Television» та BBC не супроводжувалося достатніми гарантіями запобігання розголошення інформації, що не відповідає гарантіям поваги заявника, що міститься в статті 8 Конвенції. Таким чином, розкриття інформації являє собою непропорційне і, отже, невиправдане втручання у його приватне життя та порушення статті 8 Конвенції». [Peck v. the United Kingdom (44647/98). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–60898]

182.3.11. Справа «Суріков проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«75. Суд зазначає, що інформація, про яку йдеться у цій справі, стосується відомостей про те, що у 1981 році заявника було визнано таким, що страждає на розлад, пов'язаний із психічним здоров'ям. Суд доходить висновку, що така інформація за своєю суттю є конфіденційними персональними даними незалежно від того, чи містила вона конкретний медичний діагноз. Отже, збирання, зберігання, поширення та інші види обробки такої інформації підпадають під дію статті 8.

(ii) Чи було втручання

76. Далі Суд зазначає, що на час подій, які стали підставою для подання цієї заяви, підприємство «Таврида», як вбачається з матеріалів справи, була державним підприємством. Крім того, Суд зазначає, що відповідно до чинного законодавства це підприємство було зобов'язане вести військовий облік робітників, і що дані щодо підстав звільнення заявника від військової служби зберігались ним саме в рамках виконання цього обов'язку. У світлі зазначеного, Суд вважає, що скаргу заявника необхідно розглядати як втручання органу влади у здійснення заявником права на своє приватне життя.

77. Отже, Суд має встановити, чи було це втручання обґрунтованим відповідно до пункту 2 статті 8.

(iii) Чи здійснювалось втручання згідно із законом

78. Щодо законності оскаржуваного втручання, як вбачається з доводів Уряду, то збирання та зберігання даних, які є предметом спору, здійснювалось на підставі статті 34 Закону України «Про військову службу» та положень Інструкції № 165. Використання цих даних при вирішенні питання про призначення заявника на вищу посаду, в свою чергу, здійснювалось на підставі статті 2 та статті 153 КЗпП.

79. Суд зазначає, що у відповідних рішеннях національні суди не послалися на жодне з наведених положень. Проте у світлі наявних матеріалів і, зокрема зауважень Уряду, Суд готовий визнати, що збирання, зберігання та використання даних щодо стану психічного здоров'я заявника в інший спосіб мали певне підґрунтя у національному законодавстві.

(…)

(iv) Чи переслідувало втручання законну ціль

82. Суд зазначає, що Уряд не надав коментарів щодо цілей оскаржуваного втручання. На підставі наявних в нього матеріалів Суд доходить висновку, що оскаржувані заходи могли вживатися з різними законними цілями, особливо для захисту національної та громадської безпеки, здоров'я та прав інших осіб, зокрема колег заявника.

(v) Чи було втручання необхідним

(…)

(β) Щодо розкриття даних заявника третім особам та їх використання під час вирішення питання щодо його призначення на вищу посаду

(…)

91. Суд визнає, що роботодавці можуть мати законний інтерес до інформації щодо стану психічного та фізичного здоров'я своїх працівників, зокрема у контексті покладання на нього певних професійних обов'язків, пов'язаних із особливими навичками, відповідальністю або повноваженнями. Проте він знову підкреслює, що збирання та обробка відповідної інформації мають бути законними та забезпечувати справедливий баланс між інтересами роботодавця та захистом недоторканості приватного життя кандидата на зайняття відповідної посади.

92. У зв'язку з цим Суд бере до уваги доводи заявника, що на момент використання (у 1997 та 2000 роках) даних щодо стану його здоров'я, створених у 1981 році, вони були досить застарілими. Крім того, оскільки вони не містили точного визначення встановленого на той час діагнозу заявника, вони були недостатніми для вирішення питання щодо можливості його призначення на запитувану посаду. Також слід зазначити, що у 2002 році заявник був направлений його роботодавцем на проходження медичного обстеження з метою встановлення його придатності до роботи на посаді, яку він бажав обійняти. Після отримання позитивного висновку його було зараховано до резерву та згодом задоволено його заяву про призначення на вищу посаду. Суду не було надано жодних доводів щодо неможливості застосування такого способу визначення придатності заявника за станом здоров'я раніше.

93. Суд також визнає, що у національних судах заявник прямо висував доводи, яким було надано оцінку у пункті 92, із посиланням на численні нормативно-правові акти. При цьому остаточні рішення, ухвалені національними судами, не містили жодних відповідей на ці доводи, а натомість посилались на виключне право розсуду адміністрації щодо кадрових рішень та нездатність заявника довести наявність злого умислу у діях його роботодавця. Національні суди також зазначили, що він не визначив конкретну роль окремих посадових осіб у розкритті даних про стан його психічного здоров'я. З текстів цих рішень не вбачається, що національні суди проаналізували, чи було дотримано справедливий баланс між інтересами роботодавця та захистом недоторканості приватного життя, при використанні спірних даних роботодавцем заявника під час вирішення, у межах свого права на розсуд, питання про призначення заявника на вищу посаду та відхилення його заяв про призначення на вищу посаду на підставі таких даних. Так само це стосується скарги заявника щодо розкриття цих даних колегам заявника у контексті процедури прийняття рішення та повідомлення їх суду під час відкритого судового засідання. Отже, суть скарг заявника залишилась поза межами судового розгляду. Таким чином, судові органи не надали належних і достатніх підстав в обґрунтування необхідності оскаржуваного втручання.

94. У світлі міркувань, викладених у пунктах 92 та 93, Суд доходить висновку, що використання оскаржуваних даних з метою вирішення питання щодо призначення заявника на вищу посаду та їх необмежене розкриття різним третім особам у цьому контексті не були необхідні у демократичному суспільстві.

(vi) Загальний висновок

95. З огляду на висновки Суду, викладені у пунктах 89 та 94, Суд доходить висновку, що було порушення статті 8 у зв'язку зі зберіганням і поширенням даних щодо стану психічного здоров'я заявника, а також у зв'язку з їх використанням при вирішення питання щодо задоволення заяв заявника про призначення на вищу посаду». [Суріков проти України (42788/06). https://minjust.gov.ua/files/general/2018/03/16/20180316165145–30.docx]

182.3.12. Справа «Uzun v. Germany»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«33. Заявник скаржився на те, що його спостереження за допомогою GPS у поєднанні з декількома додатковими заходами спостереження, а також використання даних, отриманих у ході кримінального провадження проти нього, порушили його право на повагу до свого приватного життя, як це передбачено в статті 8 Конвенції.

(…)

49. При визначенні того, чи є спостереження через GPS, проведене слідчими органами, втручанням у право заявника на повагу його особистого життя, Суд, враховуючи вищевикладені принципи, визначить спочатку, чи є цей захід компіляцією даних про заявника. Аргумент уряду, що це не так, враховуючи, що приймач GPS був вбудований в об'єкт (автомобіль), що належить третій особі (співучаснику заявника). Однак при цьому слідчі органи явно мали намір отримати інформацію про пересування як заявника, так і його співучасника, оскільки їм було відомо з їхніх попередніх розслідувань, що обидва підозрюваних використовували автомобіль S. разом у вихідні дні.

50. Більш того, факт, що заявник вважався об'єктом спостереження GPS не підлягає сумніву, оскільки інформація про переміщення автомобіля S. може бути пов'язана тільки з заявником за допомогою додаткового візуального спостереження, щоб підтвердити його присутність в цьому автомобілі. Дійсно, жоден із національних судів не висловив ніяких сумнівів у тому, що заявник піддавався нагляду через GPS.

51. Суд також зазначає, що, спостерігаючи за заявником через GPS, слідчі органи протягом трьох місяців систематично збирали і зберігали дані, визначаючи при цьому обставини місцезнаходження заявника і його переміщень у публічних місцях. Вони додатково фіксували особисті дані і використовували їх для складання схеми переміщень заявника, для проведення подальших розслідувань і збору додаткових доказів у місцях, куди проїхав заявник. Згодом ці данні використовувалися в кримінальному процесі проти заявника.

52. На думку Суду, GPS-спостереження за своєю природою відрізняється від інших методів візуального або акустичного спостереження, які, як правило, більш сприйнятливі до втручання в право людини на повагу до приватного життя, оскільки вони розкривають більше інформацію про поведінку або почуття людини. Беручи до уваги принципи, встановлені в його прецедентній практиці, Суд, тим не менше, вважає, що вищезазначені чинники є достатніми для того, щоб зробити висновок про те, що спостереження заявника через GPS в обставинах, що склалися, обробка і використання даних, отриманих описаним вище способом, веде до втручання в особисте життя, як це передбачено статтею 8 Конвенції.

(…)

70. Що стосується підстав, необхідних для спостереження за особою через GPS, Суд зазначає, що відповідно до Кримінально-процесуального кодексу Німеччини, таке спостереження може бути встановлено лише стосовно особи, підозрюваної у вчиненні тяжкого злочину або, в дуже обмежених обставинах, стосовно третьої особи, яка знаходиться в контакті з обвинуваченим, і якщо інші способи виявлення місцеположення обвинувачуваного мали меншу імовірність успіху або були більш складними. Він знаходить, що внутрішньодержавне законодавство встановлює досить суворі стандарти для санкціонування заходів спостереження.

(...)

72. Суд вважає, що судовий дозвіл на спостереження за особою через GPS контроль та можливість виключити докази, отримані в результаті незаконного спостереження за використанням GPS, представляють собою важливу гарантію, оскільки це перешкоджає слідчим органам збирати докази незаконними засобами.

(…)

74. Беручи до уваги вищесказане, Суд вважає, що втручання у право заявника на повагу його особистого життя було здійснено «згідно з законом» за змістом статті 8, пункту 2 Конвенції». [Uzun v. Germany (35623/05). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–100293]

182.3.13. Справа «Хан проти Об'єднаного Королівства»
Фактичні обставини:
(достатньо висвітлені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
Проаналізувавши обставини справи, Суд встановив, що на момент прослуховування розмов заявника в Об'єднаному Королівстві не існувало законодавства, яке регулювало б питання використання прихованих пристроїв для підслуховування.

Рекомендації Міністерства внутрішніх справ, які стосувались цих питань, не були нормативно обов'язковими. Крім того, офіційно вони не публікувалися, а отже, громадськість не знала про їхнє існування. Таким чином, Суд дійшов висновку, що це втручання органів державної влади у здійснення заявником свого права на приватне і сімейне життя не було передбачено національним законодавством, як того вимагає ч. 2 ст. 8 Конвенції. Отже, мало місце порушення ст. 8 Конвенції. [Хан проти Об'єднаного Королівства (12.05.2000). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_020]

182.3.14. Справа «Leander v. Sweden»
Фактичні обставини:
У серпні 1979 року заявник пан Torsten Leander розглядався як кандидат на роботу в музеї Військово-морських сил у Karlskrona, Швеція. Частина приміщень музею знаходилася на території, прилеглій до військово-морської бази. Як наслідок, призначенню на посаду повинен був передувати контроль безпеки – так званий контроль над персоналом, який включає використання даних, що містяться в секретній картотеці, що знаходиться в розпорядженні поліції безпеки. Проведена процедура регулювалася головним чином Законом 1969 року про контроль над персоналом, опублікованим в офіційному бюлетені законодавства Швеції. У справі заявника результатом контролю стала відмова в прийомі на роботу – без отримання можливості ознайомитися з переданими з поліцейської картотеки Військово-морським силам відомостями і заперечити їх.
Рішення ЄСПЛ:
(неофіційний авторський переклад)
«59. Разом з тим Суд визнає, що національні органи влади користуються правом розсуду, масштаби якого будуть залежати не тільки від характеру законної мети, а й від конкретного характеру втручання. У даному випадку зацікавленість держави-відповідача у захисті його національної безпеки повинна бути збалансована з серйозністю втручання в право заявника на повагу до його приватного життя.

Не може бути ніяких сумнівів щодо необхідності з метою захисту національної безпеки для Договірних держав мати закони, що надають компетентним національним органам влади повноваження, по-перше, збирати і зберігати в реєстрах, які будуть недоступні для публічної інформації про осіб, і, по-друге, використовувати цю інформацію при оцінці придатності кандидатів для роботи на посадах, що мають важливе значення для національної безпеки.

За загальним визнанням, оспорюване втручання негативно позначилося на законних інтересах пана Leander оскільки вплинуло на його можливості доступу до деяких посад у рамках державної служби. З іншого боку, право на доступ до державної служби не закріплено в Конвенції, і, крім цих наслідків, втручання не було перешкодою для його приватного життя за власним вибором.

За цих обставин Суд погоджується з тим, що свобода розсуду, доступна державі-відповідачу при оцінці нагальної соціальної потреби в цій справі і, зокрема, при виборі засобів для досягнення законної мети захисту національної безпеки, є широкою.

60. Проте з огляду на те, що система секретного спостереження за захистом національної безпеки ставить під загрозу або навіть руйнує демократію на підставі її захисту, Суд повинен бути впевнений у тому, що існують адекватні та ефективні гарантії від зловживань.

(…)

66. Той факт, що інформацію, надану військовій владі, не було повідомлено пану Leander, сам по собі не може свідчити про те, що втручання не було «необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки», саме відсутність такого повідомлення, забезпечує, принаймні частково, ефективність процедури контролю персоналу.

(…)

67. Таким чином, Суд, як і Комісія, доходить висновку про те, що гарантії, що містяться в шведській системі контролю за персоналом, відповідають вимогам пункту 2 статті 8. Беручи до уваги наявну у неї широку свободу розсуду, держава-відповідач має право вважати, що в даному випадку інтереси національної безпеки переважають над індивідуальними інтересами заявника. Таким чином, втручання, якому піддавався пан Leander, не може вважатися невідповідним законній меті». [Leander v. Sweden (9248/81). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57519]

182.3.15. Справа «Rotaru v. Romania»

Фактичні обставини:

У 1946 році, після встановлення комуністичного режиму, заявнику, який тоді був учнем, місцевим органом влади було відмовлено в дозволі опублікувати дві брошури «Студентська душа» (Suflet de student) і «Протести» (Proteste), на тій підставі, що вони висловили антиурядові настрої. Незадоволений відмовою, заявник написав два листи до префекта, в яких він протестував проти скасування свободи вираження в новому народному режимі. В результаті цих листів заявника було затримано 7 липня 1948 року. 20 вересня 1948 року суд засудив заявника за звинуваченням в образливій поведінці і засудив його до тюремного ув'язнення на один рік. У 1989 році, після повалення комуністичного режиму, новий уряд видав декрет №.118/1990, який надав певні права тим, хто піддався переслідуванню з боку комуністичного режиму, якщо вони не причетні до фашистського режиму. 30 липня 1990 року заявник звернувся до суду з позовом проти міністерства внутрішніх справ – визнати покарання у вигляді позбавлення волі у 1948 р. як факт переслідування з боку комуністичного режиму і підстави виплати йому пенсії. У рамках свого захисту міністерство внутрішніх справ представило в суд документ румунської розвідувальної служби (Serviciul Român de Informaţii – «RIS»), в якому стверджувалося, серед іншого, що заявник у 1937 році під час навчання в університеті був членом Асоціації «Christian Students' Association» (рух фашистського типу). Згодом зазначена інформація Департаментом державної безпеки Румунії була визнана неправдивою, оскільки заявнику у 1937 р. було 16 років і він не міг бути легіонером. На підставі цього заявник порушив справу проти RIS, заявивши, що він ніколи не був членом румунського руху легіонерів, що він не був студентом факультету наук в Університеті Яси і вимагав зобов'язати RIS змінити або знищити файл, який містить неправдиву інформацію про його членство в легіоні.

У рішенні від 6 січня 1993 року Бухарестський суд першої інстанції відхилив клопотання заявника на тій підставі, що встановлені законом положення про деліктну відповідальність цього не дозволяють. Заявник подав апеляцію, яка не була задоволена.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«36. У цій справі Суд відзначає, що заявник скаржився на ведення секретного реєстру, який містить інформацію про нього, яка була публічно розкрита в ході судового розгляду. Тому він вважає, що може у цій справі претендувати на те, щоб бути визнаним жертвою порушення Конвенції.

Суд також зазначає, що в рішенні від 25 листопада 1997 року Апеляційний суд Бухареста встановив, що дані, зазначені в листі від 19 грудня 1990 року про передбачуваний факт, що заявник був легіонером, були помилковими, оскільки вони, ймовірно, були пов'язані з особою з таким самим ім'ям.

Припускаючи, що можна вважати, що це рішення якоюсь мірою дозволило заявнику отримати компенсацію за існування в його справі інформації, яка виявилася помилковою, Суд вважає,

що таке відшкодування є лише частковим і що у всіх випадках цього недостатньо відповідно до прецедентного права щоб позбавити його статусу потерпілого.

(…)

46. Суд зазначає, що як зберігання державним органом інформації, що стосується приватного життя людини, так і її використання, а також відмова надати можливість для спростування такої інформації є втручанням у право на повагу до приватного життя, закріплене у пункті 1 статті 8 Конвенції.

У даному випадку очевидно, що лист RIS від 19 грудня 1990 року містив інформацію про приватне життя заявника. Хоча цей лист, за загальним визнанням, передував вступу Конвенції в силу стосовно Румунії 20 червня 1994 року, уряд не представив докази, що RIS перестало зберігати та використовувати інформацію про приватне життя заявника після цієї дати.

Як зберігання цієї інформації, так і її використання, в поєднанні з відмовою надати заявнику можливість спростувати це, являли собою втручання в його право на повагу до свого приватного життя, гарантоване статтею 8 Конвенції». [Rotaru v. Romania (28341/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58586]

182.3.17. Справа «Компанія «Плон» проти Франції»
Див.: 173.3.10

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 182 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

182.4.1. Практика ЄСПЛ дає можливість віднести до конфіденційної інформації про особу (диспозиція ч. 1 ст. 182 КК України), зокрема, таку інформацію: дані, що свідчать: про расову приналежність, політичні, релігійні чи інші переконання, здоров'я, статеве життя, засудження в кримінальному порядку (див.: 182.1.6 – ст. 6); медичні або генетичні дані (див.: 182.1.8 – ст. 19); усі дані особистого характеру, що стосуються особи, від якої були пересаджені органи або тканини, і одержувача (див.: 182.1.11 – ст. 23); дані про пересування і знаходженні осіб, стосовно яких здійснюються «особливі методи розслідування» (наприклад, прослуховування телефонів) (див.: 182.1.12; 182.3.2); реєстраційні дані голосів (див.: 182.2.2); гендерна ідентифікація, ім'я, сексуальна орієнтація та сексуальне життя (див: 182.2.6); дані, що міститься в клітинних зразках (див.: 182.2.9); дані таємного спостереження (див.: 182.2.10); інформація про співробітництво з органами державної безпеки (див.: 182.3.3); дані про контакти з іноземними посольствами (див.: 182.3.4); особисті зображення (див.: 182.3.7; 182.3.10); дані про звернення до закладів психіатричної допомоги (див.: 182.3.9); відомості про проведення медичного огляду особи на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, або захворювання на синдром набутого імунодефіциту (СНІД) та його результатів, а також інші дані, що становлять лікарську таємницю (див.: 182.3.5, а також 182.4.9); участь у певному політичному русі за часів тоталітарного режиму (див.: 182.3.15).

182.4.2. До конфіденційної інформації про особу (диспозиція ч. 1 ст. 182 КК України) належить, зокрема, інформація, що була зібрана за часів радянської доби (до 1991 р.), – незалежно від того, наскільки вона правдива (відповідає дійсним фактам).

(Див.: 182.3.15)

182.4.3. До конфіденційної інформації про особу (диспозиція ч. 1 ст. 182 КК України) належить інформація, яка стосується, зокрема, груп осіб, асоціацій, фондів, компаній, корпорацій та будь-яких інших організацій, що безпосередньо чи опосередковано складаються з окремих осіб, незалежно від того, мають чи не мають такі установи статус юридичної особи. Наприклад, містить ознаки цього злочину поширення інформації про персональний склад асоціації ЛГБТ, якщо сама асоціація декларує анонімність списку своїх членів.

(Див.: ст. 1 Закон 2 від 06.07.2010 «Про ратифікацію Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних та Додаткового протоколу до Конвенції про

захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних стосовно органів нагляду та транскордонних потоків даних»)

182.4.4. Не належать до предмету цього злочину конфіденційні персональні данні, які обробляються фізичними особами виключно для непрофесійних особистих чи побутових потреб. Наприклад, не містить ознак цього злочину знищення чи поширення бази даних про комунальні платежі, яку фізична особа веде для контролю своїх особистих фінансів.

(Див.: ст. 1 Закону України від 06.07.2010 «Про ратифікацію Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних та Додаткового протоколу до Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних стосовно органів нагляду та транскордонних потоків даних»)

182.4.5. Поняття «приватне життя» має тлумачитися розширено – із включенням до предмета цього злочину конфіденційної інформації не тільки про сімейний стан, місце проживання, стан здоров'я потерпілого тощо, а й про його стосунки з іншими особами, у т.ч. – ділового та професійного характеру.

(Див.: 182.3.3)

182.4.6. Приховане без попередження, як це передбачено національним законодавством, відеоспостереження адміністрацією за працівниками на їх робочому місці визнається незаконним збиранням конфіденційної інформації про особу.

(Див.: 182.3.1)

182.4.7. Відкрите відеоспостереження за працівниками на робочому місці з метою, яка не передбачена законом (наприклад, мета спостереження за навчальним процесом в аудиторіях університету), визнається незаконним збиранням конфіденційної інформації про особу.

(Див.: 182.3.6)

Слід підкреслити, що навіть у випадках, коли приховане чи відкрите відеоспостереження за працівниками на їх робочому місці не порушує відповідних норм національного законодавства, але не переслідує законну мету з числа вказаних у пункті 2 ст. 8 Конвенції та (або) не визнається необхідним у демократичному суспільстві для досягнення законної мети, ЄСПЛ постановляє про порушення таким відеоспостереженням права на повагу до приватного життя.

182.4.8. Публікацію в пресі інформація приватного характеру, яка була отримана під час прослуховування телефонів підозрюваної особи правоохоронними органами, визнано ЄСПЛ порушенням права на повагу до приватного життя.

(Див.: 182.3.2)

182.4.9. Розголошення конфіденційних відомостей про особу свідка у тексті рішення суду, яке доступне для преси, визнано ЄСПЛ порушенням права на повагу до приватного життя.

(Див.: 182.3.5)

182.4.10. Вирішальним чинником для урівноваження захисту приватного життя та свободи вираження поглядів має бути вирішення питання, якою мірою поширення інформації сприяє обговоренню, що викликало суспільний інтерес. Публікація фотографій та статей, єдиною метою яких було задоволення цікавості певного читача про деталі приватного життя особи, не може вважатися внеском у розгляд питань суспільної цінності, незважаючи на те, що ця особа широко суспільно відома.

(Див.: 182.3.7)

182.4.11. Запит, отримання та опрацювання українським судом конфіденційної інформації про психічний стан і відповідне медичне лікування особи, при тому, що така інформація не була потрібною для вирішення судової справи по суті, визнано ЄСПЛ порушення недоторканності приватного життя.

(Див.: 182.3.9)

182.4.12. Щодо розмежування цього злочину від незаконного розголошення лікарської таємниці та від розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (див. 145.4.1).

182.4.13. Оприлюднення в засобах масової інформації фото, зробленого в громадському місці автоматичною камерою спостереження, визнано втручанням до приватного життя зображеної на фото особи.
(Див.: 182.3.10)

182.4.14. Використання керівництвом та кадровим підрозділом підприємства застарілих даних про стан психічного здоров'я працівника з метою вирішення питання про його призначення на вищу посаду, а також необмежене розкриття таких даних третім особам не були необхідні у демократичному суспільстві, а відтак були незаконними.
(Див.: 182.3.11)

182.4.15. Використання правоохоронними органами з дотриманням національного законодавства спеціальних технічних засобів для збирання, зберігання, використання конфіденційної інформації про особу визнаються законними за умов, що це здійснюється в інтересах національної та громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, а також в обставинах та обсягах, що є необхідними у демократичному суспільстві.
(Див.: 182.3.12)

182.4.16. Використання правоохоронними органами спеціальних технічних засобів отримання інформації за відсутності правових підстав для цього визнається порушенням права на повагу до приватного життя.
(Див.: 182.3.13)

182.4.17. Відсутнє порушення ст. 8 Конвенції у наданні національним законодавством органам захисту національної безпеки повноважень збирати і зберігати в реєстрах, які будуть недоступні для публічного доступу, інформацію про осіб, яка може бути використана при оцінці придатності кандидатів для роботи на посадах, що мають важливе значення для національної безпеки.
(Див.: 182.3.14)

Зауважимо, що збирання і використання конфіденційної інформації про особу правоохоронними органами не утворює складу цього злочину, якщо така діяльність здійснюється в суворій відповідності з нормативними актами, що регулюють повноваження працівників вказаних органів. На цей висновок не впливає те, що особі, стосовно якої збирається конфіденційна інформація, про це не повідомляється.

Натомість поширення конфіденційної інформації, зібраної правоохоронними органами, визнається порушенням недоторканності приватного життя, якщо таке поширення інформації було здійснено без згоди відповідної особи і в не установленому законом порядку.

182.4.18. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність», має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.
(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акту), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

182.4.19. У випадках, коли порушення недоторканності приватного життя вчинене від імені держави, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону права людини на повагу до приватного життя, своєчасне і повне розслідування випадків його порушення, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

(Див: 04.13)

Стаття 183. Порушення права на отримання освіти

1. Незаконна відмова у прийнятті до навчального закладу будь-якої форми власності –

карається штрафом до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Незаконна вимога оплати за навчання у державних чи комунальних навчальних закладах –

карається штрафом до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 183 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

§1. Норми міжнародного права
що стосуються забезпечення права на освіту

183.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
*«**Статья 26***

1. Каждый человек имеет право на образование. Образование должно быть бесплатным по меньшей мере в том, что касается начального и общего образования. Начальное образование должно быть обязательным. Техническое и профессиональное образование должно быть общедоступным, и высшее образование должно быть одинаково доступным для всех на основе способностей каждого.

(…)

3. Родители имеют право приоритета в выборе вида образования для своих малолетних детей». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

183.1.2. Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 20.03.1952)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
*«**Стаття 2. Право на освіту***

Нікому не може бути відмовлено у праві на освіту. Держава при виконанні будь-яких функцій, узятих нею на себе в галузі освіти і навчання, поважає право батьків забезпечувати таку освіту і навчання відповідно до їхніх релігійних і світоглядних переконань». [Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 20.03.1952). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_535]

183.1.3. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права.
(ООН, від 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР № 2148-VIII від 19.10.1973)
*«**Стаття 13***

1. Держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожної людини на освіту. Вони погоджуються, що освіта повинна спрямовуватись на повний розвиток людської особи та усвідомлення її гідності і повинна зміцнювати повагу до прав людини і основних свобод. Вони, далі, погоджуються в тому, що освіта повинна дати можливість усім бути корисними учасниками вільного суспільства,

сприяти взаєморозумінню, терпимості і дружбі між усіма націями і всіма расовими, етнічними та релігійними групами і сприяти роботі Організації Об'єднаних Націй по підтриманню миру.

2. Держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають, що для повного здійснення цього права:

а) початкова освіта повинна бути обов'язкова і безплатна для всіх;

b) середня освіта в її різних формах, включаючи професійно-технічну середню освіту, повинна бути відкрита і зроблена доступною для всіх шляхом вжиття всіх необхідних заходів і, зокрема, поступового запровадження безплатної освіти;

c) вища освіта повинна бути зроблена однаково доступною для всіх на основі здібностей кожного шляхом вжиття всіх необхідних заходів і, зокрема, поступового запровадження безплатної освіти;

(…)

4. Ніяка частина цієї статті не повинна тлумачитись у розумінні приниження свободи окремих осіб та установ створювати навчальні заклади і керувати ними при незмінній умові додержання принципів, викладених у пункті 1 цієї статті, і вимоги, щоб освіта, яку дають у таких закладах, відповідала тому мінімуму вимог, що його може бути встановлено державою». [Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_042]

183.1.4. Конвенція про права дитини

(ООН, від 20.11.1989 р.)

(ратифіковано Постановою ВР № 789-XII від 27.02.91)

«***Стаття 1***

Для цілей цієї Конвенції дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше.

(…)

Стаття 28

1. Держави-учасниці визнають право дитини на освіту, і з метою поступового досягнення здійснення цього права на підставі рівних можливостей вони, зокрема:

а) вводять безплатну й обов'язкову початкову освіту;

b) сприяють розвиткові різних форм середньої освіти, як загальної, так і професійної, забезпечують її доступність для всіх дітей та вживають таких заходів, як введення безплатної освіти та надання у випадку необхідності фінансової допомоги;

c) забезпечують доступність вищої освіти для всіх на підставі здібностей кожного за допомогою всіх необхідних засобів;

d) забезпечують доступність інформації і матеріалів у галузі освіти й професійної підготовки для всіх дітей;

e) вживають заходів для сприяння регулярному відвіданню шкіл і зниженню кількості учнів, які залишили школу». [Конвенція про права дитини (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_021]

183.1.5. Конвенція про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти

(ООН, від 14.12.1960)

(набрання чинності 22.05.1962)

(Див.: 161.1.17)

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо захисту права на освіту

183.2.1. Справа «Leyla Şahin v. Turkey»

«134. В першому реченні статті 2 Протоколу № 1 передбачається, що нікому не може бути відмовлено у праві на освіту. Хоча в цьому положенні немає згадки про вищу освіту, не можна припустити, що воно не поширюється на всі рівні освіти, включаючи вищу освіту.

(…)

137. Отже, було б важко уявити, що вищі навчальні заклади, які існують в даний момент часу, не підпадають під дію першого речення статті 2 Протоколу №1. Хоча ця стаття не накладає на Договірних держав обов'язок для створення вищих навчальних закладів, будь-яка держава, яка робить це, буде зобов'язана надати ефективне право на доступ до таких вищих навчальних закладів. У демократичному суспільстві право на освіту, яке необхідно для розвитку прав людини, відіграє таку фундаментальну роль, що обмежувальне тлумачення першого речення статті 2 Протоколу №1 не узгоджується з метою чи завданням Конвенції.

(…)

141. У світлі всіх вищевикладених міркувань ясно, що будь-які вищі навчальні заклади, які існують в даний момент, входять в сферу застосування першого речення статті 2 Протоколу №1, оскільки право доступу до таких установ є невід'ємною частиною права, викладеного в цьому положенні. Це не є розширювальним тлумаченням, що встановлює нові зобов'язання для Договірних держав: воно засноване на тих самих положеннях першого речення статті 2 Протоколу №1, які розглядаються в його контексті, і з урахуванням об'єкта і мети Конвенції.

(…)

156. Право на освіту в принципі не виключає застосування дисциплінарних заходів, включаючи призупинення або виключення з навчального закладу з метою забезпечення дотримання його внутрішніх правил. Накладення дисциплінарних стягнень є невід'ємною частиною процесу, при якому освітянський заклад прагне досягти мети, для якого він був створений, включаючи формування характеру і розумових здібностей своїх учнів». [Leyla Şahin v. Turkey (44774/98). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–70956]

§3. Рішення ЄСПЛ
що стосуються забезпечення права на освіту

182.3.1. Справа «Ponomaryovi v. Bulgaria»
Фактичні обставини:

Через вимоги закону про національну початкову освіту від 1991 року лише болгарські громадяни та деякі категорії іноземців мали право на безкоштовну початкову і середню освіту. Заявниками є два учні російського громадянства, які виросли у Болгарії, разом із їх матір'ю. На час подій, тільки мати мала дозвіл на постійне проживання, у той час як дітям надавалося лише право жити з нею як члени сім'ї. У скарзі, яку було подано до Європейського Суду, заявники стверджували, що оплата (800 і 2 600 євро відповідно), яку вони змушені були здійснювати за навчання у середній школі у Болгарії, є дискримінаційною, оскільки таке навчання є безкоштовним для громадян Болгарії та для іноземців, яким надано дозвіл на постійне проживання.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«56. На думку Суду, свобода розсуду держави в цій області зростає з рівнем освіти. Таким чином, на університетському рівні, який до цього дня залишається факультативним для багатьох людей, більш висока плата для іноземців – і навіть плата в цілому – видаються звичайним явищем і можуть у нинішніх умовах вважатися повністю виправданими. Навпаки з початковим навчанням, яке забезпечує базову грамотність, а також інтеграцію і перший досвід життя в суспільстві – і є обов'язковим у більшості країн.

57. Тим не менш, із поступовим сприйняттям державами поняття суспільства «заснованого на знаннях», вона відіграє все більш значну роль в успішному розвитку особи і в її соціальній і професійній інтеграції. До речі, у сучасному суспільстві, наявність лише початкових умінь і знань гальмує успішний особистий і професійний розвиток і перешкоджає пристосуванню особи до її оточення, що має важкі наслідки для її соціального і економічного добробуту. Ці міркування спонукають Суд застосувати більш жорсткий контроль стосовно пропорційності заходів, які були застосовані щодо заявників.

58. Заявники не є особами, які прибули до Болгарії нелегально з метою вимагати одержання послуг від держави на свою користь, а саме безкоштовної освіти. У той час як у заявників не було

дозволу на постійне проживання, національні органи реально не перешкоджали їх перебуванню на території і ніколи не мали серйозного наміру щодо їх екстрадиції. Таким чином, є очевидним що ніяке міркування, засноване на необхідності загальмувати або перешкодити нелегальні міграційні потоки, не може бути прийнятним у даній справі. До речі, болгарські офіційні органи і не виходили з таких міркувань. До речі, законодавство не передбачало ніякої можливості звернутися із проханням про звільнення від оплати за навчання. А отже, в особливих обставинах даної справи, обов'язок оплатити середнє шкільне навчання, який був покладено на заявників на підставі їх приналежності до іншого громадянства та їх імміграційного статусу, не був виправданий.

61. Не можна також сказати, що заявники намагалися зловживати болгарською освітньою системою. Це не їх вибір, щоб оселитися в Болгарії і продовжити там свою освіту: вони почали жити в країні в дуже молодому віці, тому що їх мати вийшла заміж за болгарського громадянина. Заявники реально не могли переїхати в іншу країну і там навчатися. Більш того, немає ніяких вказівок на те, що заявники, які були повністю інтегровані в болгарське суспільство і вільно говорили по-болгарськи, мали якісь особливі освітні потреби, які зажадали б додаткового фінансування для їх шкіл.

(…)

63. Суд вважає, що в конкретних обставинах сьогодення справи вимога про те, щоб заявники платили внески за їх середню освіту в зв'язку з їх громадянством і імміграційним статусом, не була виправдана. Таким чином, мало місце порушення статті 14 Конвенції, прийнятої у зв'язку зі статтею 2 Протоколу № 1». [Ponomaryovi v. Bulgaria (5335/05). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–105295]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 183 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

183.4.1. За ч. 1 і ч. 2 ст. 181 КК України кваліфікуються відповідні діяння щодо навчального закладу будь-якого рівня освіти – дошкільної, повної загальної середньої, позашкільної, професійної (професійно-технічної), фахової передвищої, вищої і післядипломної освіти. Однак норми міжнародних договорів, що встановлюють обов'язок держав-учасниць забезпечити доступ до освіти, передбачають врахування рівня здібностей осіб, які претендують на вступ до навчальних закладів технічного, професійного і вищого рівня. Відсутнє порушення права на отримання освіти у випадках відмови в установленому порядку в прийнятті до закладу вищої освіти будь-якої форми власності за результатами незалежного тестування.

(Див.: 183.1.1–183.1.4; 183.2.1)

183.4.2. Порушення права на отримання освіти може утворювати сукупність із порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками.

(Див.: 183.1.5; 183.3.1)

183.4.3. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність», має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)

183.4.4. У випадках, коли порушення прав і свобод людини вчинене від імені держави, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону вказаних прав і свобод, своєчасне і повне розслідування випадків їх порушення, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

(Див: 04.13)

Стаття 184. Порушення права на безоплатну медичну допомогу

1. Незаконна вимога оплати за надання медичної допомоги в державних чи комунальних закладах охорони здоров'я –

карається штрафом до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців.

2. Незаконне скорочення мережі державних і комунальних закладів охорони здоров'я –

карається штрафом до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років.

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 184 КК України

184.4.1. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність», має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

184.4.2. У випадках, коли порушення прав і свобод людини вчинене від імені держави, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону вказаних прав і свобод, своєчасне і повне розслідування випадків їх порушення, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

(Див: 04.13)

Розділ VI. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ

Стаття 185. Крадіжка

1. Таємне викрадення чужого майна (крадіжка) –

карається штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від вісімдесяти до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Крадіжка, вчинена повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

карається арештом на строк від трьох до шести місяців або обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Крадіжка, поєднана з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище або що завдала значної шкоди потерпілому, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до шести років.

4. Крадіжка, вчинена у великих розмірах, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

5. Крадіжка, вчинена в особливо великих розмірах або організованою групою, –

карається позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років з конфіскацією майна.

Примітка. 1. У статтях 185, 186 та 189–191 повторним визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених цими статтями або статтями 187, 262 цього Кодексу.

2. У статтях 185, 186, 189 та 190 цього Кодексу значна шкода визнається із врахуванням матеріального становища потерпілого та якщо йому спричинені збитки на суму від ста до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

3. У статтях 185–191, 194 цього Кодексу у великих розмірах визнається злочин, що вчинений однією особою чи групою осіб на суму, яка в двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення злочину.

4. У статтях 185–187 та 189–191, 194 цього Кодексу в особливо великих розмірах визнається злочин, що вчинений однією особою чи групою осіб на суму, яка в шістсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення злочину.

(Стаття 185 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1449-VI від 04.06.2009)

Стаття 186. Грабіж

1. Відкрите викрадення чужого майна (грабіж) –

карається штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста двадцяти до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк до чотирьох років.

2. Грабіж, поєднаний з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства, або вчинений повторно, або за попередньою змовою групою осіб, –

карається позбавленням волі на строк від чотирьох до шести років.

3. Грабіж, поєднаний з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище або що завдав значної шкоди потерпілому, –

карається позбавленням волі на строк від чотирьох до восьми років.

4. Грабіж, вчинений у великих розмірах, –

карається позбавленням волі на строк від семи до десяти років.

5. Грабіж, вчинений в особливо великих розмірах або організованою групою, –

карається позбавленням волі на строк від восьми до тринадцяти років із конфіскацією майна.

(Стаття 186 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 187. Розбій

1. Напад з метою заволодіння чужим майном, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства (розбій), –

карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

2. Розбій, вчинений за попередньою змовою групою осіб, або особою, яка раніше вчинила розбій або бандитизм, –

карається позбавленням волі на строк від семи до десяти років із конфіскацією майна.

3. Розбій, поєднаний з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище, –

карається позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років із конфіскацією майна.

4. Розбій, спрямований на заволодіння майном у великих чи особливо великих розмірах або вчинений організованою групою, або поєднаний із заподіянням тяжких тілесних ушкоджень, –

карається позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років із конфіскацією майна.

(Статтю 188 виключено на підставі Закону № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 188[1]. Викрадення води, електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання

1. Викрадення гарячої або питної води, електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання без приладів обліку, результати вимірювання яких використовуються для здійснення комерційних розрахунків (якщо використання приладів обліку обов'язкове), або внаслідок умисного пошкодження приладів обліку чи у будь-який інший спосіб, якщо такими діями завдано значної шкоди, –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони завдали шкоду у великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк до трьох років.

Примітка. Шкода, передбачена цією статтею, визнається значною, якщо вона в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а у великих розмірах – якщо вона в двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Кодекс доповнено статтею 188[1] згідно із Законом № 2598-IV від 31.05.2005; із змінами, внесеними згідно із Законом № 2119-VIII від 22.06.2017)

Стаття 189. Вимагання

1. Вимога передачі чужого майна чи права на майно або вчинення будь-яких дій майнового характеру з погрозою насильства над потерпілим чи його близькими родичами, обмеження прав, свобод або законних інтересів цих осіб, пошкодження чи знищення їхнього майна або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною, або розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці (вимагання), –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Вимагання, вчинене повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням свого службового становища, або з погрозою вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, або з пошкодженням чи знищенням майна, або таке, що завдало значної шкоди потерпілому, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

3. Вимагання, поєднане з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, або таке, що завдало майнової шкоди у великих розмірах, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років із конфіскацією майна.

4. Вимагання, що завдало майнової шкоди в особливо великих розмірах, або вчинене організованою групою, або поєднане із заподіянням тяжкого тілесного ушкодження, –

карається позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років з конфіскацією майна.

Стаття 190. Шахрайство

1. Заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою (шахрайство) –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Шахрайство, вчинене повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або таке, що завдало значної шкоди потерпілому, –

карається штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк від одного до двох років, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

3. Шахрайство, вчинене у великих розмірах, або шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

4. Шахрайство, вчинене в особливо великих розмірах або організованою групою, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років з конфіскацією майна.

(Стаття 190 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 191. Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем

1. Привласнення чи розтрата чужого майна, яке було ввірене особі чи перебувало в її віданні, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до чотирьох років, або позбавленням волі на строк до чотирьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

караються обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на строк від трьох до восьми років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

4. Дії, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, якщо вони вчинені у великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

5. Дії, передбачені частинами першою, другою, третьою або четвертою цієї статті, якщо вони вчинені в особливо великих розмірах або організованою групою, –

караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

Стаття 192. Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою

1. Заподіяння значної майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою за відсутності ознак шахрайства –

караються штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців.

2. Ті самі діяння, вчинені за попередньою змовою групою осіб, або такі, що заподіяли майнову шкоду у великих розмірах, –

караються штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років.

Примітка. Відповідно до цієї статті майнова шкода визнається значною, якщо вона у п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а у великих розмірах – така, що у сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 192 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 193. Незаконне привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї

1. Незаконне привласнення особою знайденого чи такого, що випадково опинилося у неї, чужого майна або скарбу, які мають особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність, –

карається штрафом від ста до ста п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців.

(Стаття 193 в редакції Закону № 270-VI від 15.04.2008; із змінами, внесеними згідно із Законом № 2518-VI від 09.09.2010)

Стаття 194. Умисне знищення або пошкодження майна

1. Умисне знищення або пошкодження чужого майна, що заподіяло шкоду у великих розмірах, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста двадцяти до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Те саме діяння, вчинене шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом, або заподіяло майнову шкоду в особливо великих розмірах, або спричинило загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до десяти років.

(Стаття 194 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

Стаття 194[1]. Умисне пошкодження об'єктів електроенергетики

1. Умисне пошкодження або руйнування об'єктів електроенергетики, якщо ці дії призвели або могли призвести до порушення нормальної роботи цих об'єктів, або спричинило небезпеку для життя людей, –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або загальнонебезпечним способом, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до десяти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

(Кодекс доповнено статтею 194[1] згідно із Законом № 2598-IV від 31.05.2005; із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 195. Погроза знищення майна

Погроза знищення чужого майна шляхом підпалу, вибуху або іншим загальнонебезпечним способом, якщо були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від шістдесяти до ста двадцяти годин, або виправними роботами на строк до одного року, або арештом на строк до шести місяців.

(Стаття 195 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 196. Необережне знищення або пошкодження майна

Необережне знищення або пошкодження чужого майна, що спричинило тяжкі тілесні ушкодження або загибель людей, –

карається виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

(Стаття 196 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 197. Порушення обов'язків щодо охорони майна

Невиконання або неналежне виконання особою, якій доручено зберігання чи охорона чужого майна, своїх обов'язків, якщо це спричинило тяжкі наслідки для власника майна, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста двадцяти до двохсот сорока годин або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на той самий строк.

(Стаття 197 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 197[1]. Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво

1. Самовільне зайняття земельної ділянки, яким завдано значної шкоди її законному володільцю або власнику, –

карається штрафом від двохсот до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців.

2. Самовільне зайняття земельної ділянки, вчинене особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею, або групою осіб, або щодо земельних ділянок особливо цінних земель, земель в охоронних зонах, зонах санітарної охорони, санітарно-захисних зонах чи зонах особливого режиму використання земель, –

карається обмеженням волі на строк від двох до чотирьох років або позбавленням волі на строк до двох років.

3. Самовільне будівництво будівель або споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці, зазначеній у частині першій цієї статті, –

карається штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

4. Самовільне будівництво будівель або споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці, зазначеній у частині другій цієї статті, або вчинене особою, раніше судимою за такий саме злочин або злочин, передбачений частиною третьою цієї статті, –

карається позбавленням волі на строк від одного до трьох років.

Примітка. Відповідно до цієї статті шкода, передбачена частиною першою цієї статті, визнається значною, якщо вона у сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Кодекс доповнено статтею 197[1] згідно із Законом № 578-V від 11.01.2007)

Стаття 198. Придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом

Заздалегідь не обіцяне придбання або отримання, зберігання чи збут майна, завідомо одержаного злочинним шляхом за відсутності ознак легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, –

карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

(Стаття 198 із змінами, внесеними згідно із Законом № 430-IV від 16.01.2003 – набуває чинності 11.06.2003)

§1. Норми міжнародного права
щодо захисту власності

185.1.1. Загальна декларація прав людини

(ООН, від 10.12.1948)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

Статья 17

1. Каждый человек имеет право владеть имуществом как единолично, так и совместно с другими.

2. Никто не должен быть произвольно лишен своего имущества». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

185.1.2. Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 20.03.1952)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

*«**Стаття 1. Захист власності***

Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права.

Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів». [Протокол №1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 20.03.1952). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_535]

185.1.3. Конвенція про заходи, спрямовані на заборону та запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності

(ЮНЕСКО, від 14.11.1970)

(ратифіковано Указом ПВР № 5396-XI від 10.02.1988)

*«**Статья 1***

Для целей настоящей Конвенции культурными ценностями считаются ценности религиозного или светского характера, которые рассматриваются каждым государством как представляющие

значение для археологии, доисторического периода, истории, литературы, искусства и науки и которые относятся к перечисленным ниже категориям:

a) редкие коллекции и образцы флоры и фауны, минералогии, анатомии и предметы, представляющие интерес для палеонтологии;

b) ценности, касающиеся истории, включая историю науки и техники, историю войн и обществ, а также связанные с жизнью национальных деятелей, мыслителей, ученых и артистов и с крупными национальными событиями;

c) археологические находки (включая обычные и тайные) и археологические открытия;

d) составные части расчлененных художественных и исторических памятников и археологических мест;

e) старинные предметы более чем 100-летней давности, такие как надписи, чеканные монеты и печати;

f) этнологические материалы;

g) художественные ценности, такие как:

i) полотна, картины и рисунки целиком ручной работы на любой основе и из любых материалов (за исключением чертежей и промышленных изделий, украшенных от руки);

ii) оригинальные произведения скульптурного искусства из любых материалов;

iii) оригинальные гравюры, эстампы и литографии;

iv) оригинальные художественные подборки и монтажи из любых материалов;

h) редкие рукописи и инкунабулы, старинные книги, документы и издания, представляющие особый интерес (исторический, художественный, научный, литературный и т. д.), отдельно или в коллекциях;

i) почтовые марки, налоговые и аналогичные им марки, отдельно или в коллекциях;

j) архивы, включая фоно-, фото- и киноархивы;

k) мебель более чем 100-летней давности и старинные музыкальные инструменты.» [Конвенція про заходи, спрямовані на заборону та запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності. (ЮНЕСКО, від 14.11.1970). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_186]

185.1.4. Європейська конвенція про правопорушення, що пов'язані з культурною власністю

(Рада Європи, від 23.06.1985)

(ратифіковано Законом від 10.12.2003)

*«**Статья 2***

1. Настоящая Конвенция применяется к культурной собственности, указанной в пункте 1 Приложения II.

2. Любое Договаривающееся государство может в любое время заявить, что в целях настоящей Конвенции оно рассматривает в качестве культурной собственности одну или более категорий имущества, указанного в пункте 2 Приложения II.

(…)

Приложение II

1. a) археологические находки, полученные в результате археологических исследований и раскопок (включая обычные и незаконные), проводимых на земле и под водой;

b) элементы художественных и исторических памятников или археологических объектов, которые были расчленены;

c) картины, живопись и рисунки ручной работы на любой основе и с использованием любых материалов, имеющие важное значение для художественной, исторической, археологической, научной и других областей культуры;

d) оригинальные произведения ваяния и скульптуры из любого материала, имеющие важное значение для художественной, исторической, археологической, научной и других областей культуры, а также отдельные части таких произведений;

e) оригинальные гравюры, эстампы, литографии и фотографии, имеющие важное значение для художественной, исторической, археологической, научной и других областей культуры;

f) орудия труда, глиняные изделия, надписи, монеты, печати, драгоценности, оружие и останки захоронений, включая мумии, более чем столетней давности;

g) предметы мебели, гобелены, ковры и одежда более чем столетней давности;

h) музыкальные инструменты более чем столетней давности;

i) редкие манускрипты и инкунабулы, единичные или в коллекциях.

2. a) оригинальные художественные коллекции и монтажи из любого материала, имеющие важное значение для художественной, исторической, археологической, научной и других областей культуры;

b) произведения прикладного искусства из таких материалов, как стекло, керамика, металл, дерево и т.п., имеющие важное значение для художественной, исторической, археологической, научной и других областей культуры;

c) старинные книги, документы и публикации, представляющие особый интерес (исторический, художественный, научный и т.п.), единичные или в коллекциях;

d) архивы, включающие записи текстов, карты и другие картографические материалы, фотографии, кинопленки, звуковые записи и машиночитаемые записи, имеющие важное значение для художественной, исторической, археологической, научной и других областей культуры;

e) вещи, имеющие отношение к истории, включая историю науки и техники, а также военную историю и историю общества;

f) вещи, связанные с жизнью национальных руководителей, мыслителей, ученых и художников;

g) предметы, связанные с важными национальными событиями;

h) редкие коллекции и образцы фауны;

i) редкие коллекции и образцы флоры;

j) редкие коллекции и образцы минералов;

k) редкие анатомические коллекции и образцы;

l) предметы, представляющие интерес с точки зрения палеонтологии;

m) материалы, представляющие интерес с точки зрения антропологии;

n) предметы, представляющие интерес с точки зрения этнологии;

o) предметы, представляющие интерес с точки зрения филателии;

p) раритеты, представляющие интерес с точки зрения нумизматики (медали и монеты);

q) все останки и предметы или другие следы существования человека, являющиеся свидетельством эпох и цивилизаций, для которых раскопки и открытия являются главным или одним из основных источников научной информации;

r) памятники архитектуры, искусства или истории;

s) представляющие большое значение археологические, исторические или научные участки местности, строения и другие сооружения большой исторической, художественной, научной или архитектурной ценности как религиозного, так и светского характера, включая группы традициональных сооружений, исторические кварталы в городских или сельских районах и представляющие интерес с точки зрения этнологии сооружения предшествующих культур, еще продолжающих существование». [Європейська конвенція про правопорушення, що пов'язані з культурною власністю (Рада Європи, від 23.06.1985) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_049]

185.1.5. Конвенція про кіберзлочинність

(Рада Європи, від 23.11.2001)

(ратифіковано Законом від 07.09.2005)

«Стаття 8. Шахрайство, пов'язане з комп'ютерами

Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності відповідно до її внутрішнього законодавства за навмисне вчинення, без права на це, дій, що призводять до втрати майна іншої особи шляхом:

a. будь-якого введення, зміни, знищення чи приховування комп'ютерних даних,

b. будь-якого втручання у функціонування комп'ютерної системи,

з шахрайською або нечесною метою набуття, без права на це, економічних переваг для себе чи іншої особи». [Конвенція про кіберзлочинність (Рада Європи, від 23.11.2001). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_575/]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо захисту власності

185.2.1. Справа «Chapman v. the United Kingdom»

«102. Якщо будова споруджується без дозволу на землеустрій, який необхідний згідно з національним законодавством, виникає конфлікт інтересів між правом особи згідно зі статтею 8 Конвенції на недоторканність його житла і правами інших осіб на безпечне екологічне середовище. При розгляді питання, чи відповідає вимога про те, що особа повинна покинути своє житло, законній меті, велике значення має, чи була будівля зведена законно. Якщо будинок був побудований законно, цей фактор буде сам по собі достатнім для того, щоб він переважував законність вимоги переїзду особи. І навпаки, якщо зведення будинку в певному місці вчинене незаконно, позиція особи, яка заперечує проти звільнення земельної ділянки, є менш міцною.

Європейський Суд навряд чи зможе надати захист особам, які, усвідомлюючи заборони, встановлені законодавством, споруджують житла в зонах, які є екологічно захищеними. Якби Європейський Суд вчинив інакше, він би заохочував незаконні дії на шкоду захисту прав інших осіб на безпечні екологічні умови проживання». [Chapman v. the United Kingdom (27238/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–59154] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо захисту власності

185.3.1. Справа «Багієва проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:

«53. Щодо способу втручання, то обшук проводився за відсутності заявниці, внаслідок чого виникла необхідність зламати двері її квартири. Сторони не можуть дійти згоди у питанні, чи була заявниця заздалегідь попереджена про обшук, чи ні. Суд вважає, що саме органи влади повинні були належним чином встановити, чи було заявницю заздалегідь попереджено про обшук. Проте Судові не було надано переконливих документів на підтвердження цього факту. У зв'язку з цим Суд зазначає, що показання працівників міліції не можуть мати суто об'єктивний характер, які б підтверджували, що працівники міліції зателефонували заявниці перед тим як увійти до квартири, надаючи їй можливість запобігти пошкодженню свого майна та взяти участь у слідчій дії.

55. За цих обставин Суд вважає, що наявні гарантії національного законодавства виявилися недостатніми, а проведений обшуку квартирі заявниці становив втручання, яке не було пропорційним відповідній меті». [Багієва проти України (41085/05). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_b65]

185.3.2. Справа «Chapman v. the United Kingdom»
Фактичні обставини:

Заявниця є романського походження. З дня народження вона постійно подорожувала з сім'єю, головним чином у районі Hertfordshire, у пошуках роботи. Коли вона вийшла заміж, заявниця та її чоловік продовжували жити в караванах. У них чотири дитини.

Заявник купила ділянку землі у 1985 році з наміром жити на ній у мобільному будинку. Земля розташована у Hertfordshire, де немає офіційної земельної ділянки для осіб романського походження. Заявник стверджує, що рада округу повідомила її в 1984 році, що, якщо вона купила земельну ділянку, їй буде дозволено жити на ній. Уряд стверджує, що не існує відомостей про таку обіцянку, і що малоймовірно, щоб така обіцянка була зроблена, оскільки районна рада, а не окружна рада, має повноваження вирішувати таке питання. Тим не менш заявник та її сім'я переїхали на землю та подали заявку на отримання дозволу на будівництво. Районна рада відмовила в заяві на отримання дозволу на будівництво 11 вересня 1986 р. і подала вимогу про примусове видалення романської сім'ї та їх пересувного будинку із земельної ділянки, якщо вони не покинуть її протягом 15 місяців.

Після закінчення п'ятнадцятимісячного періоду сім'я залишалася на місці. Заявник звернувся з проханням про надання дозволу на будівництво бунгало, як було заявлено під час громадського опитування, що це буде більш відповідним використанням землі, ніж мобільний дім. Дозвіл на планування було відхилено, і рішення Ради було підтримане під час подальшого місцевого опитування. Сім'я залишалася на місці, і 18 серпня 1989 р. заявник та її чоловік обидва були оштрафовані на суму 100 фунтів стерлінгів. 23 лютого 1990 р. вони знову були оштрафовані, цього разу на суму 500 фунтів стерлінгів.

За кримінальним законом Великобританії невиконання рішення про звільнення земельної ділянки від незаконного будинку протягом трьох місяців є кримінальним правопорушенням. Щоб уникнути подальших судових позовів та кримінальної відповідальності сім'я заявника повернулася до кочового життя.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«89. Європейський центр з прав ромів звернув увагу Суду на нещодавно опубліковану доповідь про становище ромів і ситі в регіоні ОБСЄ, підготовлена Верховним комісаром ОБСЄ з питань національних меншин та іншими міжнародними текстами та матеріалами стосовно становища ромів. Вони стверджували, що між міжнародними організаціями виникає все більший консенсус щодо необхідності вжиття конкретних заходів для врегулювання становища ромів, зокрема, щодо житла та загальних умов проживання. Тому статті 8 і 14 Конвенції слід тлумачити з огляду на чіткий міжнародний консенсус щодо тяжкого становища ромів та необхідності відповідних заходів з його виправлення.

(…)

95. Надання романам, які незаконно розмістили табір на земельній ділянці, прав залишатися на такій ділянці, що відрізняється від прав, які надаються будь-якій особі, яка б збудувала будинок в цьому конкретному місці, спричинить суттєві проблеми відповідно до статті 14 Конвенції (заборона дискримінації).

(…)

114. За цих обставин Суд вважає, що належним чином слід враховувати ситуацію, що склалася у заявника як в рамках нормативно-правової бази, яка містила адекватні процесуальні заходи, що захищають її інтереси згідно зі статтею 8 Конвенції, так і відповідальними органами планування, коли вони здійснюють свій дискреційний контроль стосовно конкретних обставин її справи. Ці рішення були ухвалені цими органами влади після того, як було взято до уваги різні конкуруючі інтереси. Суд не повинен розглядати суть тих рішень, які ґрунтуються на підставах, які є суттєвими та достатніми для цілей статті 8 Конвенції, для виправдання втручання у здійснення прав заявника.

115. Гуманітарні міркування, які, можливо, мають значення для прийняття іншого рішення на національному рівні, не можуть бути використані як основа для висновку Суду. Це означало б звільнення заявника від виконання національних законів про земельний устрій та планування будівництва, а також означало появу зобов'язання уряду забезпечувати кожну романську сім'ю житлом. Крім того, наслідки цих рішень не можуть бути виправданими з фактів цієї справи, оскільки вони непропорційні до легітимної мети.

116. На закінчення – не було порушення статті 8 Конвенції». [Chapman v. the United Kingdom (27238/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–59154]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 185–189 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

185.4.1. Умисне знищення або пошкодження майна працівниками правоохоронних органів під час проведення обшуку є протизаконним, якщо воно не було необхідним для цілей обшуку або його можливо було уникнути.

(Див.: 185.3.1)

Не можна погодитися, що в таких випадках шкода правоохоронюваним інтересам заподіюється в стані крайньої необхідності. Відсутня умова крайньої необхідності: «якщо цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами» (ст. 39 КК України). У випадку, що розглядався (рішення ЄСПЛ у справі «Багієва проти України»), працівники міліції були зобов'язані і мали можливість усунути необхідність пошкодження майна, надавши можливість власнику взяти участь в обшуку і запобігти пошкодженню свого майна.

185.4.2. Правова позиція ЄСПЛ: Європейський суд надає правову оцінку самовільного будівництва будівель або споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці, не беручи до уваги гуманітарні міркування (відсутність у особи житла, важке матеріальне становище тощо).

(Див.: 185.3.2)

185.4.3. Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків, а також знищення релігійних святинь, якщо такі дії заподіяли шкоду у великих розмірах або вчинене шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом, або заподіяло майнову шкоду в особливо великих розмірах, або спричинило загибель людей чи інші тяжкі наслідки, утворює сукупність злочинів і кваліфікується за ст. 178 чи ст. 179 і, додатково, за частинами 1 або 2 ст. 194 КК України.

(Див.: 178.4.3 та 178.4.5)

185.4.4. Злочини проти власності слід відмежовувати від адміністративних правопорушень, відповідальність за які передбачена статтями 51, 99, 103[1], 197[1] КпАП. Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» в розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за вказаними статтями КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за відповідними статтями розділу VI Особливої частини КК України, існує імовірність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Розділ VII. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Стаття 199. Виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою використання при продажу товарів, збуту або збут підроблених грошей, державних цінних паперів, білетів державної лотереї, марок акцизного податку чи голографічних захисних елементів

1. Виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою використання при продажу товарів, збуту, а також збут незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених марок акцизного податку, голографічних захисних елементів, підробленої національної валюти України у виді банкнот чи металевої монети, іноземної валюти, державних цінних паперів чи білетів державної лотереї –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб чи у великому розмірі, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою чи в особливо великому розмірі, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років з конфіскацією майна.

Примітка. Дії, передбачені цією статтею, вважаються вчиненими у великому розмірі, якщо сума підробки у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян; в особливо великому розмірі – якщо сума підробки у чотириста і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 199 із змінами, внесеними згідно із Законами № 5283-VI від 18.09.2012, № 71-VIII від 28.12.2014)

§1. Норми міжнародного права
щодо боротьби з підробкою грошових знаків

199.1.1. Міжнародна конвенція щодо боротьби з підробкою грошових знаків
(Ліга Націй, від 20.04.1929)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«Статья 2

В настоящей Конвенции под словами «денежные знаки» понимаются бумажные деньги, включая банковые билеты, и металлическая монета, имеющие хождение в силу закона.

Статья 3

Должны быть наказуемы как обычные уголовные преступления:

1. Все обманные действия по изготовлению или изменению денежных знаков, каков бы ни был способ, употребляемый для достижения этого результата.

2. Сбыт поддельных денежных знаков.

3. Действия, направленные к сбыту, к ввозу в страну или к получению или к добыванию для себя поддельных денежных знаков, при условии, что их поддельный характер был известен.

4. Покушения на эти правонарушения и действия по умышленному соучастию.

5. Обманные действия по изготовлению, по получению или по приобретению для себя орудий или иных предметов, предназначенных по своей природе для изготовления поддельных денежных знаков или для изменения денежных знаков.

Статья 4

Каждое из действий, предусмотренных в статье 3, поскольку они совершены в различных странах, должно рассматриваться как обособленное правонарушение.

Статья 5

Не должно устанавливаться в отношении карательных мер различия между действиями, предусмотренными в статье 3, с точки зрения того, совершены ли они в отношении национальных

денежных знаков или иностранных денежных знаков; это постановление не может быть поставлено в зависимость от каких-либо условий взаимности, вытекающей из закона или из договора». [Міжнародна конвенція щодо боротьби з підробкою грошових знаків. (Ліга Націй, від 20.04.1929). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_589]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права в контексті ст. 199 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

199.4.1. Ст.199 належить до таких статей Особливої частини КК, диспозиція яких характеризується переліком кількох дій, вчинення яких (однієї чи кількох) утворює об'єктивну сторону складу відповідного злочину (ст. 263, ст. 307 та інші). У теорії кримінального права та в судовій практиці існує усталена позиція, що у випадках неодночасного вчинення двох або більше діянь, передбачених такою статтею (частиною статті Особливої частини КК) за наявності єдиного умислу при їх вчинені кваліфікуються як один злочин. Наприклад, відсутня повторність злочинів у випадку виготовлення підроблених грошей з наступним зберіганням, перевезенням, пересиланням, ввезенням, збутом цих підроблених грошей. Однак, якщо дві чи більше з вказаних дій вчинені на території різних країн, кожна з них, відповідно до ст. 4 Міжнародної конвенції щодо боротьби з підробкою грошових знаків, повинні розглядатися як окремий злочин, що означає їх окрему кваліфікацію та наявність повторності злочинів.

(Див.: 199.1.1)

Стаття 200. Незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, електронними грошима, обладнанням для їх виготовлення

1. Підробка документів на переказ, платіжних карток чи інших засобів доступу до банківських рахунків, електронних грошей, а так само придбання, зберігання, перевезення, пересилання з метою збуту підроблених документів на переказ, платіжних карток або їх використання чи збут, а також неправомірний випуск або використання електронних грошей –

карається штрафом від трьох до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

караються штрафом від п'яти до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Примітка. Під документами на переказ слід розуміти документ в паперовому або електронному виді, що використовується банками чи їх клієнтами для передачі доручень або інформації на переказ грошових коштів між суб'єктами переказу грошових коштів (розрахункові документи, документи на переказ готівкових коштів, а також ті, що використовуються при проведенні міжбанківського переказу та платіжного повідомлення, інші).

(Стаття 200 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 4025-VI від 15.11.2011, № 5284-VI від 18.09.2012)

Стаття 201. Контрабанда

1. Контрабанда, тобто переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю культурних цінностей, отруйних, сильнодіючих, вибухових речовин, радіоактивних матеріалів, зброї або боєприпасів (крім гладкоствольної мисливської зброї або бойових припасів до неї), частин вогнепальної нарізної зброї, а також спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

2. Та сама дія, вчинена за попередньою змовою групою осіб або особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею, або службовою особою з використанням службового становища, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років з конфіскацією майна.

(Стаття 201 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1071-V від 24.05.2007; в редакції Закону № 4025-VI від 15.11.2011; із змінами, внесеними згідно із Законами № 770-VIII від 10.11.2015, № 2052-VIII від 18.05.2017)

§1. Норми міжнародного права
щодо деяких предметів контрабанди

201.1.1. Конвенція про заходи, спрямовані на заборону та запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності

(ЮНЕСКО, від 14.11.1970)

(ратифіковано Указом ПВР № 5396-XI від 10.02.88)

*«**Статья 1***

Для целей настоящей Конвенции культурными ценностями считаются ценности религиозного или светского характера, которые рассматриваются каждым государством как представляющие значение для археологии, доисторического периода, истории, литературы, искусства и науки и которые относятся к перечисленным ниже категориям:

a) редкие коллекции и образцы флоры и фауны, минералогии, анатомии и предметы, представляющие интерес для палеонтологии;

b) ценности, касающиеся истории, включая историю науки и техники, историю войн и обществ, а также связанные с жизнью национальных деятелей, мыслителей, ученых и артистов и с крупными национальными событиями;

c) археологические находки (включая обычные и тайные) и археологические открытия;

d) составные части расчлененных художественных и исторических памятников и археологических мест;

e) старинные предметы более чем 100-летней давности, такие как надписи, чеканные монеты и печати;

f) этнологические материалы;

g) художественные ценности, такие как:

i) полотна, картины и рисунки целиком ручной работы на любой основе и из любых материалов (за исключением чертежей и промышленных изделий, украшенных от руки);

ii) оригинальные произведения скульптурного искусства из любых материалов;

iii) оригинальные гравюры, эстампы и литографии;

iv) оригинальные художественные подборки и монтажи из любых материалов;

h) редкие рукописи и инкунабулы, старинные книги, документы и издания, представляющие особый интерес (исторический, художественный, научный, литературный и т. д.), отдельно или в коллекциях;

i) почтовые марки, налоговые и аналогичные им марки, отдельно или в коллекциях;

j) архивы, включая фоно-, фото- и киноархивы;

k) мебель более чем 100-летней давности и старинные музыкальные инструменты.

(…)

Статья 3

Считаются незаконными ввоз, вывоз и передача права собственности на культурные ценности, совершенные в нарушение правил, принятых государствами-участниками в соответствии с настоящей Конвенцией.

Статья 4

Государства – участники настоящей Конвенции признают, что в соответствии с целями настоящей Конвенции культурное наследие каждого государства включает перечисленные ниже категории ценностей:

a) культурные ценности, созданные отдельными лицами или коллективами лиц, являющихся гражданами данного государства, и культурные ценности, имеющие важное значение для данного государства и созданные на территории этого государства иностранными гражданами или лицами без гражданства, проживающими на территории данного государства;

b) культурные ценности, обнаруженные на национальной территории;

c) культурные ценности, приобретенные археологическими, этнологическими и естественнонаучными экспедициями с согласия компетентных властей страны, откуда происходят эти ценности;

d) культурные ценности, приобретенные в результате добровольных обменов;

e) культурные ценности, полученные в качестве дара или законно купленные с согласия компетентных властей страны, откуда происходят эти ценности». [Конвенція про заходи, спрямовані на заборону та запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності. (ЮНЕСКО, від 14.11.1970). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_186]

201.1.2. Щодо інших предметів контрабанди
Див.: 261.1.1–261.1.9.

Стаття 201[1]. Переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів або пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, лісоматеріалів необроблених, а також інших лісоматеріалів, заборонених до вивозу за межі митної території України

1. Переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів або пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, лісоматеріалів необроблених, а також інших лісоматеріалів, заборонених до вивозу за межі митної території України, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

2. Та сама дія, вчинена особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 201, 201[1], 246 цього Кодексу, або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням влади чи службового становища, або у великому розмірі, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою чи в особливо великому розмірі, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

Примітка. 1. Під цінними та рідкісними породами дерев у цій статті слід розуміти роди дерев, передбачені статтею 1 Закону України «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, пов'язаної з реалізацією та експортом лісоматеріалів».

2. Під переміщенням у великому розмірі у цій статті слід розуміти переміщення лісоматеріалів або пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, а також лісоматеріалів необроблених, вартість яких в одну тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, під переміщенням в особливо великому розмірі – вартість яких у дві тисячі і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Кодекс доповнено статтею 201[1] згідно із Законом № 2531-VIII від 06.09.2018)

(Статтю 202 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

(Статтю 203 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 203[1]. Незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва

1. Незаконне виробництво, експорт, імпорт, зберігання, реалізація та переміщення дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва, якщо ці дії вчинені у значних розмірах, –

караються штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Ті самі дії, якщо вони вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або вчинені у великих розмірах, –

караються штрафом від п'яти тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Примітка. Під значним розміром слід розуміти вартість дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання чи сировини для їх виробництва, що у двадцять разів і більше перевищує рівень неоподатковуваного мінімуму доходів громадян; під великим розміром слід розуміти вартість дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання чи сировини для їх виробництва, що у сто разів і більше перевищує рівень неоподатковуваного мінімуму доходів громадян.

(Кодекс доповнено статтею 203[1] згідно із Законом № 2953-III від 17.01.2002; в редакції Закону № 2734-IV від 06.07.2005; із змінами, внесеними згідно із Законами № 4025-VI від 15.11.2011, № 1019-VIII від 18.02.2016)

Стаття 203[2]. Зайняття гральним бізнесом

1. Зайняття гральним бізнесом –

карається штрафом від десяти тисяч до сорока тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Ті самі дії, якщо вони були вчинені особою, раніше судимою за зайняття гральним бізнесом, –

караються штрафом від сорока тисяч до п'ятдесяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(Кодекс доповнено статтею 203[2] згідно із Законом № 2852-VI від 22.12.2010; із змінами, внесеними згідно із Законами № 4025-VI від 15.11.2011, № 1019-VIII від 18.02.2016)

Стаття 204. Незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів

1. Незаконне придбання з метою збуту або зберігання з цією метою, а також збут чи транспортування з метою збуту незаконно виготовлених спирту етилового, спиртових дистилятів, алкогольних напоїв, пива, тютюнових виробів, тютюну, промислових замінників тютюну, пального або інших підакцизних товарів –

караються штрафом від п'яти тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією та знищенням незаконно виготовлених товарів.

2. Незаконне виготовлення спирту етилового, спиртових дистилятів, алкогольних напоїв, пива, тютюнових виробів, тютюну, промислових замінників тютюну, пального або інших підакцизних товарів або вчинене особою, яка раніше була засуджена за цією статтею, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з конфіскацією та знищенням незаконно вироблених або придбаних товарів, знарядь виробництва, сировини для їх виготовлення.

3. Незаконне виготовлення товарів, зазначених у частинах першій або другій цієї статті, що становлять загрозу для життя і здоров'я людей, а так само збут таких товарів, що призвело до отруєння чи спричинило смерть особи, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до десяти років з конфіскацією майна, з вилученням та знищенням незаконно виробленої або придбаної продукції, обладнання для її виготовлення.

(Стаття 204 із змінами, внесеними згідно із Законами № 4025-VI від 15.11.2011, № 1019-VIII від 18.02.2016; в редакції Закону № 2628-VIII від 23.11.2018)

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності
загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті ст. 204 КК України

204.4.1. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («незаконні дії», «незаконний обіг»), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – при необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.
(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)
Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акту), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

204.4.2. Правова позиція ЄСПЛ: за певних обставин, коли кримінальне обвинувачення суперечить судовим рішенням у цивільних чи господарських справах, суд, який розглядає кримінальне провадження, має взяти до уваги висновки щодо обставин справи, які містяться в рішеннях цивільних чи господарських судів.
(Див.: 0.3.6)

204.4.3. Цей злочин слід відмежовувати від адміністративних правопорушень (ст. 156, ст. 164, ст. 164[5] КпАП). Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» в розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за вказаними статями КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за ст. 204 КК України, існує імовірність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».
(Див.: 1.4.13)

Стаття 205. Фіктивне підприємництво

1. Фіктивне підприємництво, тобто створення або придбання суб'єктів підприємницької діяльності (юридичних осіб) з метою прикриття незаконної діяльності або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона, –

карається штрафом від п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Ті самі дії, якщо вони вчинені повторно або заподіяли велику матеріальну шкоду державі, банкові, кредитним установам, іншим юридичним особам або громадянам, –

караються штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Примітка. Матеріальна шкода, яка заподіяна фізичним особам, вважається великою, якщо вона у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян,

а матеріальна шкода, яка заподіяна державі або юридичним особам, вважається великою, якщо вона у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 205 із змінами, внесеними згідно із Законом № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 205[1]. Підроблення документів, які подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи та фізичних осіб – підприємців

1. Внесення в документи, які відповідно до закону подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи або фізичної особи – підприємця, завідомо неправдивих відомостей, а також умисне подання для проведення такої реєстрації документів, які містять завідомо неправдиві відомості, –

караються штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або арештом на строк від трьох до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням свого службового становища, –

караються штрафом від тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Кодекс доповнено статтею 205[1] згідно із Законом № 642-VII від 10.10.2013; із змінами, внесеними згідно із Законом № 835-VIII від 26.11.2015)

Стаття 206. Протидія законній господарській діяльності

1. Протидія законній господарській діяльності, тобто протиправна вимога припинити займатися господарською діяльністю чи обмежити її, укласти угоду або не виконувати укладену угоду, виконання (невиконання) якої може заподіяти матеріальної шкоди або обмежити законні права чи інтереси того, хто займається господарською діяльністю, поєднана з погрозою насильства над потерпілим або близькими йому особами, пошкодження чи знищення їхнього майна або захоплення цілісного майнового комплексу, його частини, будівель, споруд, земельної ділянки, об'єктів будівництва, інших об'єктів та незаконне припинення або обмеження діяльності на цих об'єктах та обмеження доступу до них за відсутності ознак вимагання, –

караються штрафом від однієї тисячі до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Ті самі дії, вчинені повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або з погрозою вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, або поєднані з насильством, що не є небезпечним для життя і здоров'я, або з пошкодженням чи знищенням майна, –

караються штрафом від трьох тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

3. Протидія законній господарській діяльності, вчинена організованою групою, або службовою особою з використанням службового становища, або поєднана з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я, або така, що заподіяла велику шкоду чи спричинила інші тяжкі наслідки, –

караються штрафом від десяти тисяч до двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

Примітка. Матеріальна шкода вважається великою, якщо вона у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 206 із змінами, внесеними згідно із Законами № 4025-VI від 15.11.2011, № 1666-VIII від 06.10.2016)

Стаття 206[2]. Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації

1. Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації у тому числі частками, акціями, паями їх засновників, учасників, акціонерів, членів, шляхом вчинення

правочинів з використанням підроблених або викрадених документів, печаток, штампів підприємства, установи, організації, –

карається виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до двох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або з погрозою вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, або поєднані з насильством, що не є небезпечним для життя і здоров'я, або з пошкодженням чи знищенням майна, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до двох років.

3. Ті самі дії, вчинені службовою особою з використанням службового становища або якщо вони заподіяли велику шкоду чи спричинили інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

Примітка. Матеріальна шкода вважається великою, якщо вона у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Кодекс доповнено статтею 206[2] згідно із Законом № 642-VII від 10.10.2013)

(Статтю 207 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

(Статтю 208 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 209. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом

1. Вчинення фінансової операції чи правочину з коштами або іншим майном, одержаними внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, а також вчинення дій, спрямованих на приховання чи маскування незаконного походження таких коштів або іншого майна чи володіння ними, прав на такі кошти або майно, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення, зміну їх форми (перетворення), а так само набуття, володіння або використання коштів чи іншого майна, одержаних внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до двох років з конфіскацією майна.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або у великому розмірі, –

караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою або в особливо великому розмірі, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

Примітка. 1. Суспільно небезпечним протиправним діянням, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, відповідно до цієї статті є діяння, за яке Кримінальним кодексом України передбачено основне покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або діяння, вчинене за межами України, якщо воно визнається суспільно небезпечним протиправним діянням, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, за кримінальним законом держави, де воно було вчинене,

і є злочином за Кримінальним кодексом України та внаслідок вчинення якого незаконно одержані доходи.

2. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, визнається вчиненою у великому розмірі, якщо предметом злочину були кошти або інше майно на суму, що перевищує шість тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

3. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, визнається вчиненою в особливо великому розмірі, якщо предметом злочину були кошти або інше майно на суму, що перевищує вісімнадцять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(Стаття 209 в редакції Закону № 430-IV від 16.01.2003; із змінами, внесеними згідно із Законами № 2258-VI від 18.05.2010, № 4025-VI від 15.11.2011, № 1702-VII від 14.10.2014, № 770-VIII від 10.11.2015)

§1. Норми міжнародного права
про протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом

209.1.1. Конвенція про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом

(Рада Європи від 08.11.1990)
(ратифіковано Законом від 17.12.97)
*«**Стаття 1. Використання термінів***
Для цілей цієї Конвенції:

a) «доходи» означає будь-яку економічну вигоду, набуту злочинним шляхом. Вона може складатися з будь-якої власності, зазначеної в підпункті b цієї статті;

b) «власність» включає власність будь-якого виду, матеріальну власність чи власність, виражену в правах, рухоме чи нерухоме майно і правові документи або документи, які підтверджують право на таку власність чи частку в ній;

c) «засоби» означає будь-яку власність, яка використовується або може використовуватися будь-яким чином, повністю або частково, для вчинення кримінального злочину чи кримінальних злочинів;

d) «конфіскація» означає покарання або захід, призначені судом після розгляду справи стосовно кримінального злочину чи кримінальних злочинів, результатом якого є остаточне позбавлення власності;

e) «предикатний злочин» означає будь-який кримінальний злочин, в результаті якого виникли доходи, що можуть стати предметом злочину, зазначеного в статті 6 цієї Конвенції.

Стаття 6. Злочини, пов'язані з відмиванням доходів

1. Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для того, щоб дії, вчинені навмисно, розглядалися внутрішнім законодавством як злочини, а саме:

a) перетворення або передача власності, усвідомлюючи, що така власність є доходом, з метою приховування або маскування незаконного походження власності або з метою сприяння будь-якій особі, замішаній у вчинені предикатного злочину, уникнути правових наслідків її дій;

b) приховування або маскування справжнього характеру, джерела, місцезнаходження, стану, переміщення, прав стосовно власності або володіння нею, усвідомлюючи, що така власність є доходом;

і з урахуванням її конституційних принципів і фундаментальних засад її правової системи:

c) набуття, володіння або використання власності, усвідомлюючи під час отримання, що така власність була доходом;

d) участь у вчиненні, об'єднання або змова з метою вчинення, замах на вчинення, пособництво, підмова, сприяння і поради щодо вчинення будь-якого із злочинів, визначених відповідно до цієї статті.

2. Для цілей виконання або застосування пункту 1 цієї статті:

a) не має значення, чи підлягав предикатний злочин кримінальній юрисдикції Сторони;

b) може бути обумовлено, що злочини, зазначені в пункті 1, не застосовуються до осіб, які вчинили предикатний злочин;

c) обізнаність, намір чи ціль, необхідні як елемент складу злочину, зазначеного в пункті 1, можуть виводитися з об'єктивних, фактичних обставин.

3. Кожна Сторона може вживати таких заходів, які вона вважає також необхідними для кваліфікації своїм внутрішнім законодавством як злочинних всіх або деяких з дій, зазначених в пункті 1 цієї статті, а також в будь-якому або в усіх з нижченаведених випадків, коли правопорушник:

a) повинен був припускати, що власність є доходом;

b) діяв з метою одержання прибутку;

c) діяв з метою сприяння продовженню злочинної діяльності.» [Конвенція про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом. (Рада Європи від 08.11.1990). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_029]

209.1.2. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173)

(Рада Європи, від 27.01.1999)

(ратифіковано Законом від 18.10.2006)

«Стаття 13. Відмивання доходів, отриманих від злочинів, пов'язаних із корупцією

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за дії, що згадуються у пунктах 1 і 2 статті 6 Конвенції Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом (ETS 141), на умовах, наведених у цих пунктах, якщо предикатний злочин є одним із злочинів, передбачених у статтях 2–12 цієї Конвенції, в тій мірі, в якій відповідна Сторона не зробила застереження чи заяви стосовно цих злочинів або не вважає такі злочини тяжкими з огляду законодавства в сфері відмивання доходів». [Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173). (Рада Європи, від 27.01.1999). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_101]

209.1.3. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності

(ООН, від 15.11.2000)

(ратифіковано Законом від 04.02.2004)

«Стаття 6. Криміналізація відмивання доходів від злочинів

1. Кожна Держава-учасниця вживає відповідно до основних принципів свого внутрішнього законодавства таких законодавчих та інших заходів, які можуть знадобитися для того, щоб визнати в якості кримінально караних такі діяння, коли вони вчинені навмисно:

a) i) конверсію або переказ майна, якщо відомо, що таке майно являє собою доходи від злочинів, з метою приховання злочинного походження цього майна або з метою надання допомоги будь-якій особі, яка бере участь у вчиненні основного правопорушення, для того, щоб вона могла ухилитися від відповідальності за свої діяння; ii) приховування справжнього характеру, походження, місцезнаходження, способу розпорядження, переміщення, прав на майно або його належність, якщо відомо, що таке майно являє собою доходи від злочинів;

b) за умови дотримання основних принципів своєї правової системи: i) придбання, володіння або використання майна, якщо в момент його одержання відомо, що таке майно являє собою доходи від злочинів; ii) участь, причетність або вступ у змову з метою вчинення будь-якого зі злочинів, визнаних такими відповідно до цієї статті, замах на його вчинення, а також пособництво, підбурювання, сприяння або надання порад під час його вчинення.

2. Для цілей здійснення або застосування пункту 1 цієї статті:

a) кожна Держава-учасниця прагне застосовувати пункт 1 цієї статті до найширшого кола основних правопорушень;

b) кожна Держава-учасниця включає до числа основних правопорушень усі серйозні злочини, як вони визначені у статті 2 цієї Конвенції, та злочини, визнані такими у статтях 5, 8 і 23 цієї Конвенції. У разі, коли законодавство Держав-учасниць містить перелік конкретних основних правопорушень, до нього включається, як мінімум, всеосяжне коло злочинів, пов'язаних з діяльністю організованих злочинних груп;

c) для цілей підпункту (b) основні правопорушення включають злочини, вчинені як в межах, так і за межами юрисдикції відповідної Держави-учасниці. Проте злочини, вчинені за межами юрисдикції будь-якої Держави-учасниці, являють собою основні правопорушення тільки за умови, що відповідне діяння є кримінально караним відповідно до внутрішнього законодавства держави, в якій воно вчинене, і було б кримінально караним відповідно до внутрішнього законодавства Держави-учасниці, в якій здійснюється або застосовується ця стаття, якби воно було вчинене в ній;

d) кожна Держава-учасниця надає Генеральному секретарю Організації Об'єднаних Націй тексти своїх законів, що забезпечують здійснення положень цієї статті, а також тексти будь-яких наступних змін до таких законів або їхній опис;

e) якщо цього вимагають основні принципи внутрішнього законодавства Держави-учасниці, то можна передбачити, що злочини, зазначені в пункті 1 цієї статті, не відносяться до осіб, які вчинили основне правопорушення;

f) усвідомлення, умисел або мета як елементи складу злочину, зазначеного в пункті 1 цієї статті, можуть бути встановлені з об'єктивних фактичних обставин справи». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. (ООН, від 15.11.2000). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_789]

209.1.4. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції

(ООН від 31.10.2003)

(ратифіковано Законом від 18.10.2006)

*«**Стаття 2***

Терміни Для цілей цієї Конвенції:

h) «предикатний злочин» означає будь-який кримінальний злочин, у результаті якого виникли доходи, що можуть стати предметом злочину, як зазначено в статті 23 Конвенції;

(…)

Глава III Криміналізація та правоохоронна діяльність

(…)

Стаття 23

Відмивання доходів, здобутих злочинним шляхом

1. Кожна Держава-учасниця вживає, відповідно до основоположних принципів свого внутрішнього права, таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинами наступних діянь, які вони вчинені умисно:

a) i) конверсія або переведення майна, якщо відомо, що таке майно є доходами від злочинів, з метою приховання або маскування незаконного походження цього майна або з метою надання допомоги будь-якій особі, що бере участь у вчиненні основного злочину, щоб вона могла ухилитися від відповідальності за свої діяння;

ii) приховання або маскування справжнього характеру, джерела, місцезнаходження, способу розпорядження, переміщення, прав на майно або його приналежність, якщо відомо, що таке майно є доходами, одержаними злочинним шляхом;

b) за умови дотримання основних принципів своєї правової системи:

i) придбання, володіння або використання майна, якщо в момент його отримання відомо, що таке майно одержане злочинним шляхом;

ii) участь, причетність або вступ у зговір з метою вчинення будь-якого зі злочинів, визначених цією статтею, замах на його вчинення, а також підсобництво, підбурювання, сприяння або надання порад під час його вчинення.

2. З метою реалізації частини 1 цієї статті:

a) кожна Держава-учасниця докладає зусиль для реалізації частини 1 цієї статті до найширшого кола предикатних злочинів;

b) кожна Держава-учасниця включає до числа предикатних злочинів, як мінімум, широке коло злочинів, що визнані такими відповідно до цієї Конвенції;

c) з метою реалізації викладеного вище пункту «b» предикатні злочини включають злочини, вчинені як у межах, так і поза межами юрисдикції відповідної Держави-учасниці. Однак злочини, вчинені за межами юрисдикції будь-якої Держави-учасниці, є предикатними злочинами тільки за умови, що відповідне діяння визнається злочином відповідно до внутрішнього права держави, в якій воно вчинене, і визнавалося б злочином відповідно до внутрішнього права Держави-учасниці, в якій імплементована або застосовується ця стаття, якби воно було вчинене в ній;

d) кожна Держава-учасниця подає Генеральному секретареві Організації Об'єднаних Націй тексти своїх законів, які забезпечують реалізацію положень цієї статті, а також тексти будь-яких подальших змін до таких законів або їхній опис;

e) якщо цього потребують основоположні принципи внутрішнього законодавства Держави-учасниці, то можна передбачити, що злочини, зазначені в частині 1 цієї статті, не стосуються осіб, які вчинили основний злочин». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (ООН, від 31.10.2003). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16]

209.1.5. Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму

(Рада Європи, від 16.05.2005)

(ратифіковано із заявами Законом від 17.11.2010)

*«**Стаття 1. Уживання термінів***

Для цілей цієї Конвенції:

a) «доходи» означає будь-яку економічну вигоду, одержану чи набуту, прямо чи опосередковано, від злочинів. Вона може складатися з будь-якого майна, зазначеного в підпункті «b» цієї статті;

b) «майно» включає майно будь-якого виду, незалежно від того, матеріальне воно чи виражене в правах, рухоме чи нерухоме, та правові документи або документи, які підтверджують право на таке майно або частку в ньому;

c) «знаряддя й засоби злочину» означає будь-яке майно, яке використовується чи може використовуватися будь-яким чином, цілком або частково, для вчинення злочину чи злочинів;

d) «конфіскація» означає покарання або захід, призначені судом після розгляду справи стосовно злочину чи злочинів, результатом якого є остаточне позбавлення майна;

e) «предикатний злочин» означає будь-який злочин, у результаті якого виникли доходи, що можуть стати предметом злочину, зазначеного в статті 9 цієї Конвенції;

f) «підрозділ фінансової розвідки» (далі – ПФР) означає центральну, національну установу, відповідальну за отримання (та запитування, коли це дозволено), аналіз та надання компетентним органам, розкриття фінансової інформації:

i) стосовно доходів, які викликають підозру, та потенційного фінансування тероризму, або

ii) необхідної згідно з національним законодавством або правилами, з метою боротьби з відмиванням грошей та фінансуванням тероризму;

g) «заблокування», або «арешт», означає тимчасову заборону передачі, знищення, перетворення, відчуження або руху майна або тимчасове взяття під охорону або контроль майна на підставі рішення суду або іншого компетентного органу;

h) «фінансування тероризму» означає діяння, визначені у статті 2 згаданої вище Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму.

(…)

Стаття 9. Злочини з відмивання грошей

1. Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинними відповідно до її внутрішнього законодавства у випадку умисного вчинення:[1]

[1] «Україна (…) заявляє, що буде застосовувати пункт 1 статті 9 Конвенції тільки у випадках, коли за предикатний злочин передбачено покарання у вигляді позбавлення волі». (Закон від 17.11.2010 «Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму»).

a) перетворення або передачі майна, з усвідомленням того, що таке майно є доходом, з метою приховування або маскування незаконного походження майна або з метою сприяння будь-якій особі, причетній до вчинення предикатного злочину, в уникненні правових наслідків її дій;

b) приховування або маскування справжнього характеру, джерела, місцезнаходження, стану, переміщення, прав стосовно майна або власності на нього, з усвідомленням того, що таке майно є доходом; та, з урахуванням її конституційних принципів і основних засад її правової системи;

c) набуття майна, володіння ним або його використання, з усвідомленням під час одержання того, що таке майно є доходом;

d) участі у вчиненні, об'єднання або змови з метою вчинення, замаху на вчинення, пособництва, підмови, сприяння й надання порад стосовно вчинення будь-якого зі злочинів, установлених відповідно до цієї статті.

2. Для цілей виконання або застосування пункту 1 цієї статті:

a) не має значення, чи підлягав предикатний злочин кримінальній юрисдикції Сторони;

b) може бути передбачено, що злочини, зазначені в згаданому пункті, не застосовуються до осіб, які вчинили предикатний злочин;

c) усвідомлення, намір чи мета, необхідні як елемент складу злочину, зазначеного в згаданому пункті, можна встановлювати з об'єктивних, фактичних обставин.

3. Кожна Сторона може вживати таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинними відповідно до її внутрішнього законодавства всіх або деяких з діянь, зазначених у пункті 1 цієї статті, в одному з наведених нижче випадків чи в обох, коли правопорушник:

a) підозрював, що майно є доходом;

b) повинен був припустити, що майно є доходом.

4. Оскільки пункт 1 цієї статті застосовується до категорії предикатних злочинів, які містяться в додатку до Конвенції, кожна Держава або Європейське Співтовариство під час підписання, передачі на зберігання своєї ратифікаційної грамоти, документа про прийняття, схвалення чи приєднання, у заяві на ім'я Генерального секретаря Ради Європи можуть повідомити, що пункт 1 цієї статті застосовується:

a) тільки якщо за предикатний злочин передбачено покарання у вигляді позбавлення волі або тримання під вартою на максимальний строк, що перевищує один рік, або, для тих Сторін, у правових системах яких установлено мінімальний строк покарання за злочини, – якщо за злочин передбачено покарання у вигляді позбавлення волі або тримання під вартою на мінімальний строк, що перевищує шість місяців; та (або)

b) тільки до списку конкретних предикатних злочинів; та (або)

c) до категорій серйозних злочинів відповідно до національного законодавства Сторони.

5. Кожна Сторона забезпечує відсутність визнання попереднього або одночасного засудження за предикатний злочин як передумови для засудження за відмивання грошей.

6. Кожна Сторона забезпечує можливість засудження за відмивання грошей відповідно до цієї статті, коли доведено, що майно, про яке йдеться в підпунктах «a» чи «b» пункту 1 цієї статті, походило з предикатного злочину, без необхідності точного встановлення якого саме.[1]

7. Кожна Сторона забезпечує охоплення предикатними злочинами для відмивання грошей діяння, що мало місце в іншій Державі, яке становить злочин у такій Державі та яке вважалося б предикатним злочином у випадку вчинення на її території. Кожна Сторона може передбачити, щоб єдиною передумовою було те, що поведінка становила б предикатний злочин, якби вона мала місце на її території.

(…)

Додаток

a) участь в організованій злочинній групі чи банді;

b) тероризм, у тому числі фінансування тероризму;

[1] «Україна (…) заявляє, що не буде застосовувати пункт 6 статті 9 Конвенції». (Закон від 17.11.2010 «Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму»).

c) торгівля людьми та нелегальне ввезення мігрантів;
d) сексуальна експлуатація, у тому числі сексуальна експлуатація дітей;
e) незаконна торгівля наркотиками та психотропними речовинами;
f) незаконна торгівля зброєю;
g) незаконна торгівля вкраденими та іншими товарами;
h) корупція та хабарництво;
i) шахрайство;
j) підробка грошей;
k) підробка та піратське розповсюдження товарів;
l) злочини проти довкілля;
m) убивство, завдання серйозних тілесних ушкоджень;
n) викрадення людей, незаконне утримання та захоплення заручників;
o) грабіж (розбій) або крадіжка;
p) контрабанда;
q) вимагання;
r) підроблення;
s) піратство; та
t) незаконні дії з інсайдерською інформацією та маніпулювання ринком». [Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму. (Рада Європи, від 16.05.2005) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_948]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 209 КК України *(дивись коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

209.4.1. Цей злочин слід відмежовувати від адміністративного правопорушення «Порушення законодавства щодо запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» (ст.166[9] КпАП). Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» в розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за ст. 166[9] КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за ст. 209 КК України, існує імовірність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 209[1]. Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму

1. Умисне неподання, несвоєчасне подання або подання недостовірної інформації про фінансові операції, що відповідно до закону підлягають фінансовому моніторингу, спеціально уповноваженому центральному органу виконавчої влади із спеціальним статусом з питань фінансового моніторингу, якщо такі діяння заподіяли істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб, –

караються штрафом від однієї тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Розголошення у будь-якому вигляді інформації, яка відповідно до закону надається спеціально уповноваженому центральному органу виконавчої влади із спеціальним статусом з питань фінансового моніторингу, особою, якій ця інформація стала відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, якщо такі дії заподіяли істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб, –

карається штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Кодекс доповнено статтею 209[1] згідно із Законом № 430-IV від 16.01.2003 – набуває чинності 11.06.2003; в редакції Закону № 2258-VI від 18.05.2010; із змінами, внесеними згідно із Законом № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 210. Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням

1. Нецільове використання бюджетних коштів службовою особою, а так само здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч Бюджетному кодексу України чи закону про Державний бюджет України на відповідний рік, якщо предметом таких дій були бюджетні кошти у великих розмірах, –

караються штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Ті самі діяння, предметом яких були бюджетні кошти в особливо великих розмірах або вчинені повторно, або за попередньою змовою групою осіб, –

караються обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на строк від двох до шести років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. 1. До бюджетних коштів належать кошти, що включаються до державного бюджету і місцевих бюджетів незалежно від джерела їх формування.

2. Великим розміром бюджетних коштів відповідно до статей 210, 211 цього Кодексу вважається сума, що в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

3. Особливо великим розміром бюджетних коштів відповідно до статей 210, 211 цього Кодексу вважається сума, що в три тисячі і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 210 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 2457-VI від 08.07.2010)

Стаття 211. Видання нормативно-правових актів, що зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету всупереч закону

1. Видання службовою особою нормативно-правових актів, що зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету всупереч закону, якщо предметом таких дій були бюджетні кошти у великих розмірах, –

карається штрафом від ста до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до чотирьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, предметом яких були бюджетні кошти в особливо великих розмірах або вчинені повторно, –

караються позбавленням волі на строк від двох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 211 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 2457-VI від 08.07.2010)

Стаття 212. Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)

1. Умисне ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), що входять в систему оподаткування, введених у встановленому законом порядку, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації, незалежно від форми власності або особою, що займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи чи будь-якою іншою особою, яка зобов'язана їх сплачувати, якщо ці діяння призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у значних розмірах, –

карається штрафом від однієї тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Ті самі діяння, вчинені за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у великих розмірах, –

караються штрафом від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені особою, раніше судимою за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів в особливо великих розмірах, –

караються штрафом від п'ятнадцяти тисяч до двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

4. Особа, яка вчинила діяння, передбачені частинами першою, другою, або діяння, передбачені частиною третьою (якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів в особливо великих розмірах) цієї статті, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до притягнення до кримінальної відповідальності сплатила податки, збори (обов'язкові платежі), а також відшкодувала шкоду, завдану державі їх несвоєчасною сплатою (фінансові санкції, пеня).

5. Діяння, передбачені частинами першою – третьою цієї статті, не вважаються умисним ухиленням від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), якщо платник податків досяг податкового компромісу відповідно до підрозділу 9^2 розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України.

Примітка. Під значним розміром коштів слід розуміти суми податків, зборів і інших обов'язкових платежів, які в тисячу і більше разів перевищують установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян, під великим розміром коштів слід розуміти суми податків, зборів і інших обов'язкових платежів, які в три тисячі і більше разів перевищують установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян, під особливо великим розміром коштів слід розуміти суми податків, зборів, інших обов'язкових платежів, які в п'ять тисяч і більше разів перевищують установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 212 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 2756-VI від 02.12.2010, № 4025-VI від 15.11.2011, № 63-VIII від 25.12.2014)

Стаття 212[1]. Ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування

1. Умисне ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації незалежно від форми власності або особою, яка здійснює підприємницьку діяльність без створення юридичної особи, чи будь-якою іншою особою, яка зобов'язана його сплачувати, якщо таке діяння призвело до фактичного ненадходження до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування коштів у значних розмірах, –

карається штрафом від однієї тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Ті самі діяння, вчинені за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування коштів у великих розмірах, –

караються штрафом від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені особою, раніше судимою за ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування коштів в особливо великих розмірах, –

караються штрафом від п'ятнадцяти тисяч до двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

4. Особа, яка вперше вчинила діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до притягнення до кримінальної відповідальності сплатила єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, а також відшкодувала шкоду, завдану фондам загальнообов'язкового державного соціального страхування їх несвоєчасною сплатою (штрафні санкції, пеня).

Примітка. Під значним розміром коштів слід розуміти суми єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, які в тисячу і більше разів перевищують установлений законом неоподатковуваний мінімум доходів громадян, під великим розміром коштів слід розуміти суми єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, які в три тисячі і більше разів перевищують установлений законом неоподатковуваний мінімум доходів громадян, під особливо великим розміром коштів слід розуміти суми єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, які в п'ять тисяч і більше разів перевищують установлений законом неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Кодекс доповнено статтею 212[1] згідно із Законом № 3108-IV від 17.11.2005; в редакції Закону № 2464-VI від 08.07.2010; із змінами, внесеними згідно із Законами № 4025-VI від 15.11.2011, № 77-VIII від 28.12.2014)

§1. Норми міжнародного права
щодо відповідальності за ухилення від сплати податків

212.1.1. Декларація Організації Об'єднаних Націй про боротьбу з корупцією і хабарництвом у міжнародних комерційних операціях
(ООН, від 16.12.1996)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«Держави-члени, індивідуально і через міжнародні регіональні організації, вживаючи заходів з урахуванням конституції і основних правових принципів кожної держави та відповідних національних законів, зобов'язуються:
(…)
4. не допускати у країнах, які ще не зробили цього, можливість відрахування з обкладених податком сум хабарів, виплачених будь-якою приватною або державною корпорацією або окремою особою будь-якої держави-члена будь-якій державній посадовій особі або обраному представнику іншої країни, і з цією метою розглянути відповідні можливості для досягнення цієї мети». [Декларація Організації Об'єднаних Націй про боротьбу з корупцією і хабарництвом у міжнародних комерційних операціях (ООН, від 16.12.1996). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_369]

212.1.2. Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 20.03.1952)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«Стаття 1. Захист власності
Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права.
Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів». [Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 20.03.1952). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_535]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо відповідальності за ухилення від сплати податків

212.2.1. Справа «Сєрков проти України»
«33. Перша та найважливіша вимога статті 1 Першого протоколу до Конвенції полягає в тому, що будь-яке втручання державного органу в мирне володіння майном повинно бути законним. Так, друге речення пункту 1 передбачає, що позбавлення власності можливе тільки «на умовах, передбачених законом», а пункт 2 визнає, що держави мають право здійснювати контроль за використанням майна шляхом введення в дію «законів». Більше того, верховенство права, один з основоположних принципів демократичного суспільства, притаманне всім статтям Конвенції. Таким чином, питання, чи було дотримано справедливого балансу між загальними інтересами суспільства та вимогами захисту основоположних прав окремої особи, виникає лише тоді, коли встановлено, що оскаржуване втручання відповідало вимозі законності та не було свавільним.
34. Ведучи мову про «закон», стаття 1 Першого протоколу до Конвенції посилається на ту саму концепцію, що міститься в інших положеннях Конвенції. Ця концепція вимагає, перш за все, щоб такі заходи мали підстави в національному законодавстві. Вона також відсилає до якості такого законодавства, вимагаючи, щоб воно було доступним для заінтересованих осіб, чітким і передбачуваним у застосуванні». [Сєрков проти України (39766/05). https://minjust.gov.ua/files/25055]

212.2.2. Справа «Hozee v. The Netherlands»
«44. (…) фіскальний штраф або податкова пеня за певних обставин можуть розглядатися як кримінальне обвинувачення у значенні пункту 1 статті 6 Конвенції». [Hozee v. The Netherlands (81/1997/865/1076). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58170] (Неофіційний авторський переклад).

212.2.3. Справа «Феррадзіні проти Італії»

«29. Однак зміни, що, можливо, відбулися у сфері оподаткування в демократичних суспільствах, не торкаються сутності обов'язку фізичних осіб чи компаній сплачувати податок. Порівняно із ситуацією на момент прийняття Конвенції, ці зміни не призвели до подальшого втручання держави у «цивільну» сферу життя людини. Суд вважає, що податкові питання і досі становлять частину основного пакету прерогатив державних органів. При цьому відносини між платником податків та податковим органом і далі мають переважно публічний характер. Беручи до уваги, що Конвенція та протоколи до неї мають тлумачитися в контексті всієї сукупності їхніх положень, Суд також зазначає, що стаття 1 Протоколу № 1, яка стосується захисту права власності, зберігає право за державою запроваджувати такі закони, які, на її думку, необхідні для забезпечення сплати податків. Хоча Суд не надає вирішального значення цьому факторові, він все-таки бере його до уваги. Суд вважає, що податкові спори виходять за межі сфери цивільних прав та обов'язків, незважаючи на матеріальні наслідки, які вони обов'язково створюють для платника податків». [Феррадзіні проти Італії (Ferrazzini v. Italy). (44759/98). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_167]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо відповідальності за ухилення від сплати податків

212.3.1. Справа «A and B v. Norway»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
(неофіційний авторський переклад)

«53. Заявники стверджували, що в порушення статтю 4 Протоколу № 7 до Конвенції вони двічі отримали покарання за той самий злочин – спочатку накладені податковими органами штрафи за розділом 12[1] глави 12 Закону Норвегії про оподаткування які вони заплатили, а потім були обвинувачені та засуджені кримінальними судами.

(…)

146. (…) По-перше, Суд не має ніяких підстав стверджувати, що відсутні причини, через які норвезький законодавчий орган вирішив врегулювати соціально небажану поведінку несплати податків у інтегрованому подвійному (адміністративному / кримінальному) процесі або причини, чому компетентні норвезькі влади обрали у справі першого заявника розглядати окремо більш серйозний та соціально сумнівний аспект шахрайства в кримінальній процедурі, а не в звичайній адміністративній процедурі.

По-друге, можливість подвійного провадження, з можливістю різних нарахованих штрафів, була передбачувана для заявника, який, з самого початку, мав знати, що кримінальне переслідування, а також запровадження податкових штрафів є можливим, або навіть імовірним.

По-третє, є очевидним, що кримінальне провадження та адміністративне провадження проводяться паралельно і взаємопов'язані. Встановлення фактів у одному проваджені, було використано в іншому проваджені, і мала місце пропорційність загальної суми покарання, оскільки покарання, накладене в кримінальному процесі, враховувало податкове стягнення.

147. З огляду на наявні факти Суд не знаходить жодних ознак того, що перший заявник зазнав будь-яких непропорційних покарань або несправедливості внаслідок оскаржуваної об'єднаної юридичної відповідальності за його нездатність декларувати доходи та платити податки. Отже, беручи до уваги вищезазначені вище міркування, Суд переконаний, що, хоча різні санкції були запроваджені двома різними органами влади у різних судочинствах, між ними існує досить тісний зв'язок як по суті, так і в часових межах, і тому їх слід розглядати як складову частину цілісної схеми санкцій за норвезьким законодавством, які передбачені за неподання інформації про певний дохід у податковій декларації, внаслідок чого виникає дефіцит податкових надходжень до бюджету.

(…)

153. З огляду на факти, що постають перед Судом, немає жодних ознак того, що другий заявник зазнав будь-яких непропорційних покарань або несправедливості внаслідок оскарженого інтегрованого юридичного розгляду його нездатності декларувати доходи і сплачувати податки.

Беручи до уваги вищезазначені міркування, Суд, таким чином, вважає, що існує досить тісний зв'язок як по суті, так і за часом між рішенням про податкові стягнення та наступним кримінальним засудженням за них, що слід вважати частиною інтегральної схеми санкцій за норвезьким законодавством за ненадання інформації про податкову декларацію, що призводить до дефіциту надходжень податків.

154. На цьому тлі не можна сказати, що жоден із заявників був засуджений «за правопорушення, за яке його вже було остаточно виправдано або засуджено відповідно до закону та кримінальної процедури цієї держави» у порушення статті 4 Протоколу № 7. Отже, Суд не визнає жодного порушення цього положення у цій справі стосовно кожного з двох заявників». [A and B v. Norway (24130/11 and 29758/11). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–168972]

212.3.2. Справа «Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
(неофіційний авторський переклад)

«805. Суд визнає, що існують законні методи мінімізації податків: компанія може організувати свої бізнес-процеси таким чином, щоб отримати спеціальні податкові режими. Проте схема мінімізації податків, обрана ЮКОС, була не повністю прозорою; деякі елементи схеми були приховані від влади. Така поведінка платника податків може бути обґрунтовано сприйнята як така, що є поданням «податкових даних» податковим органам у значенні Кримінального кодексу, якає актом повторного ухилення від сплати податків.

806. По-перше, Суд зауважує, що мінімізація податків була єдиною причиною для створення мережі торговельних компаній у Лесному. Заявники не стверджували, ні в національних судах, ні в цьому Суді, що торгові компанії були зареєстровані в Лесному для полегшення логістики, за винятком витрат на виробництво, найму кваліфікованого персоналу тощо. Як Суд визначив це в справі ЮКОСа, «очевидно, що порядок [тобто схема мінімізації податків] спрямований на ухилення від загальних вимог Податкового кодексу, які передбачали, що платники податків торгують за ринковими цінами».

807. По-друге, Суд зауважує, що, незважаючи на формальне розміщення торговельних компаній у Лесному, вся діяльність, яка генерувала прибуток, фактично здійснювалася в Москві. Торгові компанії представляли себе як реальні компанії, що володіють активами та персоналом у зоні низького оподаткування; однак, як це було встановлено у національному провадженні, а пізніше було підтверджено Судом у справі ЮКОСа, всі торгові компанії практично не мали активів чи персоналу в ЗАТО і не мали жодної оперативної незалежності від московської штабквартири. Таким чином, торгові компанії стверджували, що зниження податків буде таким, наче вони справді працюють у зоні низького оподаткування, але насправді вони просто зареєструвалися там за формою, і всі операції проводилися в Москві.

808. По-третє, Суд не знаходить жодних доказів того, що заявники поінформували податкові органи про їх справжнє ставлення до торгових компаній. Навпаки: система продажів нафти, встановлена ЮКОСом, була навмисно непрозорою. Торгові компанії були зареєстровані на імена третіх осіб, які формально не були пов'язані з ЮКОСом або його керівниками, і були керованими вигаданими директорами. Переваги торговельних компаній були повернуті ЮКОСу опосередковано через спеціальний фонд, який отримав «подарунки» від торгових компаній. Той факт, що міські торговельні компанії Лесного були заведені в 2001 році після перевірок податкової служби, і що відразу після цього подібні установи були зареєстровані в інших зонах з низьким рівнем оподаткування, свідчить, що ЮКОС не був готовий захищати у судовому порядку законність методики оптимізації податків. Така скоординована реорганізація передбачає, що це було зроблено для того, щоб ускладнити для влади перевірку господарських операцій цих компаній, простеження їх активів та їх приналежності до інших компаній та осіб. У підсумку, організовуючи свої продажі таким чином, заявники уникали застосування положень Податкового кодексу, що дозволило перерахувати податки на основі «ринкових цін» у відносинах між дочірніми компаніями.

809. Суд доходить висновку, що поведінку заявників не можна порівнювати з поведінкою добросовісного платника податків, який не може оголосити свої доходи або надати іншу відповідну інформацію через деяке непередбачене пропущення або справжнє неправильне тлумачення податкового законодавства. У даній справі, хоча частину схеми мінімізації податків було видно владі, заявники хибно представили або приховали деякі важливі аспекти цієї схеми, які, можливо, могли мати вирішальне значення для визначення права торгівельних компаній на скорочення податків.

810. Заявники також оскаржили висновок національних судів про те, що вони (заявники) відігравали провідну роль у створенні та управлінні оскаржуваною схемою оптимізації податків. На думку Суду, важко уявити, що заявники, як керівники та співвласники ЮКОСу, не були обізнані щодо всієї угоди про трансфертне ціноутворення і не знали, що інформація, що входить до фінансової звітності торгових компаній не відображає справжнього характеру їх діяльності. Таким чином, mens rea оскаржуваного злочину була самоочевидною.

811. Суд не зобов'язаний розробляти всебічну юридичну теорію, пояснюючи відмінності між законними методами мінімізації податків та ухиленням від сплати податків. Аналогічним чином, неможливо встановити вичерпний перелік критеріїв для визначення конкретної операції або компанії як «фіктивних». Проте сукупний ефект обговорюваних елементів був достатнім для того, щоб довести, що операції торговельних компаній, швидше за все, будуть «фіктивними», що звітність, яка ґрунтується на ньому, не відображає реалії господарської діяльності, і тому заявниками навмисно подано помилкові дані щоб зменшити загальне податкове навантаження компанії. Такі фактичні висновки не були «свавільними або явно необґрунтованими».

812. Що стосується ухилення від сплати податків фізичними особами, заявники стверджували, що вони насправді надавали консалтингові послуги двом компаніям Status Service і Hinchley та / або «кінцевим користувачам». Знову ж таки, це питання факту, яке було оскаржено в національних судах. Якщо «консультаційні угоди» між заявниками та компаніями острова Мен були дійсно «фіктивними» і це було висновком національних судів – можна обґрунтовано вважати, що заявники свідомо подали неправдиві дані у своїх деклараціях, таким чином, вчинення злочину за статтею 198 Кримінального кодексу.

813. Національні суди, переглянувши докази, що надходили до них, дійшли висновку, що винагорода, отримана заявниками за договорами про надання послуг, була де-факто оплатою праці заявників у ЮКОСі та в його афілійованих структурах – платіж, який зазвичай буде оподатковуватись за загальним режимом оподаткування. Власні пояснення заявників стосовно їх відносин з неназваними «кінцевими користувачами» були досить невизначеними. Незважаючи на те, що заявникам було дозволено мовчати, загальна картина їхніх стосунків з двома компаніями острова Мен і / або «кінцевими користувачами» вимагала деякого пояснення, особливо з огляду на їхню паралельну роботу як керівників «ЮКОСа», роботу за яку вони отримали лише символічну компенсацію, і з огляду на інші докази, виявлені обвинуваченням, які показали зв'язок між заявниками та двома компаніями острова Мен. Походження грошей, сплачених компаніями острова Мен відповідно до «угод про надання послуг» – елементом, який заявник вважав важливим, – в очах національних судів не важливе для встановлення справжньої мети цих переказів, а Суд не бачить жодної причини не погодитися з цим. За таких обставин висновки, зроблені російськими судами щодо реального характеру платежів, отриманих заявниками від двох компаній острова Мен, не були невиправданими або довільними.

814. Так само Суд не може погодитися з альтернативним аргументом заявників, а саме тим, що, вибравши ліцензію, заявники просто використовували законну методику мінімізації податкових витрат, що не відповідає ухиленню від сплати податків. Право вибрати конкретний режим роботи з метою мінімізації податків не звільняє платника податків від обов'язку подавати до податкових органів достовірну інформацію. У ході національного провадження (як і в цьому Суді) заявники стверджували, що надавали консультаційні послуги різним клієнтам, у тому числі тим, хто не пов'язаний з ЮКОСом. Очевидно, їхні податкові декларації були сформульовані у подібних умовах. Проте російські суди не приймали цього твердження, вважаючи, що суми, отримані заявниками, не мають нічого спільного з будь-якими консалтинговими послугами, а лише пов'язані

з їхньою роботою як керівних працівників ЮКОСа. Іншими словами, заявники не інформували податкові органи про справжній характер їх діяльності. Це, безумовно, не було непередбаченою чи незначною прогалиною або звичайним помилковим тлумаченням податкового законодавства. (…)

815. За таких обставин також був виправданий висновок російських судів, а саме те, що заявники свідомо подавали недостовірну інформацію про свої доходи.

816. Остання аргументація заявників також стосувалася їхнього переслідування за ухилення від сплати податків та ставлення влади до таких самих схем мінімізації податкових зобов'язань у період, коли вони діяли. Заявники стверджували, що вони були першими, хто зазнав нової інтерпретації кримінального законодавства, і що ніякі інші підприємці, які використовували подібні методи мінімізації податків, не були переслідувані та / або засуджені за це. Крім того, схема мінімізації податків діяла на основі пільгових податкових угод, а декілька податкових перевірок, що проводилися щодо торговельних компаній, підтвердили законність скорочення податків. Заявники дійшли висновку, що вони мали всі підстави вважати, що їх поведінка є законною.

817. Суд визнає, що за певних обставин довготривала толерантність до певної поведінки, що підлягає покаранню за кримінальним законодавством, може перерости в де-факто декриміналізацію такої поведінки. Проте такого не було тут, головним чином тому, що причини такої терпимості незрозумілі. Цілком можливо, що влада просто не мала достатньої інформації або ресурсів для переслідування заявників та / або інших підприємців за використання таких схем. Суд не виключає, що подібні «методи оподаткування» могли бути відомі податковим органам, наприклад, з документів FATF. Можна також припустити, що глобальний аналіз грошового потоку та продажів нафти ЮКОС може свідчити про використання деяких методів мінімізації податків. Проте немає жодних доказів того, що податкові органи точно знали, що робить «ЮКОС»; як зазначив Суд у справі ЮКОСа:

«Податкові органи мали доступ до розрізненої інформації про функціонування окремих частин угоди, розташованих по всій країні, але, враховуючи масштабність та шахрайський характер угоди, вони, безумовно, не могли бути обізнані про домовленість у повному обсязі на підставі податкових декларацій та запитів на відшкодування податків, що здійснюються торговими компаніями, компанією-заявником та її дочірніми компаніями».

818. Що стосується податкових оцінок та пільгових податкових угод, то вони ґрунтуються на припущенні, що інформація, надана торговими компаніями до органів влади, була дійсною. Це вимагало масового кримінального розслідування, яке включало численні обшуки, численні вилучення та опитування сотень свідків, щоб довести, що це не так. Суд знову підтверджує свій висновок про те, що схема була організована таким чином, щоб ускладнити можливі розслідування.

819. Немає жодних доказів того, що механізми трансфертного ціноутворення, використовувані іншими бізнесменами, були організовані точно так само, як схема, яка використовується заявниками. У справі заявників слідству доводилося доказувати кілька фактичних тверджень та подати підтверджуючі докази, які показують, що ця схема становила податкове шахрайство.

820. Загалом, Суд не може визнати, що ставлення влади до такої практики становило свідоме визнання її законності. Отже, він не може звільнити заявників від кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків.

821. Суд визнає, що справа заявників не мала прецедентів. Проте Суд повторює, що стаття 7 Конвенції не є несумісною з судовою практикою і не забороняє поступове роз'яснення правил кримінальної відповідальності шляхом судового тлумачення від випадку до справи, за умови, що результуючий розвиток відповідає сутності правопорушення та міг бути обґрунтований передбачено. Заявники, можливо, постраждали від нової інтерпретації поняття «ухилення від сплати податків», але воно базувалося на обґрунтованому тлумаченні статей 198 та 199 Кримінального кодексу РФ та «узгодженні з суттю злочину». Суд доходить висновку, що стаття 7 Конвенції не була порушена з огляду на засудження заявників за цим пунктом». [Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia (11082/06 and 13772/05). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–122697]

212.3.3. Справа «Щокін проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«52. Суд визнає, що тлумачення та застосування національного законодавства є прерогативою національних органів. Суд, однак, зобов'язаний переконатися в тому, що спосіб, в який тлумачиться і застосовується національне законодавство, призводить до наслідків, сумісних з принципами Конвенції з точки зору тлумачення їх у світлі практики Суду.

53. З огляду на факти справи Суд зазначає, що Декрет, який мав силу закону України, чітко встановлював фіксовану 20% ставку податку з доходу, одержуваного не за місцем основної роботи. Однак податкові органи та суди проігнорували цю норму та застосували ставку прогресивного оподаткування до цього виду доходу, тим самим наклавши на заявника додаткові зобов'язання зі сплати загального прибуткового податку. Податкові органи посилалися на Інструкцію Головної державної податкової інспекції як на підставу таких дій. Пізніше податкові органи також посилалися на Декрет та Указ Президента.

54. Оскільки національні суди посилалися на Декрет для того, щоб виправдати накладання на заявника додаткових зобов'язань зі сплати прибуткового податку, Суд не може зрозуміти, за яких підстав частина 3 статті 7 цього правового акту не була взята до уваги. Національні суди не висловились з цього питання, незважаючи на той факт, що заявник порушував його під час кожного національного провадження. Посилання судами на Інструкцію не є доцільним, оскільки, відповідно до статті 23 Декрету, Інструкція може регулювати лише питання застосування Декрету і не може встановлювати жодні норми, які б суперечили цьому правовому акту.

55. Далі Суд зазначає, що національні суди також посилалися на Указ Президента, який запроваджував нову таблицю прогресивного оподаткування та стосувався будь-якого доходу, одержаного громадянином. Однак жоден із пунктів статті 7 Декрету не був скасований. Відповідно залишалось питання, яким чином ці правові акти співвідносилися один з одним. У зв'язку з цим Суд зазначає, що Декрет мав силу закону України та передбачав спеціальні норми для оподаткування певних видів доходів громадян. Цікаво, що замість застосування фіксованих ставок згідно з Указом Президента, податкові органи продовжували застосовувати, наприклад, спеціальну норму частини 2 статті 7 Декрету. За цих обставин не зрозуміло, чому Указ Президента мав вважатися таким, що має перевагу перед частиною 3 статті 7 Декрету.

56. Навіть якщо припустити, що тлумачення цих норм національними органами влади було правильним, Суд не задоволений загальним станом національного законодавства, яке існувало на той час з питання, що розглядається у цій справі. Суд зазначає, що відповідні правові акти явно суперечили один одному. У результаті цього національні органи на свій власний розсуд застосували протилежні підходи щодо співвідношення цих правових актів. На думку Суду, відсутність в національному законодавстві необхідної чіткості та точності, які передбачали можливість різного тлумачення такого важливого фінансового питання, порушує вимогу «якості закону», передбачену Конвенцією, та не забезпечує адекватний захист від свавільного втручання публічних органів державної влади у майнові права заявника.

57. У зв'язку з цим Суд не може не помітити вимогу підпункту 4.4.1 пункту 4.4 статті 4 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» від 21 грудня 2000 року, який передбачав, що в разі, коли національне законодавство припускало неоднозначне або множинне тлумачення прав та обов'язків платників податків національні органи були зобов'язані застосувати підхід, який був би найбільш сприятливим для платника податків. Однак у справі, що розглядається, органи державної влади віддали перевагу найменш сприятливому тлумаченню національного законодавства, що призвело до накладення на заявника додаткових зобов'язань зі сплати прибуткового податку.

58. Вищевикладених міркувань достатньо, щоб Суд дійшов висновку, що втручання у майнові права заявника було незаконним для цілей статті 1 Першого протоколу до Конвенції. Таким чином, Суд постановляє, що у цій справі мало місце порушення цього положення». [Щокін проти України (23759/03 та №37943/06). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_858]

212.3.4. Справа «Джяносевік проти Швеції та «Вастберга Таксі Актіболаг» і Вулік проти Швеції»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний переклад НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України)

«Заявники стверджували, що було порушено їхнє право на презумпцію невинуватості, оскільки, по-перше, на них було покладено обов'язок доказування неправомірності донарахування недоїмки і пені, а, по-друге, рішення про примусове стягнення таких недоїмок і пені було виконане ще до моменту визначення судом правомірності дій податкової адміністрації.

Стосовно першого зауваження заявників Суд погодився, що в процесі розгляду їхніх справ вони зіткнулися з дією презумпції, відповідно до якої несплата податків має місце з вини платника. Крім того, донарахування недоїмки у таких випадках є нормальним явищем. Суд зауважив і те, що заявники володіли всіма необхідними засобами правового захисту на стадії судового розгляду і могли подавати необхідні докази та в інший спосіб обґрунтовувати неправомірність нарахування недоїмки й пені у такому розмірі.

У подібних справах при вирішенні питання про належний баланс інтересів Суд схиляється на бік держави. І саме тому, що податкова система, яка функціонує завдяки інформації, отриманій від платника податків, не може бути ефективною без існування низки санкцій, передбачених за неподання такої інформації або за подання інформації недостовірної. Важливим є, аби такі санкції застосовувалися відповідно до уніфікованих та зрозумілих правил.

У цілому Суд дійшов висновку, що існуючі у законодавстві Швеції презумпції та правила не є нерозумними. З приводу ж другого зауваження заявників Суд відзначив, що ані ст. 6 Конвенції, ані жодне інше конвенційне положення не забороняють виконувати рішення органів виконавчої влади ще до моменту їх остаточної перевірки судовою владою на предмет правомірності. Поряд з тим, у таких ситуаціях на держави-учасниці покладається обов'язок забезпечити справедливий баланс між інтересами осіб та держави, оскільки поспішне виконання рішень про примусове стягнення податків може мати надто серйозні наслідки для зацікавлених осіб.

У даній справі Суд вважав, що фінансові інтереси держави самі по собі неспроможні виправдати поспішне виконання рішень про стягнення податкової недоїмки, оскільки остання, на відміну від власне податків, не може розглядатися як джерело фінансування держави, а слугує переважно засобом забезпечення належного виконання податкових зобов'язань з боку платників. Суд відзначив, що законодавство Швеції передбачає ефективний механізм повороту виконання неправомірних рішень про стягнення заборгованості за податковими платежами та рішень про банкрутство. Таким чином, існування вказаного механізму слугує достатньою гарантією інтересів заявників.

У зв'язку з цим порушення ч. 1 і 2 ст. 6 Конвенції щодо права на презумпцію невинуватості було відсутнє». [Джяносевік проти Швеції та «Вастберга Таксі Актіболаг» і Вулік проти Швеції (34619/97). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_091]

212.3.5. Справа «Сєрков проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«37. У цій справі у задоволенні позову заявника до митного органу було відмовлено, оскільки суди визнали, що звільнення від сплати ПДВ не могло застосовуватись до операцій з імпорту, що здійснювались заявником. Проте національні суди неоднаково тлумачили положення законодавства щодо сфери застосування звільнення від сплаги ПДВ. Зокрема, 15 січня 2003 року Верховний Суд України ухвалив постанову, якою слід було керуватись, що допускала застосування звільнення від сплати ПДВ до операцій з імпорту, які проводились платником єдиного (уніфікованого) податку. У подальшому, 23 грудня 2003 року, Верховний Суд України застосував протилежний під-

хід, встановивши, що звільнення від сплати ПДВ не може застосовуватися до операцій з імпорту, що проводились такими платниками податку. У червні 2004 року, тобто коли заявник здійснював ввезення товарів із-за закордону, цю постанову було розповсюджено та офіційно рекомендовано для застосування.

38. Не можна виключати того, що надання права на звільнення від сплати ПДВ у тлумаченні Верховного Суду України, наведеному в постанові від 15 січня 2003 року, було суттєвим фактором при прийнятті заявником рішення укласти угоди з купівлі-продажу, які передували відповідним операціям з імпорту. Проте, вбачається, що у певний момент цієї підприємницької діяльності заявник мав виявити, що тлумачення стосовно режиму оподаткування операцій з імпорту, яким слід було керуватись, докорінно змінилось.

39. Суд визнає, що, дійсно, можуть існувати переконливі причини для перегляду тлумачення законодавства, яким слід керуватись. Сам Суд, застосовуючи динамічний та еволюційний підходи в тлумаченні Конвенції, у разі необхідності може відходити від своїх попередніх тлумачень, тим самим забезпечуючи ефективність та актуальність Конвенції.

40. Проте Суд не вбачає жодного виправдання для зміни юридичного тлумачення, з якою зіткнувся заявник. Насправді, Верховний Суд України не навів жодних аргументів, щоб пояснити відповідну зміну тлумачення. Така відсутність прозорості мала обов'язково вплинути на довіру суспільства та віру в закон. З огляду на обставини цієї справи Суд вважає, що спосіб, у який національні суди тлумачили відповідні положення законодавства, негативно вплинув на їхню передбачуваність.

41. Суд також зазначає, що можливість таких різних тлумачень одних і тих самих положень законодавства головним чином була спричинена неналежним станом національного законодавства з цього питання. Правила, які було закріплено в Указі Президента та в Законі про ПДВ, надавали необґрунтовану свободу вибору щодо тлумачення того, яким чином вони можуть співвідноситись, а також розуміння чіткої сфери їх застосування та значення їх вимог.

42. Відповідно, на думку Суду, відсутність необхідної передбачуваності та чіткості національного законодавства з такого важливого фіскального питання, яка призводила до його суперечливого тлумачення судом, порушує вимоги Конвенції щодо «якості закону».

43. У цьому контексті Суд не може не брати до уваги вимоги статті 4.4.1 Закону про погашення зобов'язань платників податків, який передбачає, що у разі якщо норма закону або іншого нормативного акта, виданого на основі закону, або якщо норми різних законів або нормативних актів дозволяють неоднозначне або множинне тлумачення прав та обов'язків платників податків і контролюючого органу, рішення приймається на користь платника податків. Проте у цій справі державні органи обрали тлумачення національного законодавства, менш сприятливе для платників податків, що призвело до стягнення ПДВ із заявника.

44. Вищезазначені міркування є достатніми, щоб надати Суду можливість дійти висновку, що втручання у майнові права заявника було незаконним у контексті статті 1 Першого протоколу. Відповідно, Суд постановляє, що було порушення цього положення». [Сєрков проти України (39766/05). https://minjust.gov.ua/files/25055]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 212–212[1] КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

212.4.1. Відмежування злочину від іншого правопорушення ЄСПЛ пов'язує не тільки з формальним (діяння передбачено кримінальним законом) і матеріальним (суспільна небезпечність діяння) критеріями, але також з критерієм тяжкості санкції за відповідне правопорушення (див.: 1.4.13; 11.4.1; та 212.2.2). Однак притягнення особи до адміністративної відповідальності за порушення податкового обліку та інші правопорушення в галузі фінансів і підприємницькій діяльності (ст.163[1] та інші статті глави 12 КАП) не перешкоджає притягненню такої особи до кримінальної відповідальності за ст. 212 та (або) ст. 212[1] КК України за ті самі дії, що входять до об'єктивної сторони ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування.

(Див.: 212.3.1)

212.4.2. Правова позиція ЄСПЛ: притягнення до кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків шляхом «оптимізації податкових платежів» через вчинення фіктивних правочинів чи правочинів з юридичними особами, які мають ознаки фіктивності, само по собі не порушує Конвенцію.

(Див.: 212.3.2 – пункти 805–815)

212.4.3. Правова позиція ЄСПЛ: притягнення особи до кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків у спосіб, який тривалий час залишався без кримінального переслідування інших осіб, які використовували такий самий спосіб (схему) для зменшення сум сплачуваних податків, не містить ознак порушення Конвенції.

(Див.: 212.3.2 – пункти 816–820)

212.4.4. Правова позиція ЄСПЛ: при вирішені питання про наявність чи відсутність такої ознаки складу злочину, як ненадходження до бюджетів (фондів) коштів та їх розміру, слід керуватися законом, який має пріоритет над підзаконними актами. Якщо ж нормативні акти одного рівня по різному визначають обов'язок платника податків, сумніви повинні тлумачитися на користь платника податків.

(Див.: 212.3.3)

212.4.5. Правова позиція ЄСПЛ: податкова система, яка функціонує завдяки інформації, отриманій від платника податків, не може бути ефективною без існування низки санкцій, передбачених за неподання такої інформації або за подання інформації недостовірної. Важливим є, аби такі санкції застосовувалися відповідно до уніфікованих та зрозумілих правил.

(Див.: 212.3.4)

За такої позиції покладання на платника податків обов'язку доказування правомірності своєї поведінки, що призвело до ненадходження до бюджетів (фондів) коштів у значних розмірах, не порушує принципу презумпції невинуватості.

Наразі слід зазначити, що в наведеному рішенні ЄСПЛ презумпція невинуватості розглядається винятково в аспекті податкового права – щодо покладання обов'язку доказувати свою невинуватість на осіб, які звинувачуються в наявності податкової недоїмки. Однак при цьому ЄСПЛ посилається на частину 2 ст. 6 Конвенції, у якій ідеться виключно про обвинувачених у вчиненні кримінального правопорушення.

212.4.6. Відсутній склад відповідного злочину (ст. 212 чи ст. 212[1] КК України), якщо за наявності кількох суперечливих судових тлумачень національного податкового законодавства, яке характеризувалося відсутністю необхідної передбачуваності та чіткості, особа керувалась тлумаченням на користь платника податків.

(Див.: 212.3.5)

212.4.7. Правова позиція ЄСПЛ: за певних обставин, коли кримінальне обвинувачення суперечить судовим рішенням у цивільних чи господарських справах, суд, який розглядає кримінальне провадження, має взяти до уваги висновки щодо обставин справи, які містяться в рішеннях цивільних чи господарських судів.

(Див.: 0.3.6)

212.4.8. Момент закінчення злочину (ст. 212 і ст. 212[1] КК України) визначається моментом закінчення певного строку, що визначається нормами податкового законодавства: з наступного дня після настання строку, до якого мав бути сплачений податок, збір чи інший обов'язковий платіж, а коли закон пов'язує цей строк із виконанням певної дії, – з моменту фактичного ухилення від їх сплати. У випадках виникнення сумнівів (спору) щодо точного змісту зазначених норм податкового законодавства для їх тлумачення доцільно брати до уваги норми міжнародного права, зокрема Європейську конвенцію про обчислення строків (ETS N 76) від 16.05.1972.

(Див.: 0.4.7)

212.4.9. Скарги, пов'язані з податковими відносинами, ЄСПЛ зазвичай розглядає за статтею 1 Протоколу № 1 до Конвенції.

(Див.: 212.1.3; 212.2.1; 212.2.3)

Стаття 213. Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом

1. Здійснення прийому брухту кольорових і чорних металів фізичними особами, здійснення операцій з брухтом кольорових і чорних металів посадовими особами суб'єктів господарської діяльності, відомості про яких не включено до переліку суб'єктів господарювання, що здійснюють операції з металобрухтом, надання приміщень та споруд для розташування незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту, організація незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту –

караються штрафом від тисячі п'ятисот до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до одного року.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони вчинені особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею, –

караються штрафом від трьох тисяч до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк до трьох років.

(Стаття 213 із змінами, внесеними згідно із Законом № 4025-VI від 15.11.2011; в редакції Закону № 191-VIII від 12.02.2015)

(Зміни до абзацу першого частини першої статті 213 див. в Законі № 222-VIII від 02.03.2015)

(Статтю 214 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

(Статтю 215 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 216. Незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених контрольних марок

1. Незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених контрольних марок для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних чи голографічних захисних елементів –

караються штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

караються штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(Стаття 216 в редакції Закону № 1098-IV від 10.07.2003; із змінами, внесеними згідно із Законами № 4025-VI від 15.11.2011, № 5283-VI від 18.09.2012, № 1019-VIII від 18.02.2016)

(Статтю 217 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

(Статтю 218 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 216 КК України

216.4.1. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» (зокрема, – «незаконне виготовлення, підроблення, тощо»), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акту), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати вірогідність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

Стаття 218[1]. Доведення банку до неплатоспроможності

1. Доведення банку до неплатоспроможності, тобто умисне, з корисливих мотивів, іншої особистої заінтересованості або в інтересах третіх осіб вчинення пов'язаною з банком особою будь-яких дій, що призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі або кредитору, –

карається обмеженням волі на строк від одного до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з накладенням штрафу від п'яти тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян та позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. 1. У цій статті матеріальна шкода вважається великою, якщо вона у десять тисяч і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

2. Термін «пов'язана з банком особа» вживається у значенні, визначеному Законом України «Про банки і банківську діяльність».

(Кодекс доповнено статтею 218[1] згідно із Законом № 218-VIII від 02.03.2015)

Стаття 219. Доведення до банкрутства

Доведення до банкрутства, тобто умисне, з корисливих мотивів, іншої особистої заінтересованості або в інтересах третіх осіб вчинення громадянином – засновником (учасником) або службовою особою суб'єкта господарської діяльності дій, що призвели до стійкої фінансової неспроможності суб'єкта господарської діяльності, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі чи кредитору, –

карається штрафом від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. У статтях 219, 222 цього Кодексу матеріальна шкода вважається великою, якщо вона у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 219 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 4025-VI від 15.11.2011)

(Статтю 220 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 220[1]. Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності

1. Внесення керівником або іншою службовою особою банку до бази даних про вкладників завідомо неправдивих відомостей –

карається штрафом від восьмисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Та сама дія, вчинена повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

карається штрафом від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Внесення керівником або іншою службовою особою банку у звітність, яка подається до Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, завідомо неправдивих відомостей –

карається штрафом від восьмисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

4. Умисне пошкодження або знищення керівником або іншою службовою особою банку бази даних про вкладників або вчинення дій, що унеможливлюють ідентифікацію вкладника за інформацією, наявною у базі даних про вкладників, або вчинення дій, наслідком яких є незаконне збільшення суми витрат Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, пов'язаних з виведенням банку з ринку, або унеможливлюють початок здійснення виплат коштів вкладникам неплатоспроможного банку відповідно до Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», –

караються позбавленням волі на строк до чотирьох років з обмеженням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до десяти років.

(Кодекс доповнено статтею 220[1] згідно із Законом № 629-VIII від 16.07.2015)

Стаття 220[2]. Фальсифікація фінансових документів та звітності фінансової організації, приховування неплатоспроможності фінансової установи або підстав для відкликання (анулювання) ліцензії фінансової установи

1. Внесення змін до документів або реєстрів бухгалтерського обліку або внесення у звітність фінансової установи завідомо неповних або недостовірних відомостей про угоди, зобов'язання, майно установи, у тому числі яке перебуває в довірчому управлінні, чи про фінансовий стан установи, чи підтвердження такої інформації, надання такої інформації Національному банку України, опублікування чи розкриття такої інформації в порядку, визначеному законодавством України, якщо ці дії вчинені з метою приховування ознак банкрутства чи стійкої фінансової неспроможності або підстав для обов'язкового відкликання (анулювання) у фінансової установи ліцензії або визнання її неплатоспроможною, –

караються штрафом від восьмисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до чотирьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до десяти років.

(Кодекс доповнено статтею 220[2] згідно із Законом № 629-VIII від 16.07.2015)

(Статтю 221 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 222. Шахрайство з фінансовими ресурсами

1. Надання завідомо неправдивої інформації органам державної влади, органам влади Автономної Республіки Крим чи органам місцевого самоврядування, банкам або іншим кредиторам з метою одержання субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг щодо податків у разі відсутності ознак злочину проти власності –

карається штрафом від однієї тисячі до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, якщо вони вчинені повторно або завдали великої матеріальної шкоди, –

караються штрафом від трьох тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 222 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 3795-VI від 22.09.2011, № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 222[1]. Маніпулювання на фондовому ринку

1. Умисні дії службової особи учасника фондового ринку, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі, встановлені відповідно до закону щодо державного регулювання ринку цінних паперів, що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах, або уникнення такими особами збитків у значних розмірах, або якщо це заподіяло значну шкоду охороню-

ваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, –

караються штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони спричинили тяжкі наслідки, –

караються штрафом від п'яти тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. 1. Значним розміром у цій статті вважається розмір, який у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

2. Значною шкодою у цій статті вважається шкода, яка у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

3. Тяжкими наслідками у цій статті вважається шкода, яка у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Кодекс доповнено статтею 222[1] згідно із Законом № 3267-VI від 21.04.2011; із змінами, внесеними згідно із Законом № 4025-VI від 15.11.2011)

(Статтю 223 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 223[1]. Підроблення документів, які подаються для реєстрації випуску цінних паперів

1. Внесення уповноваженою особою в документи, які подаються для реєстрації випуску цінних паперів, завідомо неправдивих відомостей, якщо це заподіяло значну матеріальну шкоду інвесторові в цінні папери, –

карається штрафом від однієї тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. Шкода, передбачена цією статтею, вважається значною, якщо вона в двадцять і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Кодекс доповнено статтею 223[1] згідно із Законом № 801-VI від 25.12.2008; із змінами, внесеними згідно із Законом № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 223[2]. Порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів

1. Невнесення службовою особою емітента чи професійного учасника фондового ринку змін або внесення завідомо недостовірних змін до системи реєстру власників іменних цінних паперів або до системи депозитарного обліку, а так само інше порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів, якщо воно призвело до втрати системи реєстру (її частини), –

караються штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Кодекс доповнено статтею 223[2] згідно із Законом № 801-VI від 25.12.2008; із змінами, внесеними згідно із Законом № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 224. Виготовлення, збут та використання підроблених недержавних цінних паперів

1. Виготовлення з метою збуту, збут чи використання іншим чином підроблених недержавних цінних паперів –

караються штрафом від однієї тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони вчинені повторно або якщо вони завдали великої матеріальної шкоди, –

караються штрафом від трьох тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони вчинені організованою групою або якщо вони завдали особливо великої матеріальної шкоди, –

караються штрафом від десяти тисяч до п'ятнадцяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. 1. Повторним у статті 224 визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила злочин, передбачений цією статтею або статтею 199 цього Кодексу.

2. Відповідно до цієї статті матеріальна шкода вважається великою, якщо вона у триста і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а особливо великою – така, що у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 224 із змінами, внесеними згідно із Законом № 4025-VI від 15.11.2011)

(Статтю 225 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

(Статтю 226 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 227. Умисне введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції

Умисне введення в обіг (випуск на ринок України) небезпечної продукції, тобто такої продукції, що не відповідає вимогам щодо безпечності продукції, встановленим нормативно-правовими актами, якщо такі дії вчинені у великих розмірах, –

караються штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. Під введенням в обіг (випуском на ринок України) небезпечної продукції, вчиненим у великих розмірах, слід вважати введення в обіг продукції, загальна вартість якої перевищує п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(Стаття 227 в редакції Закону № 2735-VI від 02.12.2010; із змінами, внесеними згідно із Законом № 4025-VI від 15.11.2011)

(Статтю 228 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 229. Незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару

1. Незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару, або інше умисне порушення права на ці об'єкти, якщо це завдало матеріальної шкоди у значному розмірі, –

караються штрафом від однієї тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Ті самі дії, якщо вони вчинені повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або завдали матеріальної шкоди у великому розмірі, –

караються штрафом від трьох тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені службовою особою з використанням службового становища або організованою групою, або якщо вони завдали матеріальної шкоди в особливо великому розмірі, –

караються штрафом від десяти тисяч до п'ятнадцяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

Примітка. Матеріальна шкода вважається завданою в значному розмірі, якщо її розмір у двадцять і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, у великому розмірі – якщо її розмір у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а завданою в особливо великому розмірі – якщо її розмір у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 229 в редакції Закону № 850-IV від 22.05.2003; із змінами, внесеними згідно із Законами № 3423-IV від 09.02.2006, № 1111-V від 31.05.2007, № 4025-VI від 15.11.2011, № 1019-VIII від 18.02.2016)

(Статтю 230 виключено на підставі Закону № 669-IV від 03.04.2003)

§1. Норми міжнародного права
щодо захисту прав товарного знаку, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару

229.1.1. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРІПС)
(Світова організація торгівлі, від 15.04.1994)
(приєднання Законом від 10.04.2008)
«Розділ 2: Товарні знаки
Стаття 15. Об'єкт, що охороняється
1. Будь-яке позначення або сполучення позначень, за допомогою яких можна відрізнити товари або послуги одного підприємства від товарів або послуг іншого підприємства, являють собою товарний знак. Такі позначення, зокрема слова, включаючи власні імена, літери, цифри, зображувальні елементи та комбінації кольорів, а також будь-яке сполучення таких позначень мають право бути зареєстровані як товарні знаки. Якщо позначенню не притаманна здатність відрізняти відповідні товари та послуги, Члени можуть запровадити реєстрацію в залежності від розрізнювальної здатності, що набувається завдяки використанню. Члени можуть вимагати як умову реєстрації, щоб позначення сприймалися візуально.
(…)
Стаття 16. Права, що надаються
1. Власник зареєстрованого товарного знака повинен мати виключне право забороняти всім третім сторонам, які не мають згоди власника, використовувати в процесі торгівлі ідентичні або схожі позначення для товарів чи послуг, які є ідентичними або схожими на ті, стосовно яких реєструється товарний знак, де таке використання призвело б у результаті до ймовірності плутанини. У випадку використання ідентичного позначення для ідентичних товарів або послуг ймовірність сплутати їх повинна вважатися презумпцією. Вищезгадані права не повинні завдавати жодної шкоди існуючим пріоритетним правам і не повинні впливати на можливість Членів визнавати ці права чинними в залежності від їх використання.
(…)
Стаття 18. Строк захисту
Первісна реєстрація, а також кожне наступне продовження реєстрації товарного знака має здійснюватися на строк не менше семи років. Продовження реєстрації товарного знака може здійснюватися необмежено.
(…)
Розділ 3: Географічні зазначення

Стаття 22. Захист географічних зазначень

1. Географічними зазначеннями, для цілей цієї Угоди, є зазначення, які визначають товар як такий, що походить з території Члена, регіону або місцевості на його території, коли дана якість, репутація або інші характеристики товару значною мірою пов'язані з його географічним походженням.

2. Щодо географічних зазначень Члени повинні забезпечити для зацікавлених сторін законні способи, щоб запобігти:

(a) використання будь-яких засобів визначення або представлення товару, який свідчить або передбачає, що товар походить з географічної території іншої, ніж реальне місце походження, у такий спосіб, що вводить в оману широкий загал стосовно географічного походження товару;

(b) будь-якого використання, яке є актом недобросовісної конкуренції в значенні зазначеному в Статті 10-bis Паризької конвенції (1967).

(…)

4. Захист згідно з параграфами 1, 2 та 3 повинен застосовуватися проти географічного зазначення, яке, хоча у буквальному розумінні правильно визначає територію, регіон або місцевість походження товарів, але викликає у широкого загалу хибне уявлення, що товар походить з іншої території.

(…)

Розділ 5: Кримінальні процедури

Стаття 61

Члени повинні забезпечити застосування кримінальних процедур та штрафів принаймні у випадках навмисної фальсифікації товарного знака або з порушенням авторських прав у комерційних масштабах. Заходи покарання повинні включати ув'язнення та/або грошові штрафи, достатні для того, щоб служити засобом стримування відповідно до рівня покарання, який застосовується у випадках злочинів відповідної тяжкості. У відповідних випадках заходи покарання повинні також включати накладення арешту, конфіскацію та знищення товарів, що порушують право, та будь-яких матеріалів або обладнання, які значною мірою були використані при вчиненні порушення. Члени можуть передбачити застосування кримінальних процедур та покарання і в інших випадках порушення прав інтелектуальної власності, особливо коли вони вчинені навмисно та в комерційних масштабах». [Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРІПС) (Світова організація торгівлі, від 15.04.1994). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 229 КК України

229.4.1. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («порушення встановленого законом порядку»), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акту), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати вірогідність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

Стаття 231. Незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю

Умисні дії, спрямовані на отримання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, з метою розголошення чи іншого використання цих відомостей, а також незаконне використання таких відомостей, якщо це спричинило істотну шкоду суб'єкту господарської діяльності, –

караються штрафом від трьох тисяч до восьми тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(Стаття 231 із змінами, внесеними згідно із Законами № 2252-IV від 16.12.2004, № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 232. Розголошення комерційної або банківської таємниці

Умисне розголошення комерційної або банківської таємниці без згоди її власника особою, якій ця таємниця відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, якщо воно вчинене з корисливих чи інших особистих мотивів і завдало істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності, –

карається штрафом від однієї тисячі до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 232 із змінами, внесеними згідно із Законами № 2252-IV від 16.12.2004, № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 232[1]. Незаконне використання інсайдерської інформації

1. Умисне незаконне розголошення, передача або надання доступу до інсайдерської інформації, а так само надання з використанням такої інформації рекомендацій стосовно придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), якщо це призвело до отримання особою, яка вчинила зазначені дії, чи третіми особами необґрунтованого прибутку в значному розмірі, або уникнення учасником фондового ринку чи третіми особами значних збитків, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, –

караються штрафом від семисот п'ятдесяти до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Вчинення з використанням інсайдерської інформації на власну користь або на користь інших осіб правочинів, спрямованих на придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), яких стосується інсайдерська інформація, якщо це призвело до отримання особою, яка вчинила зазначені дії, чи третіми особами необґрунтованого прибутку в значному розмірі, або уникнення учасником фондового ринку чи третіми особами значних збитків, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, –

караються штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо такі дії спричинили тяжкі наслідки, –

карається штрафом від п'яти тисяч до восьми тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

4. Дії, передбачені частинами першою – третьою цієї статті, якщо вони вчинені організованою групою, –

караються штрафом від восьми тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка: 1. Значним розміром (значним збитком, значною шкодою) у цій статті вважається розмір (збиток, шкода), який в п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

2. Тяжкими наслідками у цій статті, якщо вони полягають у заподіянні матеріальних збитків, вважаються такі, які у тисячу і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

3. Під особами, які вчинили дії, передбачені цією статтею, розуміються: посадові особи емітента, у тому числі ті, які були посадовими особами емітента на момент ознайомлення з інсайдерською інформацією; особи, які мають доступ до інсайдерської інформації у зв'язку з виконанням ними трудових (службових) обов'язків або договірних зобов'язань незалежно від відносин з емітентом, у тому числі співробітники професійних учасників фондового ринку; державні службовці, яким відома інсайдерська інформація внаслідок виконання ними посадових (службових) обов'язків; особи, які ознайомилися з інсайдерською інформацією неправомірним шляхом; аудитори, нотаріуси, експерти, оцінювачі, арбітражні керуючі або інші особи, які виконують надані законом публічні повноваження.

(Кодекс доповнено статтею 232[1] згідно із Законом № 3480-IV від 23.02.2006; в редакції Закону № 801-VI від 25.12.2008; із змінами, внесеними згідно із Законами № 3306-VI від 22.04.2011, № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 232[2]. Приховування інформації про діяльність емітента

1. Ненадання службовою особою емітента інвестору в цінні папери (у тому числі акціонеру) на його письмовий запит інформації про діяльність емітента в межах, передбачених законом, або надання йому недостовірної інформації, якщо це заподіяло інвестору в цінні папери (у тому числі акціонеру) матеріальну шкоду в значному розмірі, –

караються штрафом від однієї тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Ті самі діяння, вчинені повторно, –

караються штрафом від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. У цій статті матеріальна шкода вважається заподіяною у значному розмірі, якщо її розмір у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Кодекс доповнено статтею 232[2] згідно із Законом № 801-VI від 25.12.2008; із змінами, внесеними згідно із Законом № 4025-VI від 15.11.2011)

Стаття 233. Незаконна приватизація державного, комунального майна

1. Приватизація державного, комунального майна шляхом заниження його вартості через визначення її у спосіб, не передбачений законом, або використання підроблених приватизаційних документів, а також сама приватизація майна, яке не підлягає приватизації згідно з законом, або приватизація неправомочною особою –

караються штрафом від п'яти тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, якщо воно призвело до незаконної приватизації майна державної чи комунальної власності в великих розмірах або вчинене групою осіб за попередньою змовою, –

карається штрафом від двадцяти п'яти тисяч до тридцяти п'яти тисяч неоподаткову-ваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією майна або без такої.

Примітка. Великим розміром, передбаченим у цій статті, визнається незаконна приватизація майна на суму, що у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 233 із змінами, внесеними згідно із Законом № 4025-VI від 15.11.2011)

(Статтю 234 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

(Статтю 235 виключено на підставі Закону № 4025-VI від 15.11.2011)

(Розділ VII_A втратив чинність на підставі Закону № 2808-VI від 21.12.2010)

Розділ VIII. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ДОВКІЛЛЯ

Стаття 236. Порушення правил екологічної безпеки

Порушення порядку здійснення оцінки впливу на довкілля, правил екологічної безпеки під час проектування, розміщення, будівництва, реконструкції, введення в експлуатацію, експлуатації та ліквідації підприємств, споруд, пересувних засобів та інших об'єктів, якщо це спричинило загибель людей, екологічне забруднення значних територій або інші тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 236 із змінами, внесеними згідно із Законом № 2059-VIII від 23.05.2017)

Стаття 237. Невжиття заходів щодо ліквідації наслідків екологічного забруднення

Ухилення від проведення або неналежне проведення на території, що зазнала забруднення небезпечними речовинами або випромінюванням, дезактиваційних чи інших відновлювальних заходів щодо ліквідації або усунення наслідків екологічного забруднення особою, на яку покладено такий обов'язок, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Стаття 238. Приховування або перекручення відомостей про екологічний стан або захворюваність населення

1. Приховування або умисне перекручення службовою особою відомостей про екологічний, в тому числі радіаційний, стан, який пов'язаний із забрудненням земель, водних ресурсів, атмосферного повітря, харчових продуктів і продовольчої сировини і такий, що негативно впливає на здоров'я людей, рослинний та тваринний світ, а також про стан захворюваності населення в районах з підвищеною екологічною небезпекою –

караються штрафом до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі діяння, вчинені повторно або в місцевості, оголошеній зоною надзвичайної екологічної ситуації, або такі, що спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

караються обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

Стаття 239. Забруднення або псування земель

1. Забруднення або псування земель речовинами, відходами чи іншими матеріалами, шкідливими для життя, здоров'я людей або довкілля, внаслідок порушення спеціальних правил, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля, –

караються штрафом до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Ті самі діяння, що спричинили загибель людей, їх масове захворювання або інші тяжкі наслідки, –

караються обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

Стаття 239[1]. Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель

1. Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи для довкілля, –

карається штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Та сама дія, якщо вона вчинена повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або заподіяла матеріальну шкоду у великому розмірі, –

карається обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони вчинені шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом або спричинили загибель людей, масову загибель об'єктів тваринного чи рослинного світу або інші тяжкі наслідки, –

караються обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. У цій статті матеріальна шкода вважається заподіяною у великому розмірі, якщо її розмір у сто або більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Закон доповнено статтею 239[1] згідно із Законом № 1708-VI від 05.11.2009; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1019-VIII від 18.02.2016)

Стаття 239[2]. Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах

1. Незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду в особливо великих розмірах –

карається штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Та сама дія, вчинена повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

карається обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, –

караються обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. Особливо великим розміром у цій статті слід розуміти обсяг поверхневого (ґрунтового) шару земель, який становить більше, ніж десять кубічних метрів.

(Закон доповнено статтею 239[2] згідно із Законом № 1708-VI від 05.11.2009; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1019-VIII від 18.02.2016)

Стаття 240. Порушення правил охорони або використання надр

1. Порушення встановлених правил охорони надр, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля, –

карається штрафом від трьохсот до шестисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Порушення встановлених правил використання надр, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля, а також незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення –

караються штрафом від чотирьохсот до семисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені на територіях чи об'єктах природно-заповідного фонду або вчинені повторно, –

караються обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

4. Діяння, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, якщо вони вчинені шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом або спричинили загибель людей, їх масове захворювання або інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

(Стаття 240 із змінами, внесеними згідно із Законами № 2308-IV від 11.01.2005, № 2984-IV від 18.10.2005; в редакції Закону № 1708-VI від 05.11.2009; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1019-VIII від 18.02.2016)

Стаття 241. Забруднення атмосферного повітря

1. Забруднення або інша зміна природних властивостей атмосферного повітря шкідливими для життя, здоров'я людей або для довкілля речовинами, відходами або іншими матеріалами промислового чи іншого виробництва внаслідок порушення спеціальних правил, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи для довкілля, –

караються штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на той самий строк або без такого.

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

караються обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, із позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

Стаття 242. Порушення правил охорони вод

1. Порушення правил охорони вод (водних об'єктів), якщо це спричинило забруднення поверхневих чи підземних вод і водоносних горизонтів, джерел питних, лікувальних вод або зміну їхніх природних властивостей, або виснаження водних джерел і створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи для довкілля, –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років, або обмеженням волі на той самий строк.

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили загибель або захворювання людей, масову загибель об'єктів тваринного і рослинного світу або інші тяжкі наслідки, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

Стаття 243. Забруднення моря

1. Забруднення моря в межах внутрішніх морських чи територіальних вод України або в межах вод виключної (морської) економічної зони України матеріалами чи речовинами, шкідливими для життя чи здоров'я людей, або відходами внаслідок порушення спеціальних правил, якщо це створило небезпеку для життя чи здоров'я людей або живих ресурсів моря чи могло перешкодити законним видам використання моря, а також незаконне скидання чи поховання в межах внутрішніх морських чи територіальних вод України або у відкритому морі зазначених матеріалів, речовин і відходів –

караються штрафом від трьохсот до восьмисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий

строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили загибель або захворювання людей, масову загибель об'єктів тваринного і рослинного світу або інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

3. Неповідомлення спеціально відповідальними за те особами морських та повітряних суден або інших засобів і споруд, що знаходяться в морі, адміністрації найближчого порту України, іншому уповноваженому органу або особі, а у разі скидання з метою поховання – і організації, яка видає дозволи на скидання, інформації про підготовлюване або здійснене внаслідок крайньої потреби скидання чи невідворотні втрати ними в межах внутрішніх морських і територіальних вод України або у відкритому морі шкідливих речовин чи сумішей, що містять такі речовини понад встановлені норми, інших відходів, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей або живих ресурсів моря чи могло завдати шкоди зонам лікування і відпочинку або перешкодити іншим законним видам використання моря, –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років, або обмеженням волі на строк до трьох років.

Стаття 244. Порушення законодавства про континентальний шельф України

1. Порушення законодавства про континентальний шельф України, що заподіяло істотну шкоду, а також невжиття особою, що відповідає за експлуатацію технологічних установок або інших джерел небезпеки в зоні безпеки, заходів для захисту живих організмів моря від дії шкідливих відходів або небезпечних випромінювань та енергії, якщо це створило небезпеку їх загибелі або загрожувало життю чи здоров'ю людей, –

караються штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до двох років.

2. Дослідження, розвідування, розробка природних багатств та інші роботи на континентальному шельфі України, які провадяться іноземцями, якщо це не передбачено договором між Україною і заінтересованою іноземною державою, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України або спеціальним дозволом, виданим у встановленому законом порядку, –

караються штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців.

(Стаття 244 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1019-VIII від 18.02.2016)

Стаття 245. Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу

1. Знищення або пошкодження лісових масивів, зелених насаджень навколо населених пунктів, вздовж залізниць, а також стерні, сухих дикорастучих трав, рослинності або її залишків на землях сільськогосподарського призначення вогнем чи іншим загальнонебезпечним способом –

караються штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, якщо вони спричинили загибель людей, масову загибель тварин або інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

(Стаття 245 в редакції Закону № 1708-VI від 05.11.2009)

Стаття 246. Незаконна порубка або незаконне перевезення, зберігання, збут лісу

1. Незаконна порубка дерев або чагарників у лісах, захисних та інших лісових насадженнях, перевезення, зберігання, збут незаконно зрубаних дерев або чагарників, що заподіяли істотну шкоду, –

карається штрафом від тисячі до тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

караються обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені у заповідниках або на територіях чи об'єктах природно-заповідного фонду, або в інших особливо охоронюваних лісах, –

караються штрафом від тисячі п'ятисот до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк.

4. Дії, передбачені частинами першою, другою чи третьою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до семи років.

Примітка. 1. У цій статті істотною шкодою вважається така шкода, яка у дві тисячі і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, або інша істотна шкода, завдана навколишньому природному середовищу в частині забезпечення ефективної охорони, належного захисту, раціонального використання та відтворення лісів.

2. У цій статті тяжкими наслідками вважаються такі наслідки, які у п'ять тисяч і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 246 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1019-VIII від 18.02.2016; в редакції Законів № 2063-VIII від 23.05.2017, № 2531-VIII від 06.09.2018)

Стаття 247. Порушення законодавства про захист рослин

Порушення правил, установлених для боротьби зі шкідниками і хворобами рослин, та інших вимог законодавства про захист рослин, що спричинило тяжкі наслідки, –

карається штрафом до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста двадцяти до двохсот годин, або обмеженням волі на строк до двох років.

(Стаття 247 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 248. Незаконне полювання

1. Порушення правил полювання, якщо воно заподіяло істотну шкоду, а також незаконне полювання в заповідниках або на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду, або полювання на звірів, птахів чи інші види тваринного світу, що занесені до Червоної книги України, –

караються штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста шістдесяти до двохсот сорока годин, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, якщо вони вчинені службовою особою з використанням службового становища, або за попередньою змовою групою осіб, або способом масового знищення звірів, птахів чи інших видів тваринного світу, або з використанням транспортних засобів, або особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею, –

караються штрафом від двохсот до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк.

Примітка. Істотною шкодою у цій статті, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається така шкода, яка у двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 248 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1827-VI від 21.01.2010, № 1019-VIII від 18.02.2016)

Стаття 249. Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом

1. Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом, якщо воно заподіяло істотну шкоду, –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі діяння, якщо вони вчинені із застосуванням вибухових, отруйних речовин, електроструму або іншим способом масового знищення риби, звірів чи інших видів тваринного світу або особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею, –

караються штрафом від двохсот до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

(Стаття 249 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1827-VI від 21.01.2010, № 1019-VIII від 18.02.2016)

Стаття 250. Проведення вибухових робіт з порушенням правил охорони рибних запасів

Проведення вибухових робіт з порушенням правил охорони рибних запасів або диких водних тварин –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

Стаття 251. Порушення ветеринарних правил

Порушення ветеринарних правил, яке спричинило поширення епізоотії або інші тяжкі наслідки, –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

Стаття 252. Умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду

1. Умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені шляхом підпалу або іншим загальнонебезпечним способом, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

Стаття 253. Проектування чи експлуатація споруд без систем захисту довкілля

1. Розробка і здача проектів, іншої аналогічної документації замовнику службовою чи спеціально уповноваженою особою без обов'язкових інженерних систем захисту довкілля або введення (прийом) в експлуатацію споруд без такого захисту, якщо вони створили не-

безпеку тяжких технологічних аварій або екологічних катастроф, загибелі або масового захворювання населення або інших тяжких наслідків, –

карається позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або обмеженням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, якщо вони спричинили наслідки, передбачені частиною першою цієї статті, –

караються обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на строк до п'яти років.

Стаття 254. Безгосподарське використання земель

Безгосподарське використання земель, якщо це спричинило тривале зниження або втрату їх родючості, виведення земель з сільськогосподарського обороту, змивання гумусного шару, порушення структури ґрунту, –

караються штрафом до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до двох років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Стаття 254 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

§1. Норми міжнародного права
щодо охорони довкілля

236.1.1. Міжнародна конвенція про захист рослин
(ООН, від 06.12.1951)
(приєднання Указом №81/2006 від 31.01.2006)
«1. Для цілей цієї Конвенції наведені нижче терміни мають такі значення:
(…)
«Рослини» – живі рослини і частини рослин, у тому числі насіння і зародкова плазма;
(…)
«Шкідник» – будь-який вид, рід чи біотип рослин, тварин або патогенних агентів, що здатні завдавати шкоди рослинам або рослинним продуктам». [Міжнародна конвенція про захист рослин. (ООН, від 06.12.1951). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_805]

236.1.2. Конвенція про континентальний шельф
(ООН, від 29.04.1958)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«***Статья 1***
В настоящих статьях термин «континентальный шельф» употребляется применительно:
а) к поверхности и недрам морского дна подводных районов, примыкающих к берегу, но находящихся вне зоны территориального моря, до глубины 200 метров, или, за этим пределом, до такого места, до которого глубина покрывающих вод позволяет разработку естественных богатств этих районов;
б) к поверхности и недрам подобных подводных районов, примыкающих к берегам островов.
Статья 2
1. Прибрежное государство осуществляет над континентальным шельфом суверенные права в целях разведки и разработки его естественных богатств.
2. Права, упомянутые в пункте 1 настоящей статьи, являются исключительными в том смысле, что, если прибрежное государство не производит разведки континентального шельфа или не разрабатывает его естественных богатств, никто другой не может делать этого или иметь притязания на его континентальный шельф без его прямого согласия.
3. Права прибрежного государства на континентальный шельф не зависят от наличия эффективной или фиктивной оккупации им шельфа или от прямого об этом заявления.
4. Упомянутые в настоящих статьях естественные богатства включают минеральные и прочие неживые ресурсы поверхности и недр морского дна, а также живые организмы «сидячих» видов, т. е. организмы, которые в надлежащий, с промысловой точки зрения, период своего развития

либо прикреплены к морскому дну или под ним, либо могут передвигаться только по морскому дну или же в его недрах.

(…)

Статья 5

(…)

7. Прибрежное государство обязано принимать в зонах безопасности все надлежащие меры охраны морских живых ресурсов от вредоносных воздействий.

8. Для исследования на месте континентального шельфа требуется согласие прибрежного государства. Прибрежное государство не должно, однако, как общее правило, отказывать в своем согласии, если просьба исходит от обладающего надлежащей квалификацией учреждения в связи с проведением чисто научного исследования физических или биологических свойств континентального шельфа, при условии, однако, что прибрежное государство имеет право, если оно того пожелает, участвовать или же быть представленным в исследовании и что, во всяком случае, результаты последнего должны подлежать опубликованию». [Конвенція про континентальний шельф. (ООН, від 29.04.1958). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_179]

236.1.3. Міжнародна конвенція по запобіганню забрудненню з суден 1973 року

(Міжнародна морська організація, від 02.11.1973)

(приєднання Постановою КМ № 771 від 21.09.93)

*«**Стаття 2. Визначення***

Для цілей цієї Конвенції, якщо спеціально не передбачено інше:

1. «Правила» означають Правила, що містяться в Додатках до цієї Конвенції.

2. «Шкідлива речовина» означає будь-яку речовину, яка при попаданні в море здатна створити небезпеку для здоров'я людей, завдати шкоди живим ресурсам, морській флорі і фауні, погіршити умови відпочинку або перешкодити іншим видам правомірного використання моря, і включає будь-яку речовину, що підлягає контролю відповідно до цієї Конвенції.

3. a) «Скидання» стосовно шкідливих речовин або стоків, що містять такі речовини, означає будь-яке скидання з судна, якими б причинами воно не викликалося, і включає будь-який витік, видалення, розлив, протікання, відкачку, виділення або спорожнювання.

b) «Скидання» не включає:

(i) скидання в значенні, передбаченому Конвенцією по запобіганню забруднення моря викидами відходів та інших матеріалів, укладеною в Лондоні 13 листопада 1972 р.;

(ii) викиду шкідливих речовин, що відбувається безпосередньо внаслідок розвідки, розробки і пов'язаних з ними процесів обробки в море мінеральних ресурсів морського дна; або

(iii) скидання шкідливих речовин для проведення правомірних наукових досліджень з метою боротьби з забрудненням або контролю над ним.

4. «Судно» означає експлуатоване в морському середовищі судно будь-якого типу і включає судна на підводних крилах, судна на повітряній подушці, підводні судна, плавучі засоби, а також стаціонарні або плавучі платформи.

5. «Адміністрація» означає уряд Держави, за уповноваженням якого експлуатується судно. Відносно судна, що має право плавання під прапором будь-якої Держави, адміністрацією є уряд такої Держави.

Щодо стаціонарних або плавучих платформ, зайнятих розвідкою і розробкою поверхні і надр морського дна, що прилягає до берега, над яким прибережна Держава здійснює суверенні права в цілях розвідки і розробки їхніх природних багатств, Адміністрацією є уряд відповідної прибережної Держави.

6. «Інцидент» означає подію, що спричинила або може спричинити скидання в море шкідливої речовини або стоків, що містять таку речовину.

(…)

Стаття 8. Повідомлення про інциденти, пов'язані з скиданням шкідливих речовин

1. Повідомлення про інцидент передається без затримки й якомога більш повному обсязі відповідно до положень Протоколу I цієї Конвенції». [Міжнародна конвенція по запобіганню забрудненню з суден 1973 року. (Міжнародна морська організація, від 02.11.1973) http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/896_009]

236.1.4. Конвенція про запобігання забрудненню моря скидами відходів та іншими матеріалами

(багатостороння, від 29.12.1972)

(постанова ВР № 1545-XII від 12.09.1991)

*«**Статья III***

Для целей настоящей Конвенции:

1. a) «Сброс» означает:

i. любое преднамеренное удаление в море отходов или других материалов с судов, самолетов, платформ или других искусственно сооруженных в море конструкций;

ii. любое преднамеренное захоронение в море судов, самолетов, платформ или других искусственно сооруженных в море конструкций;

b) «Сбросом» не считается:

i. удаление в море отходов или других материалов, присущих или являющихся результатом нормальной эксплуатации судов, самолетов, платформ или других искусственно сооруженных в море конструкций и их оборудования, кроме отходов или других материалов, транспортируемых судами, самолетами, платформами или другими искусственно сооруженными в море конструкциями, которые эксплуатируются в целях удаления таких материалов, или подвозимых к таким судам, самолетам, платформам или другим искусственно сооруженным в море конструкциям, а также кроме тех, что являются результатом обработки отходов или других материалов на таких судах, самолетах, платформах или конструкциях;

ii. помещение материалов для целей иных, чем их простое удаление, при условии, что это не противоречит целям настоящей Конвенции;

c) удаление отходов или других материалов, непосредственно получаемых или возникающих в связи с исследованием, эксплуатацией или связанной с ними переработкой в море минеральных ресурсов морского дна, положениями настоящей Конвенции не регулируется.

2. «Суда и самолеты» означают водные и воздушные суда любого вида. Это выражение включает суда на воздушной подушке и плавучие суда, независимо от того, являются ли они самоходными или нет.

3. «Море» означает все морские воды, кроме внутренних морей государств.

4. «Отходы и другие материалы» означают материалы и вещества любого рода, формы или описания.

(…)

Статья IV

1. В соответствии с положением настоящей Конвенции Договаривающиеся Стороны запрещают сброс любых отходов или других материалов в какой бы то ни было форме или состоянии...

(…)

Статья V

1. Положения статьи IV не применяются, когда это необходимо для обеспечения безопасности человеческой жизни или судов, самолетов, платформ или других искусственно сооруженных в море конструкций в случае форс-мажорных обстоятельств, вызванных непогодой, или в любом случае, когда создается опасность для человеческой жизни или реальная угроза судам, самолетам, платформам или другим искусственно сооруженным в море конструкциям, если сброс представляется единственным способом предотвращения угрозы и если имеется полная вероятность того,

что ущерб, причиненный сбросом, будет меньше того, который был бы нанесен, если бы сброс не производился. Сброс должен осуществляться таким образом, чтобы был сведен к минимуму возможный ущерб жизни людей или жизни в море; о произведенном сбросе ставится в известность Организация». [Конвенція про запобігання забрудненню моря скидами відходів та іншими матеріалами (багатостороння, від 29.12.1972). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_127]

236.1.5. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права

(ООН, від 10.12.1982)

(ратифіковано Законом від 03.06.99)

«Статья 1. Употребление терминов и сфера применения

1. Для целей настоящей Конвенции:

(…)

4) «загрязнение морской среды» означает привнесение человеком, прямо или косвенно, веществ или энергии в морскую среду, включая эстуарии, которое приводит или может привести к таким пагубным последствиям, как вред живым ресурсам и жизни в море, опасность для здоровья человека, создание помех для деятельности на море, в том числе для рыболовства и других правомерных видов использования моря, снижение качества используемой морской воды и ухудшение условий отдыха;

5) a) «захоронение» означает:

i) любое преднамеренное удаление отходов или других материалов с судов, летательных аппаратов, платформ или других искусственно сооруженных в море конструкций;

ii) любое преднамеренное уничтожение судов, летательных аппаратов, платформ или других искусственно сооруженных в море конструкций;

b) «захоронением» не считается:

i) удаление отходов или других материалов, присущих или являющихся результатом нормальной эксплуатации судов, летательных аппаратов, платформ или других искусственно сооруженных в море конструкций и их оборудования, кроме отходов или других материалов, транспортируемых судами, летательными аппаратами, платформами или другими искусственно сооруженными в море конструкциями, которые эксплуатируются в целях удаления таких материалов, или подвозимых к таким судам, летательным аппаратам, платформам или другим искусственно сооружаемым в море конструкциям, а также кроме тех, что являются результатом обработки таких отходов или других материалов на таких судах, летательных аппаратах, платформах или конструкциях;

ii) помещение материалов для целей иных, чем их простое удаление, при условии, что это не противоречит целям настоящей Конвенции.

(…)

Статья 76. Определение континентального шельфа

1. Континентальный шельф прибрежного государства включает в себя морское дно и недра подводных районов, простирающихся за пределы его территориального моря на всем протяжении естественного продолжения его сухопутной территории до внешней границы подводной окраины материка или на расстояние 200 морских миль от исходных линий, от которых отмеряется ширина территориального моря, когда внешняя граница подводной окраины материка не простирается на такое расстояние.

(…)

Статья 77. Права прибрежного государства на континентальный шельф

1. Прибрежное государство осуществляет над континентальным шельфом суверенные права в целях его разведки и разработки его природных ресурсов.

2. Права, упомянутые в пункте 1, являются исключительными в том смысле, что, если прибрежное государство не производит разведку континентального шельфа или не разрабатывает его природные ресурсы, никто не может делать этого без определенно выраженного согласия прибрежного государства». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права. (ООН, від 10.12.1982). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_057]

236.1.6. Конвенція про охорону дикої флори та фауни і природних середовищ існування в Європі

(Рада Європи, від 19.09.1979)

(приєднання із застереженнями Законом від 29.10.96)

«**Додаток IV Заборонені засоби і способи знищення, вилову та інших форм використання диких тварин**[1]

Ссавці

Пастки

Використання живих сліпих чи знівечених тварин як принади

Магнітофони

Електричні пристрої для знищення та глушіння тварин

Джерела штучного світла

Дзеркала та інші осліплюючі пристрої

Пристрої для освітлення мішеней

Прицільні прилади для нічного полювання, оснащені електронним збільшувачем зображення чи електронно-оптичним перетворювачем

Вибухові речовини

Сітки

Капкани (Якщо застосовуються для широкомасштабного чи невибіркового вилову або знищення)

Отрута чи отруєні або анестезуючі принади

Викурювання із застосуванням газів або диму

Напівавтоматична чи автоматична зброя із магазином більш ніж на 2 патрони

Літальні апарати

Механічні транспортні засоби у русі.

Птахи

Сільця

Вапно

Гачки

Пастки

Використання живих сліпих чи знівечених тварин як принади

Магнітофони

Електричні пристрої для знищення та глушіння тварин

Джерела штучного світла

Дзеркала та інші осліплюючі пристрої

Пристрої для освітлення мішеней

Прицільні прилади для нічного полювання, оснащені електронним збільшувачем зображення чи електронно-оптичним перетворювачем

Вибухові речовини

Сітки

Капкани

Отрута чи отруєні або анестезуючі принади

Викурювання із застосуванням газів або диму

Напівавтоматична чи автоматична зброя із магазином більш ніж на 2 патрони

Літальні апарати

Механічні транспортні засоби у русі

[1] Застереження України під час приєднання до Конвенції: «Дозволяється використання засобів і способів добування, відлову та інших форм полювання, перелічених у додатку IV до Конвенції: пасток та сіток – для відлову з науковою метою і переселення ссавців та птахів, перелічених у додатку III до Конвенції; капканів – для добування вовка (Canis lupus), а також бабака звичайного (Marmota bobac), бобра (Castor fiber), тхора чорного (Putorius, Mustela putorius), куниці лісової (Martes martes), куниці кам'яної (Martes foina), перелічених у додатку III до Конвенції». (Закон від 19.09.1979).

Прісноводна риба
Вибухові речовини
Вогнестрільна зброя
Отрути
Анестезуючі засоби
Електроенергія змінного струму
Джерела штучного світла
Річковий рак (DECAPODA)
Вибухові речовини
Отрути».

[Конвенція про охорону дикої флори та фауни і природних середовищ існування в Європі. (Рада Європи, від 19.09.1979). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_032]

236.1.7. Конвенція про транскордонне забруднення повітря на великі відстані
(ООН, від 13.11.1979)
(ратифіковано 05.06.1980)
«Статья 1. Для целей настоящей Конвенции:

a) «загрязнение воздуха» означает введение человеком, прямо или косвенно, веществ или энергии в воздушную среду, влекущее за собой вредные последствия такого характера, как угроза здоровью людей, нанесение вреда живым ресурсам, экосистемам и материальным ценностям, а также нанесение ущерба ценности ландшафта или помехи другим законным видам использования окружающей среды; определение «загрязнители воздуха» понимается соответствующим образом;

b) «трансграничное загрязнение воздуха на большие расстояния» означает загрязнение воздуха, физический источник которого находится полностью или частично в пределах территории, находящейся под национальной юрисдикцией одного государства, и отрицательное влияние которого проявляется на территории, находящейся под юрисдикцией другого государства, на таком расстоянии, что в целом невозможно определить долю отдельных источников или групп источников выбросов». [Конвенція про транскордонне забруднення повітря на великі відстані. (ООН, від 13.11.1979). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_223]

236.1.8. Базельська конвенція про контроль за транскордонним перевезенням небезпечних відходів та їх видаленням
(ООН, від 22.03.1989)
(приєднання України Законом від 01.07.99)
«Статья 1. Сфера действия Конвенции

1. Для целей настоящей Конвенции «опасными отходами» считаются следующие отходы, являющиеся объектами трансграничной перевозки:

a) отходы, входящие в любую категорию, указанную в приложении I, если только они не обладают какими-либо свойствами перечисленными в приложении III,

b) отходы, которые не охватываются пунктом a), но которые определены или считаются опасными в соответствие с внутренним законодательством государства экспорта, импорта или транзита, являющегося Стороной.

(…)

4. Отходы, возникающие в результате нормального функционирования морских судов, сброс которых охватывается другими международно-правовыми документами, исключаются из сферы действия настоящей Конвенции.

Статья 2. Определения

Для целей настоящей Конвенции:

1. «Отходы» представляют собой вещества или предметы, которые удаляются, предназначены для удаления или подлежат удалению в соответствии с положением национального законодательства.

(…)

Статья 3. Национальное определение опасных отходов

1. Каждая Сторона в течение шести месяцев после того, как она станет Стороной настоящей Конвенции, информирует секретариат Конвенции об отходах, иных чем те, которые указаны в приложении I и II, которые рассматриваются или определяются как опасные в соответствии с ее национальным законодательством или любыми требованиями относительно трансграничной перевозки, распространяющимися на такие методы». [Базельська конвенція про контроль за транскордонним перевезенням небезпечних відходів та їх видаленням (ООН, від 22.03.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_022]

236.1.9. Конвенція з охорони та використання транскордонних водотоків та міжнародних озер

(ООН, від 17.03.1992)

(приєднання Законом від 01.07.99)

*«**Статья 1. Определения***

Для целей настоящей Конвенции:

1. «Трансграничные воды» означают любые поверхностные или подземные воды, которые обозначают, пересекают границы между двумя и более государствами или расположены в таких границах; в тех случаях, когда трансграничные воды выпадают непосредственно в море, пределы таких трансграничных вод ограничиваются прямой линией, пресекающей их устье между точками, расположенными на линии малой воды на их берегах.

2. «Трансграничное воздействие» означает любые значительные вредные последствия, возникающие в результате изменения состояния трансграничных вод, вызываемого деятельностью человека, физический источник которой расположен полностью или частично в районе, находящемся под юрисдикцией той или иной Стороны, для окружающей среды в районе, находящемся под юрисдикцией другой Стороны. К числу таких последствий для окружающей среды относятся последствия для здоровья и безопасности человека, флоры, фауны, почвы, воздуха, вод, климата, ландшафта, исторических памятников и других материальных объектов или взаимодействие этих факторов; к их числу также относятся последствия для культурного наследия или социально-экономических условий, возникающие в результате изменения этих факторов.

3. «Сторона», если в тексте не содержится иного указания, означает Договаривающуюся Сторону настоящей Конвенции.

4. «Прибрежные стороны» означает Стороны, граничащие с одними и теми же трансграничными водами.

5. «Совместный орган» означает любую двустороннюю или многостороннюю комиссию или другие соответствующие организационные структуры, предназначенные для сотрудничества между прибрежными Сторонами.

6. «Опасные вещества» означают вещества, которые являются токсичными, канцерогенными, мутагенными, тератогенными или биоаккумулируемыми, особенно когда они являются стойкими.

(…)

Статья 7. Ответственность

Стороны оказывают поддержку соответствующим международным усилиям по выработке норм, критериев и процедур в области ответственности». [Конвенція з охорони та використання транскордонних водотоків та міжнародних озер. (ООН, від 17.03.1992). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_273]

236.1.10. Конвенція про захист Чорного моря від забруднення 1992 року

(багатостороння, від 21.04.1992)

(ратифіковано Постановою ВР № 3939-XII від 04.02.94)

*«**Стаття II. Визначення***

Для цілей даної Конвенції:

1. «Забруднення морського середовища» означає привнесення людиною, прямо чи посередньо, речовин або енергії в морське середовище, включаючи естуаріз, яке призводить або може при-

звести до таких згубних наслідків, як шкода живим ресурсам і життю в морі, небезпечна для здоров'я людини, утворення перешкод для діяльності на морі, в тому числі для рибальства та інших правомірних видів використання моря, зниження якості використовуваної морської води та погіршення умов відпочинку.

2. а) «Судно» означає судно будь-якого типу, яке експлуатується у морському середовищі. Цей термін включає судна на підводних крилах, судна на повітряній подушці, підводні судна, самохідні плаваючі засоби і ті, що буксируються, а також платформи та інші штучно споруджені конструкції в морі.

в) «Літальний апарат» означає літальний апарат будь-якого типу.

3. а) «Поховання» означає: і) будь-яке навмисне видалення відходів або інших матеріалів з суден чи літальних апаратів; іі) будь-яке навмисне знищення суден або літальних апаратів;

в) «Поховання» не вважається: і) видалення відходів або інших матеріалів, які є результатом нормальної експлуатації суден або літальних апаратів та їх обладнання, крім відходів чи інших матеріалів, які транспортуються судами або літальними апаратами, що експлуатуються з метою видалення таких матеріалів або підвозяться до таких суден чи літальних апаратів, а також крім тих, що є результатом обробки таких відходів або інших матеріалів на таких суднах чи літальних апаратах; іі) розташування матеріалів для цілей інших, ніж їх просте видалення за умови, що це не суперечить цілям цієї Конвенції.

4. «Шкідлива речовина» означає будь-яку небезпечну, отруйливу або іншу речовину, яка опинившись у морському середовищі, через свою токсичність, стійкість і здатність до акумуляції в живих організмах викликає забруднення або негативно впливає на біологічні процеси.

(…)

Стаття VI. Забруднення небезпечними речовинами і матеріалами

Кожна Договірна сторона запобігає забрудненню морського середовища Чорного моря з будь-яких джерел речовинами або матеріалами, перерахованими в Додатку до цієї Конвенції.

Стаття VII. Забруднення з джерел, що перебувають на суші

Договірні Сторони скорочують і зберігають під контролем забруднення морського середовища Чорного моря з джерел, що перебувають на суші та запобігають йому відповідно до Протоколу про захист морського середовища Чорного моря від забруднення з джерел, що перебувають на суші, який є невід'ємною частиною цієї Конвенції.

Стаття VIII. Забруднення з суден

Договірні Сторони індивідуально або, при необхідності, разом вживають усіх належних заходів для скорочення і збереження під контролем забруднення морського середовища Чорного моря з суден та запобігання йому відповідно до загальноприйнятих міжнародних норм і стандартів.

(…)

Стаття XII. Забруднення з атмосфери або через неї

Договірні Сторони приймають закони і правила, а також вживають індивідуальних або узгоджених заходів з метою запобігання забрудненню морського середовища Чорного моря з атмосфери або через нею, а також їх скорочення і збереження під контролем, що можуть застосовуватись до повітряного простору над їхньою територією і до суден, які плавають під їхнім прапором, або до суден чи літальних апаратів, які зареєстровані на їхній території.

(…)

Додаток I. Небезпечні речовини і матеріали

Нижченаведені речовини або групи речовин чи матеріалів перелічені не в порядку черги. Вони відібрані переважно з врахуванням їхньої токсичності, стійкості та біоакумуляційних характеристик.

Цей Додаток не застосовується до скидань, що містять перелічені речовини і матеріали в кількостях нижче встановлених разом Договірними Сторонами меж, що не перевищують економічних фонових концентрацій.

1. Оловоорганічні сполуки.

2. Органогалогенні сполуки, наприклад: ДДТ, ДДУ, ДДД, ПХБ.

3. Стійкі фосфороорганічні сполуки.
4. Ртуть і ртутні сполуки.
5. Кадмій і кадмієві сполуки.
6. Стійкі речовини, які мають доказані канцерогенні, тератоненні або мутагенні властивості.
7. Відпрацьовані мастила.
8. Стійкі синтетичні матеріали, що можуть плавати, тонути або лишатися у завислому стані.
9. Радіоактивні речовини і відходи, в тому числі відпрацьоване радіоактивне паливо.
10. Свинець і сполуки свинцю.

Додаток II. Отруйні речовини і матеріали

Нижченаведені речовини і матеріали відібрані головним чином на основі критеріїв, використаних у Додатку I, з врахуванням того факту, що вони є менш шкідливими або швидко знешкоджуються внаслідок природних процесів.

Контроль за скиданням речовин і матеріалів, згаданих у цьому Додатку, та суворе обмеження таких скидань здійснюються відповідно до Додатка III до цього Протоколу.

1. Біоциди та їхні похідні, не охоплені Додатком I.
2. Ціаніди, фториди і елементарний фосфор.
3. Патогенні мікроорганізми.
4. Детергенти та їхні поверхнево-активні речовини, що не піддаються біологічному розкладу.
5. Скиди охолодніх вод.

(…)

8. Сира нафта і вуглеводні будь-якого походження». [Конвенція про захист Чорного моря від забруднення 1992 року. (багатостороння, від 21.04.1992). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_065]

236.1.11. Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхуська конвенція)

(ООН, від 25.06.1998)

(ратифіковано Законом від 06.07.99)

*«**Стаття 2***

ВИЗНАЧЕННЯ

Для цілей цієї Конвенції:

…

3. «Екологічна інформація» означає будь-яку інформацію в письмовій, аудіовізуальній, електронній чи будь-якій іншій матеріальній формі про:

а) стан таких складових навколишнього середовища, як повітря і атмосфера, вода, ґрунт, земля, ландшафт і природні об'єкти, біологічне різноманіття та його компоненти, включаючи генетично змінені організми, та взаємодію між цими складовими;

б) фактори, такі як речовини, енергія, шум і випромінювання, а також діяльність або заходи, включаючи адміністративні заходи, угоди в галузі навколишнього середовища, політику, законодавство, плани і програми, що впливають або можуть впливати на складові навколишнього середовища, зазначені вище в підпункті а), і аналізі затрат і результатів та інший економічний аналіз і припущення, використані в процесі прийняття рішень з питань, що стосуються навколишнього середовища;

с) стан здоров'я та безпеки людей, умови життя людей, стан об'єктів культури і споруд тією мірою, якою на них впливає або може вплинути стан складових навколишнього середовища або через ці складові, фактори, діяльність або заходи, зазначені вище в підпункті б);

(…)

Стаття 5

ЗБІР ТА ПОШИРЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

1. Кожна зі Сторін забезпечує, щоб:

а) державні органи мали у своєму розпорядженні екологічну інформацію, яка стосується роду їх діяльності, та постійно поновлювали її;

б) було створено обов'язкові системи для забезпечення належного надходження в державні органи інформації про заплановані та здійснювані заходи, які можуть істотно впливати на навколишнє середовище;

в) у випадках, що становлять безпосередню загрозу для здоров'я людини або навколишнього середовища, які виникають в результаті людської діяльності або є наслідком природних явищ, вся інформація, яка могла б дати можливість громадськості вжити заходів щодо відвернення або зменшення шкоди, яка може стати наслідком такої загрози, і яка є у розпорядженні державного органу, має негайно поширювалася серед членів громадськості, яких потенційно торкається загроза». [Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхуська конвенція). (ООН, від 25.06.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_015]

236.1.12. Конвенція про захист довкілля засобами кримінального законодавства (ETS № 172)

(Рада Європи, від 04.11.1998)

(підписано Україною 24.01.2006) [1]

«Статья 1. Определения

В целях настоящей Конвенции:

a) «незаконный» означает нарушающий закон, постановление административного органа или решение, принятое компетентным органом, направленное на защиту окружающей среды;

b) «вода» означает все виды грунтовых и поверхностных вод, в том числе воды озер, рек, океанов и морей.

Раздел II. МЕРЫ ПРИНИМАЕМЫЕ НА НАЦИОНАЛЬНОМ УРОВНЕ

Статья 2. Умышленные преступления

1. Каждая из Сторон принимает необходимые меры по квалификации в качестве уголовных преступлений в соответствии с национальным законодательством:

a) слива, выброса или выпуска веществ или ионизирующего излучения в воздух, почву или воду, которые:

i) служат причиной смерти или наносят телесные повреждения любому человеку или

ii) вызывают серьезную опасность наступления смерти или телесных повреждений человека;

b) незаконного слива, выброса или выпуска веществ или ионизирующего излучения в воздух, почву или воду, наносящих или способных оказать вредное воздействие на атмосферный воздух, воды или почвы, угрозу жизни или здоровью человека либо состоянию охраняемых памятников истории и культуры, другим охраняемым объектам, собственности, нанести вред жизни или здоровью животных или растений;

c) незаконного вывоза, обращения, хранения, транспортировки, экспорта или импорта опасных отходов, вызывающих или способных привести к смерти или серьезному вреду здоровья любого человека или способных оказать вредное воздействие на атмосферный воздух, почвы, воды, нанести серьезный вред жизни или здоровью животных или растений;

d) незаконной деятельности производства, выполняющего представляющие опасность операции и вызывающего смерть или способного привести к смерти или серьезному вреду здоровья любого человека или способных оказать вредное воздействие на атмосферный воздух, почвы, воды, нанести серьезный вред жизни или здоровью животных или растений;

e) незаконного производства, обращения, хранения, транспортировки, экспорта или импорта ядерных веществ или других вредных радиоактивных веществ, что служит или может служить причиной наступления смерти или наносит или может наносить серьезный вред здоровью человека или качеству воздуха, почвы, воды, животных или растений в случае, если подобные действия совершаются умышленно.

2. Каждая из Сторон принимает необходимые соответствующие меры по квалификации в качестве уголовных преступлений, в соответствии с своим национальным правом, содействия или

[1] Конвенція ETS № 172 не ратифікована Україною. Однак норми цієї конвенції можуть використовуватися для більш з'ясування певних понять (термінів), що використані для характеристики об'єктивних і суб'єктивних ознак складів злочинів, передбачених статтями 236–254 КК України.

поощрения любого из преступлений, определяемых в соответствии с параграфом 1 настоящей статьи.

Статья 3. Преступления, совершенные по небрежности

1. Каждая из Сторон принимает необходимые и адекватные меры по квалификации в качестве уголовных преступлений, в соответствии с своим национальным законодательством, совершенных по небрежности правонарушений, перечисленных в параграфах 1 «a» – «e» статьи 2.

2. Любое государство может при подписании настоящей Конвенции или при сдаче на хранение ратификационной грамоты, документа о принятии, утверждении или присоединении путем подачи заявления Генеральному секретарю Совета Европы, заявить о том, что параграф 1 настоящей статьи полностью или частично применяется Стороной лишь к преступлениям, совершенным по крайней небрежности.

3. Любое государство может при подписании настоящей Конвенции или при сдаче на хранение ратификационной грамоты, документа о принятии, утверждении или присоединении путем подачи заявления Генеральному секретарю Совета Европы заявить о том, что параграф 1 настоящей статьи полностью или частично неприменим к:

подпараграфу 1 «a» «ii» статьи 2,

подпараграфу 1 «b» статьи 2, если преступление совершено в отношении охраняемых памятников архитектуры, других охраняемых объектов или собственности.

Статья 4. Иные уголовные преступления или административные правонарушения

Помимо мер, предусмотренных положениями статей 2 и 3, каждая из Сторон принимает необходимые и адекватные меры по квалификации в качестве уголовных преступлений или административных правонарушений, влекущих санкции или другие меры воздействия в соответствии с национальным законодательством Стороны, в случае их умышленного совершения или по небрежности:

a) незаконного слива, выброса или выпуска веществ или ионизирующего излучения в воздух, почву или воду;

b) незаконного производства шума;

c) незаконного вывоза, обращения, хранения, транспортировки, экспорта или импорта опасных отходов;

d) незаконной производственной деятельности;

e) незаконного производства, обращения, использования, транспортировки, экспорта или импорта ядерных материалов, других радиоактивных веществ или вредных химикатов;

f) незаконной деятельности, приводящей к изменениям, губительным для природных составляющих национальных парков, государственных природных заповедников, водохранилища или других охраняемых природных территорий;

g) незаконного владения объектами флоры и (или) фауны, получения, ликвидации, сбыта или обмена объектов дикой флоры и фауны». [Конвенція про захист довкілля засобами кримінального законодавства (ETS № 172). (Рада Європи, від 04.11.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_560]

236.1.13. Протокол про воду та здоров'я до Конвенції про охорону та використання транскордонних водотоків та міжнародних озер 1992 року

(ООН, від 17.06.1999)

(ратифіковано Законом від 09.07.2003)

«Стаття 2. Визначення

Для цілей цього Протоколу термін:

1. «захворювання, пов'язані з водою» означає будь-які суттєві негативні наслідки для здоров'я людини, такі як смерть, інвалідність, захворювання чи розлади, безпосередньо чи опосередковано викликані станом чи змінами у кількості або якості будь-яких вод;

2. «питна вода» означає воду, яка використовується чи призначена для використання людиною в якості питної води, для обробки та приготування їжі, для особистої гігієни або в аналогічних цілях;

3. «ґрунтові води» означає будь-які води, які знаходяться нижче поверхні землі в зоні насичення та у безпосередньому контакті з ґрунтом чи підґрунтям;

4. «замкнуті води» означає штучно створені водойми, відділені від поверхневих прісних чи прибережних вод, розташовані як усередині, так і за межами споруд;

5. «транскордонні води» означає будь-які поверхневі або ґрунтові води, які позначають або перетинають кордон між двома чи більше державами, або розташовані на таких кордонах; у тих випадках, коли транскордонні води впадають безпосередньо в море, межі таких транскордонних вод визначаються прямою лінією, яка перетинає їх гирло між точками, розташованими на лінії малої води на їхніх берегах;

6. «транскордонні наслідки захворювань, пов'язаних із водою» означає будь-які суттєві негативні наслідки для здоров'я людини, такі як смерть, інвалідність, хвороби та розлади, що виникають на території, яка знаходиться під юрисдикцією однієї Сторони, та які викликані безпосередньо або опосередковано станом чи змінами в кількості або якості вод на території, яка знаходиться під юрисдикцією іншої Сторони, незалежно від того, чи є такі наслідки транскордонним впливом;

7. «транскордонний вплив» означає будь-які суттєві негативні наслідки, які виникають в результаті зміни стану транскордонних вод у зв'язку з діяльністю людей, фізичне джерело якої повністю або частково розташоване на території, що знаходиться під юрисдикцією тієї чи іншої Сторони Конвенції, для навколишнього середовища на території, що знаходиться під юрисдикцією іншої Сторони Конвенції. До числа таких наслідків для навколишнього середовища відносяться наслідки щодо здоров'я і безпеки людей, флори, фауни, ґрунтів, повітря, вод, клімату, ландшафтів та історичних пам'ятників або інших матеріальних об'єктів або взаємодія цих факторів; до їх числа також відносяться наслідки для культурної спадщини або соціально-економічних умов, які виникають в результаті змін цих факторів». [Протокол про воду та здоров'я до Конвенції про охорону та використання транскордонних водотоків та міжнародних озер 1992 року (ООН, від 17.06.1999). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_030]

236.1.14. Міжнародна конвенція щодо втручання у відкритому морі у випадках аварій, які призводять до забруднення нафтою

(Міжнародна морська організація, від 29.11.1969)

(приєднання постановою ВР України № 3734-XII від 17.12.1993)

«***Стаття I***

1. Сторони цієї Конвенції можуть вживати у відкритому морі такі заходи, які можуть стати необхідними для запобігання, зменшення або усунення серйозної і реально загрожуючої їх узбережжю або пов'язаним з ним інтересам небезпеки забруднення або загрози забруднення моря нафтою внаслідок морської аварії або дій, пов'язаних з такою аварією, які, як розумно можна передбачати, потягнуть за собою шкідливі наслідки у великих розмірах.

2. Однак ніякі заходи не повинні вживатись на підставі цієї Конвенції щодо будь-якого військового корабля або іншого судна, що належить державі чи експлуатується нею і використовується у даний час для урядових некомерційних цілей. Стаття II У цій Конвенції: 1. «Морська аварія» означає зіткнення суден, посадку на мілину чи інший морський інцидент або інша подія на борту судна чи поза ним, в результаті яких завдається матеріальна шкода або створюється реальна загроза завдання матеріальної шкоди судну чи вантажу». [Міжнародна конвенція щодо втручання у відкритому морі у випадках аварій, які призводять до забруднення нафтою (Міжнародна морська організація, від 29.11.1969). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_049]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо охорони довкілля

236.2.1. Справа «Дземюк проти України»

«77. Як Суд зазначав у низці своїх рішень, скарги за статтею 8 Конвенції подавалися у різних випадках, коли висловлювалося занепокоєння щодо довкілля. Проте для того, щоб порушити питання за статтею 8 Конвенції, втручання, щодо якого скаржиться заявник, має безпосередньо

впливати на його житло, приватне або сімейне життя та має досягти певного мінімального рівня, щоб скарги підпадали під дію статті 8 Конвенції. Тому для рішення першочерговим є те, чи може забруднення довкілля, на яке скаржиться заявник, вважатися таким, що достатньо негативно впливає на користування зручностями його житла та якість його приватного та родинного життя. (…)

78. Оцінка такого мінімального рівня є відносною та залежить від усіх обставин справи, таких як інтенсивність і тривалість шкідливого впливу та його фізичні чи психологічні наслідки. Також має братися до уваги загальний контекст довкілля. Суд нещодавно нагадував, що не може бути небезпідставної скарги за статтею 8 Конвенції, якщо шкода, стосовно якої подаються скарги, є незначною у порівнянні з екологічними ризиками, притаманними життю в кожному сучасному місті.

(…)

«88. (…) завдання Суду полягає в оцінці того, чи вжила держава усіх необхідних заходів для забезпечення захисту прав заявника за статтею 8 Конвенції. При здійсненні такої оцінки у контексті конкретної справи повинні аналізуватися всі чинники, включно з дотриманням національних екологічних норм та виконанням судових рішень. Зокрема, якщо існують національні екологічні норми, їх недотримання може становити порушення статті 8 Конвенції.

89. Більше того, принципи, які застосовуються до оцінки відповідальності держави за статтею 8 Конвенції в екологічних справах, загалом схожі незалежно від того, чи має справа розглядатися з точки зору позитивного обов'язку держави щодо вжиття належних та відповідних заходів для гарантування прав заявника за пунктом 1 статті 8 Конвенції або у контексті виправданого відповідно до пункту 2 статті 8 Конвенції «втручання органів державної влади». Більше того, процесуальні гарантії, доступні заявникові згідно зі статтею 8 Конвенції, можуть стати недієвими, а державу може бути визнано відповідальною за Конвенцією, якщо судове рішення, яким органи влади зобов'язано діяти певним чином в екологічних питаннях, ігнорується органами влади або залишається невиконаним протягом значного періоду часу». [Дземюк проти України (42488/02). https://minjust.gov.ua/files/43468]

236.2.2. Справа «López Ostra v. Spain»

«51. Зрозуміло, що серйозне забруднення навколишнього середовища може вплинути на добробут людей та перешкодити їм користуватися своїми будинками негативно вплинувши на їх приватне та сімейне життя, однак серйозно не загрожувати їх здоров'ю». [López Ostra v. Spain (16798/90). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57905] (Неофіційний авторський переклад).

236.2.3. Справа «Дубецька та інші проти України»

«106. Немає сумніву, що промислове забруднення може негативно вплинути на здоров'я суспільства в цілому і погіршувати якість життя особи, проте часто неможливо визначити у кількісному вираженні його вплив у кожному окремому випадку. Що стосується, наприклад, погіршення здоров'я, то важко вирізнити вплив екологічних ризиків від впливу інших відповідних факторів, таких як вік, професія або особистий спосіб життя. «Якість життя», в свою чергу, є суб'єктивною характеристикою, яка тяжко піддається точному визначенню». [Дубецька та інші проти України (30499/03). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_689]

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо порушення прав людини на безпечне довкілля

236.3.1. Справа «McGinley and Egan v. the United Kingdom»

Фактичні обставини:

Між листопадом 1957 року і вереснем 1958 року Великобританія провела випробовування ядерної зброї на Острові Різдва, що в Тихому океані. У цей період McGinley служив в армії на цьому острові, а Egan служив у ВМС і був на кораблі поблизу острова. Під час цих випробувань військовому персоналу було наказано вишиковуватися на відкритому місці спиною до вибухів із

закритими очима впродовж 20 секунд після вибуху. Заявники стверджували, що метою цієї процедури було піддати військовослужбовців радіації в експериментальних цілях. Документи, що містять у собі записи про радіаційний рівень того часу, не призначені для вивчення громадськістю, але вони не є секретними і, відповідно до тверджень Уряду, можуть бути використані в разі потреби.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«99. Стосовно цього Суд зауважує, що, враховуючи той факт, що вплив високого рівня випромінювання, як відомо, приховано, але серйозно та тривало впливає на здоров'я, не є неприродним те, що невизначеність заявників щодо того, чи вони не були скомпрометовані таким чином, викликали у них значну тривогу та страждання. (…) Суд вважає, що оскільки (…) документи містили інформацію, яка могла б допомогти заявникам оцінювати рівень радіації в районах, у яких вони знаходилися під час випробувань, і, можливо, дійсно слугували для того, щоб заспокоїти їх стосовно цього, вони мали зацікавленість за статтею 8 Конвенції для отримання доступу до них.

100. Суд нагадує, що Уряд стверджував, що відсутня нагальна потреба захисту національної безпеки для збереження інформації щодо рівнів радіації під час випробувань на Острові Різдва.

101. У цих умовах, з огляду на зацікавленість заявників у отриманні доступу до матеріалу, про який ідеться, та очевидну відсутність компенсаційних громадських інтересів щодо його збереження, Суд вважає, що виникло позитивне зобов'язання за статтею 8 Конвенції. Якщо уряд займається небезпечними видами діяльності, такими як ті, що розглядаються у цій справі, які можуть мати приховані несприятливі наслідки для здоров'я тих, хто задіяний у такій діяльності, повага до приватного та сімейного життя відповідно до статті 8 Конвенції вимагає ефективної та доступної процедури, що дозволяє таким особам отримати всю відповідну та об'єктивну інформацію.

102. Що стосується виконання вищезазначеного позитивного зобов'язання, Суд нагадує свої висновки стосовно можливості, що правило 6 статуту Пенсійного трибуналу Великобританії передбачає процедуру, яка дозволяє заявникам подати запит на необхідні їм документи. Проте жоден із заявників не вирішив скористатися цією процедурою або, згідно з доказами Суду, вимагати від компетентних органів у будь-який інший спосіб надання відповідних документів.

103. Суд вважає, що, забезпечуючи процедуру вищезазначеного правила 6, держава виконала своє позитивне зобов'язання за статтею 8 стосовно цих заявників. З цього випливає, що порушення цього положення не було». [McGinley and Egan v. the United Kingdom (21825/93, 23414/94). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–125629]

236.3.2. Справа «Дубецька та інші проти України»

Фактичні обставини:

Заявники є громадянами України і проживають у присілку Вільшина, Львівська область. Будинки заявників знаходяться у присілку Вільшина, що адміністративно є частиною села Сілець Сокальського району Львівської області. Це село знаходиться у Червоноградському кам'яновугільному басейні. У 1960 році державою було введено в експлуатацію шахту № 8 «Великомостівська», а у 1979 році – Центральну збагачувальну фабрику «Червоноградська» (далі – фабрика). Відповідно до низки досліджень, проведених державними та недержавними організаціями, діяльність фабрики та шахти мала негативний вплив на навколишнє середовище. Згідно з оцінкою, наданою Державним комітетом України по геології та використанню надр разом з Державним геологічним підприємством «Західукргеологія», фабрика була головним забруднювачем ґрунтових вод, зокрема, через потрапляння до вод інфільтрату з породного відвалу.

У вересні 2005 року д-р Марк Черняк із Всесвітнього екологічно-правового альянсу у своєму звіті зазначив, що концентрація сажі у зразках повітря, відібраних у присілку Вільшина, була у 1,5 рази вищою за максимальну концентрацію, що допускається за національними стандартами. Вода в колодязі була забруднена ртуттю та кадмієм, концентрація яких перевищувала національні

безпечні норми у 25 і 4 рази відповідно. Згідно зі звітом, жителі присілка наражались на високий ризик захворювання на рак та хвороби дихальних шляхів і нирок.

Рішення ЄСПЛ:

«111. В оцінці того, до якої міри забруднення, щодо якого скаржаться, впливало на здоров'я заявників, Суд погоджується з Урядом, що немає доказів, які б дозволили встановити у цій справі шкоду, яку можна визначити у кількісному вираженні. Однак Суд вважає, що проживання в місцевості, забруднення якої явно перевищує безпечні нормативи, наражало заявників на підвищений ризик для здоров'я.

(…)

155. Суд вважає, що вирішувати екологічні проблеми, пов'язані з функціонуванням двох головних промислових підприємств-забруднювачів, які, вочевидь, з самого початку працювали з порушеннями і викидали відходи протягом більш ніж п'ятдесяти років, було складним завданням, яке вимагало часу та значних ресурсів, і особливо в контексті низької прибутковості цих підприємств та загальнодержавних труднощів в економіці, на які посилався Уряд. В той же час Суд відзначає, що ці промислові підприємства знаходились в сільськогосподарській місцевості і заявники належали до дуже малої групи людей (не більше двох дюжин сімей), які проживали поблизу і зазнавали найбільшого впливу від забруднення. За цих обставин Уряд не зміг надати достатнє пояснення своєї неспроможності ані відселити заявників, ані знайти якісь інші шляхи ефективного вирішення їх індивідуального тягаря протягом більш ніж дванадцяти років.

156. Отже, у цій справі було порушено статтю 8 Конвенції». [Дубецька та інші проти України (30499/03). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_689]

236.3.3. Справа «Дземюк проти України»

Фактичні обставини:

24 травня 2000 року Всеукраїнське бюро розслідувань з екологічної безпеки, надзвичайних ситуацій та боротьби з наркоманією повідомило Голову Яремчанської міської ради, що облаштування кладовища на обраній для цього ділянці землі може призвести до забруднення річки та криниць, розташованих на прилеглих ділянках землі, трупною отрутою, що переноситиметься потоками ґрунтових вод. Наразі кладовище було відкрито Яремчанською радою для використання у серпні 2000 року. 20 серпня 2002 року обласна санітарно-епідеміологічна станція Міністерства охорони здоров'я України відмовила у погодженні генерального плану забудови с. Татарів. Зокрема, вона стверджувала, що кладовище не може знаходитись у запропонованій зоні, оскільки відстань від нього до приватних будинків не відповідає нормам та стандартам санітарно-захисної зони.

Заявник стверджує, що з 2002 року до сьогодні він лікується від підвищеного артеріального тиску та різних серцевих хвороб. На підтвердження цього він додав свої лікарняні листи і медичні довідки, а також аналогічні документи своєї дружини за 2002–2006 роки. Він також надав Суду свідоцтво про смерть двох своїх сусідів пана Р. Г. та Д. Б., які також проживали поблизу забороненого кладовища та померли у віці 68 та 43 років відповідно.

Рішення ЄСПЛ:

«92. Суд зазначає, що Уряд не оскаржував того, що кладовище було побудовано та використовувалося з порушенням національних норм. Суд також добре розуміє труднощі та можливі витрати при врегулюванні екологічних питань, пов'язаних із забрудненням води у гірських районах. Водночас Суд зазначає, що розміщення та використання кладовища були незаконними у багатьох аспектах: екологічні норми було порушено; висновки органів влади у сфері охорони довкілля було проігноровано; рішення суду, які набрали законної сили і підлягали виконанню, не виконувалися, і не було вжито заходів у зв'язку із зумовленими забрудненням води загрозами здоров'ю та довкіллю. Суд вважає, що втручання у право заявника на повагу до його житла та приватного і сімейного життя не було здійснено «згідно із законом» у розумінні статті 8 Конвенції. Отже, у цій справі було порушення цього положення. З огляду на свої висновки щодо незаконності дій органів влади Суд вважає, що немає необхідності розглядати питання щодо решти

аспектів стверджуваного порушення статті 8 Конвенції». [Дземюк проти України (42488/02). https://minjust.gov.ua/files/43468]

236.3.4. Справа «Guerra and Others v. Italy»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
(неофіційний авторський переклад)

«60. Суд нагадує, що сильне забруднення довкілля може впливати на добробут людей і позбавити їх можливості користуватися власним житлом, тим самим негативно впливаючи на їхнє приватне і сімейне життя. У цій справі аж до припинення виробництва добрив в 1994 році заявники чекали на важливу інформацію, яка б дозволила їм оцінити ризики, яких могли зазнати вони самі та їхні родини, якщо б продовжували жити в Manfredonia, в місті, яке опинилося б в особливій небезпеці у разі аварії на заводі.

Отже Суд вважає, що держава-відповідач не виконала своїх зобов'язань щодо забезпечення права заявників на повагу до їх приватного і сімейного життя, порушивши статтю 8 Конвенції.

Відповідно, мало місце порушення цього положення». [Guerra and Others v. Italy (116/1996/735/932). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58135]

236.3.5. Геттон та інші проти Сполученого Королівства
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:

«76. Заявники стверджували, що після запровадження системи 1993 року рівень шуму, який спричиняється літаками, що здійснюють зліт і посадку в аеропорту «Хітроу» з 4-ї до 7-ї години ранку, значно зріс, внаслідок чого вони погано сплять після 4-ї години ранку і взагалі не можуть спати після 6-ї. За їхніми словами, рівень нічного шуму від цих літаків значно перевищував допустимий згідно з міжнародними нормами. Вони стверджували, що майже всі потерпають від нічного шуму, рівень якого перевищує 80 dB LA max, а в одному випадку – 90 dB LA max. Заявники посилалися на нормативну величину, встановлену Всесвітньою організацією охорони здоров'я, яка становить 60 dB LA max для однієї шумової події і не спричиняє порушень нічного сну. Вони доводили, що Уряд не проводив достатнього дослідження на підтвердження того, що рівень шуму 80 dB LA max, як він вважає, є допустимим. Заявники стверджували, що, з огляду на ці обставини, було порушено їхнє право, яке гарантується пунктом 1 статті 8 Конвенції, на повагу до свого приватного та сімейного життя і до житла.

(…)

87. Уряд посилався на низку заходів для зменшення шумового забруднення, які було вжито на додаток до запровадження обмежень на нічні рейси в аеропорту «Хітроу», та інші чинники, які сприяли поліпшенню шумової ситуації навколо аеропорту. Уряд подав докладну інформацію стосовно кожного такого заходу.

(…)

95. Суд зазначає, що аеропорт «Хітроу» та літаки, для яких його використовують, не є власністю Уряду, не контролюється і не управляється ним чи будь-якою іншою урядовою установою. Тому Суд вважає, що немає підстав стверджувати, що Сполучене Королівство припустилося «втручання» у приватне чи сімейне життя заявників. Водночас скарги заявників необхідно проаналізувати з. погляду позитивного обов'язку держави вжити достатніх та адекватних заходів для забезпечення прав заявників відповідно до пункту 1 статті 8 Конвенції.

(…)

98. Суд бере до уваги той факт, що Уряд визнав, що, незважаючи на зменшення середньої величини квотного пункту на одиницю руху порівняно з тією, що була до запровадження системи 1993 року, зростання інтенсивності руху призвело до зростання величини квотного пункту порівняно із сезоном 1992/93 років. Це означає, що загалом, у зв'язку із запровадженням системи

1993 року, рівень шуму упродовж квотного періоду (з 23:30 до 6-ї ранку) зріс. Крім того, Суд бере до відома повідомлення заявників про порушення їхнього сну, спричинені зростанням шуму від нічних рейсів в аеропорту «Хітроу», приблизно з 1993 року.

99. Суд повинен встановити, чи дотримав Уряд свого позитивного зобов'язання перед заявниками, коли дозволив зростання шумового рівня починаючи з 1993 року.

(…)

104. Визначаючи достатність заходів для захисту прав заявників, гарантованих статтею 8 Конвенції, Суд має також урахувати конкретну акцію, проведену в рамках системи 1993 року з метою зменшення нічного шумового забруднення, а також інший захід, який міг поліпшити цю ситуацію.

(…)

106. Однак Суд не погоджується з тим, що ці скромні заходи щодо поліпшення нічного шумового фону можна витлумачити як «заходи, необхідні» для захисту становища заявників. За відсутності будь-якої серйозної спроби оцінити масштаб та наслідки втручань у сон заявників у цій конкретній справі, а також за відсутності попереднього ретельного і повного дослідження для визначення найменш обтяжливого для прав людини способу вирішення проблеми у ширшому сенсі – немає підстав вважати, що Уряд, дбаючи, як він стверджує, і про інтереси населення, і про економічний інтерес країни (що не було підтверджено розрахунками), забезпечив справедливу рівновагу цих інтересів при запровадженні системи 1993 року. 107. Враховуючи викладене і незважаючи на свободу розсуду, на яку мала право держава-відповідач, Суд визнає, що, запроваджуючи систему 1993 року, держава не забезпечила справедливої рівноваги між економічним інтересом Сполученого Королівства та інтересом заявників щодо реалізації свого права на повагу до свого житла, приватного й сімейного життя. Отже, було допущено порушення статті 8 Конвенції». [Геттон та інші проти Сполученого Королівства (36022/97). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_054]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 236–254 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

236.4.1. Порушення правил охорони атмосферного повітря чи правил охорони вод (водних об'єктів) на території України, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля на території іншої країни, охоплюється, відповідно, статтями 241 і 242 КК України, оскільки статті 241 і 242 КК не містять обмежень щодо місця настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді небезпеки для життя, здоров'я людей чи для довкілля.

(Див.: 236.1.3; 236.1.7; 236.1.13)

236.4.2. Особа звільняється від відповідальності за спричинення шкоди довкіллю, якщо її діяння вчинені в умовах крайньої необхідності.

Окрім положень ст. 39 КК слід взяти до уваги, що міжнародні конвенції про захист довкілля містять норми про звільнення від відповідальності у випадках коли забруднення відбулось за умов небезпеки для життя і здоров'я особи, яка вчинює відповідні дії. Наприклад, не застосовуються положення про відповідальність Конвенції про запобігання забрудненню моря, якщо скидання відходів чи інших матеріалів було необхідним «для забезпечення безпеки людського життя або суден, літаків, платформ або інших штучно споруджених у морі конструкцій у разі форс-мажорних обставин, викликаних негодою, або в будь-якому випадку, коли створюється небезпека для людського життя або реальна загроза судам, літакам, платформам або інших штучно спорудженим у морі конструкціям, якщо скидання є єдиним способом запобігання загрози і якщо є повна ймовірність того, що шкода, заподіяна скиданням, буде меншою, ніж та, яку було б завдано, якби скидання не було вчинене» *(див.: 236.1.4 – ст. V)*.

Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 243 КК скидання у відкритому морі шкідливих речовин чи сумішей «внаслідок крайньої потреби» тягне відповідальність лише за неповідомлення про такий інцидент. За таких обставин (крайньої потреби) виключається відповідальність за ч. 1 ст. 243 КК за самі дії, що призвели до забруднення моря і створили небезпеку для життя чи здоров'я людей або живих ресурсів моря чи могли перешкодити законним видам використання моря.

236.4.3. Відсутній склад злочину у випадках спричинення шкоди довкіллю забрудненням земель, атмосферного повітря, вод чи моря, якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності) і не могла їх передбачити.

Окрім положень ст. 25 КК слід узяти до уваги, що міжнародні конвенції про захист довкілля містять норми, що передбачають лише цивільну відповідальність у випадках коли забруднення до-

вкілля відбулося внаслідок аварії чи катастрофи. Наприклад, морська аварія означає зіткнення суден, посадку на мілину, які можуть трапитися в умовах шторму (*див., 236.1.14*). У свою чергу, пошкодження суден внаслідок аварії призводять до забруднення моря за відсутності вини капітанів суден.

236.4.4. Місцем вчинення забруднення моря (ст. 243 КК) можуть бути не лише морські судна, але й повітряні судна та суходіл.

Окрім змісту ст. 243 КК (у якій відсутні обмеження щодо місця вчинення злочину), на користь сформульованого вище висновку необхідно взяти до уваги, що конвенційні норми містять положення про попередження забруднення моря як з морських суден, так і з суходолу та через повітря. Наприклад, Конвенція про захист Чорного моря від забруднення 1992 року регулює, зокрема, питання запобігання забрудненню моря промисловими відходами, скиданням вод із комунальних каналізаційних систем, скидання вод використовуваних для охолодження на атомних електростанціях, забруднень із сільськогосподарських та лісних районів.

(Див.:236.1.10)

236.4.5. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про охорону атмосферного повітря» забруднюючими агентами визнаються речовина хімічного або біологічного походження, що присутня або надходить в атмосферне повітря. Не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за забруднення атмосферного повітря (ст. 241 КК України) особи, вині у вчинені діянь, що призводять до шумового забруднення довкілля. Якщо скарги на такі діяння не знайдуть реагування в цивільному судочинстві щодо відшкодування завданої шкоди, існує імовірність рішень ЄСПЛ про задоволення відповідних скарг.

(Див.: 236.3.6)

236.4.6. До предмету злочину (ст. 238 КК України) належать відомості як про сучасний (актуальний) екологічний стан або захворюваність населення, так і відомості про екологічний стан або захворюваність населення у минулому – за певний період часу в минулому. Наприклад, це можуть бути відомості про радіаційний стан у певному населеному пункті в квітні-травні 1986 р. відразу після вибуху реактора на Чорнобильській АЕС.

(Див.: 236.3.1)

236.4.7. Відсутній склад злочину (ст. 238 КК України) у випадках, коли зацікавлені особи намагаються отримати відомості, що їх цікавлять, без дотримання норм законодавства, якими встановлений певний порядок подання запитів та отримання інформації про екологічний стан або захворюваність населення.

(Див.: 236.3.1)

236.4.8. Наслідок у вигляді створення небезпеки (загрози) для життя, здоров'я людей як ознака складу злочинів проти довкілля (ст. 239, ст. 239[1], ст. 240, ст. 241, ст. 242, ч. 3 ст. 243, ст. 253 КК України) не може бути визначений у кількісних показниках, але має місце в разі, коли забруднення навколишнього природного середовища чи вчинення інших протиправних дій могло призвести до масових захворювань людей, зараження хоча б однієї людини епідемічним або інфекційним захворюванням, зниження тривалості життя чи імунного захисту людей, відхилень у розвитку дітей. При цьому слід брати до уваги загальний контекст довкілля. Зазначений наслідок полягає у значному підвищенні ризиків захворювання у порівнянні з екологічними ризиками, притаманними життю в кожному сучасному місті чи в іншому регіоні із значним антропогенним навантаженням на довкілля. Зокрема, небезпеку для здоров'я людей створює забруднення, яке значно погіршує ситуацію, яка і до цього характеризувалася екологічним неблагополуччям.

(Див.: 236.2.1; 236.3.2)

236.4.9. Порушення правил охорони вод (водних об'єктів) – дія або бездіяльність, що являє собою невиконання вимог тих нормативно-правових актів з питань екологічної безпеки, які регулюють питання охорони вод (водних об'єктів). Наприклад, визнано порушенням правил охорони вод, що створило небезпеку для здоров'я людей, розміщення кладовища з недотриманням стандартів санітарно-захисної зони житлової забудови.

(Див.: 236.3.3)

236.4.10. Під скиданням матеріалів чи речовин, шкідливих для життя чи здоров'я людей, або відходів як ознакою об'єктивної сторони злочину (ст. 243 КК України) слід розуміти будь-який

витік, видалення, розлив, протікання, відкачку, виділення або спорожнювання з суден, а також поховання в межах внутрішніх морських чи територіальних вод України або у відкритому морі зазначених матеріалів, речовин і відходів.

(Див.: 236.1.3)

236.4.11. У випадку вчинення злочину проти довкілля, державу може бути визнано відповідальною за Конвенцією, якщо: винні особи не притягнені до відповідальності; завдана шкода потерпілим особам не відшкодована; судове рішення, яким органи влади зобов'язано діяти певним чином в екологічних питаннях, ігнорується органами влади або залишається невиконаним протягом значного періоду часу.

(Див.: 236.2.1)

236.4.12. Ненадання громадянам інформації, яка б дозволила їм оцінити ризики від сильного забруднення довкілля, визнається Європейським судом як порушення ст. 8 Конвенції.

(Див.: 236.3.4)

Зокрема, державу може бути визнано відповідальною за Конвенцією, якщо осіб, винних у приховуванні або перекрученні відомостей про екологічний стан або захворюваність населення (ст. 238 КК України), не притягнуто до відповідальності.

236.4.13. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконне заволодіння (порубка, полювання)», «порушення законодавства», «порушення правил» тощо, має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

236.4.14. У випадках, коли права і свободи людини обмежуються органами держави чи від її імені, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону вказаних прав, своєчасне і повне розслідування випадків їх порушень приватними особами, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

(Див: 04.13)

236.4.15. Злочини проти довкілля слід відмежовувати від адміністративних правопорушень, відповідальність за які передбачена статтями 47, 52, 53, 53[4], 57, 59, 62, 65, 65[1], 71, 78, 83[1], 85, 91, 91[4] КпАП. Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» в розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за вказаними статтями КпАП, а потім за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за відповідними статтями розділу VIII Особливої частини КК України, існує вірогідність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Розділ IX. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ГРОМАДСЬКОЇ БЕЗПЕКИ

Стаття 255. Створення злочинної організації

1. Створення злочинної організації з метою вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, а також керівництво такою організацією або участь у ній, або участь у злочинах, вчинюваних такою організацією, а також організація, керівництво чи сприяння зустрічі (сходці) представників злочинних організацій або організованих груп для розроблення планів і умов спільного вчинення злочинів, матеріального забезпечення злочинної діяльності чи координації дій об'єднань злочинних організацій або організованих груп –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

2. Звільняється від кримінальної відповідальності особа, крім організатора або керівника злочинної організації, за вчинення злочину, передбаченого частиною першою цієї статті, якщо вона добровільно заявила про створення злочинної організації або участь у ній та активно сприяла її розкриттю.

Стаття 256. Сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності

1. Заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності шляхом надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів, а також заздалегідь не обіцяне здійснення інших дій по створенню умов, які сприяють їх злочинній діяльності, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

2. Ті самі дії, вчинені службовою особою або повторно, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років із позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Стаття 257. Бандитизм

Організація озброєної банди з метою нападу на підприємства, установи, організації чи на окремих осіб, а також участь у такій банді або у вчинюваному нею нападі –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна.

§1. Норми міжнародного права
щодо організованої злочинності

255.1.1. Рамкова Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності

(ООН, від 21.07.1997)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

Стаття 1

1. Для цілей даної Конвенції «організована злочинність» означає групову діяльність трьох або більше осіб, яка характеризується ієрархічними зв'язками або особистими відносинами, які дають змогу їх ватажкам витягати прибуток або контролювати території і ринки, внутрішні та зовнішні, за допомогою насильства, залякування або корупції як для продовження злочинної діяльності, так і для проникнення у легальну економіку, зокрема шляхом:

a) незаконного обігу наркотичних або психотропних речовин і «відмивання» грошей, як вони визначені у Конвенції Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів та психотропних речовин 1988 року;

b) торгівлі людьми, як вона визначена у Конвенції про боротьбу з торгівлею людьми та з експлуатацією проституції третіми особами 1949 року;

c) підробки грошових знаків, як вона визначена у Міжнародній конвенції по боротьбі з підробкою грошових знаків 1929 року;

d) незаконної торгівлі предметами культури або їх крадіжок, як вони визначені у Конвенції ЮНЕСКО про заходи, спрямовані на заборону та попередження незаконного ввозу, вивозу та передачі права власності на культурні цінності 1970 року, і Конвенції Міжнародного інституту уніфікації приватного права про повернення викрадених або ж незаконно вивезених предметів культури 1995 року;

e) викрадення ядерного матеріалу, неправильного поводження з ним або погрози неправильного поводження з ним з метою завдання шкоди населенню, як вони визначені у Конвенції з фізичного захисту ядерного матеріалу 1980 року;

f) терористичних актів;

g) незаконної торгівлі зброєю або вибуховими речовинами, або вибуховими пристроями або їх викрадення;

h) незаконної торгівлі автотранспортними засобами або їх викрадення;

i) підкупу посадових осіб державних органів.

2. Для цілей даної Конвенції «організована злочинність» включає в себе здійснення діяння членом групи в рамках кримінальної діяльності такої організації.

Стаття 2

1. Кожна держава-учасниця Договору визнає злочини, перераховані у статті 1 даної Конвенції, карними і призначає відповідні покарання, враховуючи їх серйозний характер.

2. Кожна держава-учасниця Договору визнає карними діяння, які складаються з участі у діяльності організованої групи, що ставить за мету здійснення злочинів, або становища у зв'язку з нею.

3. Кожна держава-учасниця Договору вживає необхідних заходів до створення умов для конфіскації прибутку, отриманого внаслідок організованої злочинності.

Стаття 3

Кожна держава-учасниця Договору розглядає питання про встановлення у своєму внутрішньодержавному кримінальному законодавстві можливості залучення до кримінальної відповідальності юридичних осіб, які отримують прибуток з організованої злочинної діяльності або функціонують як прикриття для злочинної організації». [Рамкова Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності. (ООН, від 21.07.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_786]

255.1.2. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності

(ООН, від 15.11.2000)

(ратифіковано із застереженнями і заявами Законом від 04.02.2004)

«**Стаття 2. Терміни**

Для цілей цієї Конвенції:

a) «організована злочинна група» означає структурно оформлену групу в складі трьох або більше осіб, що існує протягом визначеного періоду часу і діє узгоджено з метою здійснення одного або декількох серйозних злочинів або злочинів, визнаних такими відповідно до цієї Конвенції, для того, щоб одержати, прямо або посередньо, фінансову або іншу матеріальну вигоду;

b) «серйозний злочин» означає злочин, який карається позбавленням волі на максимальний строк не менше чотирьох років або більш суворою мірою покарання;[1]

c) «структурно оформлена група» означає групу, яка не була випадково утворена для негайного вчинення злочину і в якій не обов'язково формально визначені ролі її членів, обговорений безперервний характер членства або створена розвинута структура;

[1] Заяви і застереження при ратифікації: «В українському кримінальному законодавстві поняттю «серйозний злочин» відповідають поняття «тяжкий» і «особливо тяжкий злочин». При цьому тяжкий злочин – це злочин, за який передбачено такий вид покарання, як позбавлення волі на строк не менше п'яти і не більше десяти років (частина четверта статті 12 Кримінального кодексу України, а особливо тяжкий злочин – за який передбачено такий вид покарання, як позбавлення волі на строк понад десять років або довічне позбавлення волі (частина п'ята статті 12 Кримінального кодексу України)». [Закон України від 04.02.2004]

d) «майно» означає будь-які активи, матеріальні чи нематеріальні, рухомі чи нерухомі, виражені в речах чи у правах, а також юридичні документи або акти, які підтверджують право на такі активи або інтерес у них;

e) «доходи від злочину» означають будь-яке майно, придбане чи отримане, прямо або посередньо, в результаті вчинення будь-якого злочину;

f) «арешт» або «виїмка» означають тимчасову заборону передачі, перетворення, відчуження або пересування майна, або тимчасовий вступ у володіння таким майном, або тимчасове здійснення контролю над ним за постановою суду або іншого компетентного органу;

g) «конфіскація» означає остаточне позбавлення майна за постановою суду або іншого компетентного органа;

h) «основне правопорушення» означає будь-яке правопорушення, в результаті якого були отримані доходи, щодо яких можуть бути вчинені діяння, зазначені у статті 6 цієї Конвенції, що утворюють склад злочину;

i) «контрольована поставка» означає метод, при якому допускається вивезення, провезення або ввезення на територію однієї або декількох держав незаконних або таких, що викликають підозри, партій вантажу з відома та під наглядом їхніх компетентних органів з метою розслідування будь-якого злочину і виявлення осіб, які беруть участь у вчиненні цього злочину;

j) «регіональна організація економічної інтеграції» означає організацію, створену суверенними державами будь-якого регіону, якій її держави-члени передали повноваження з питань, регульованих цією Конвенцією, і яка належним чином уповноважена відповідно до її внутрішніх процедур підписувати, ратифікувати, приймати, затверджувати цю Конвенцію або приєднуватися до неї; посилання в цій Конвенції на «Держави-учасниці» відносяться до таких організацій у межах їхньої компетенції.

Стаття 3. Сфера застосування

1. Ця Конвенція, якщо в ній не зазначене інше, застосовується до попередження, розслідування і карного переслідування у зв'язку з:

a) злочинами, визнаними такими відповідно до статей 5, 6, 8 і 23 цієї Конвенції, і

b) серйозними злочинами, як вони визначені у статті 2 цієї Конвенції, якщо ці злочини носять транснаціональний характер і вчинені за участю організованої злочинної групи.

2. Для мети пункту 1 цієї статті злочин носить транснаціональний характер, якщо:

a) він вчинений у більш ніж одній державі;

b) він вчинений в одній державі, але істотна частина його підготовки, планування, керівництва або контролю має місце в іншій державі;

c) він вчинений в одній державі, але за участю організованої злочинної групи, яка здійснює злочинну діяльність у більш ніж одній державі; або

d) він вчинений в одній державі, але його істотні наслідки мають місце в іншій державі.

(…)

Стаття 5. Криміналізація участі в організованій злочинній групі

1. Кожна Держава-учасниця вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть знадобитися для того, щоб визнати в якості кримінально караних такі діяння, коли вони вчиняються навмисно:

a) обидва чи одне з таких діянь, не відносячи їх до замаху на вчинення злочину і незалежно від фактичного вчинення злочинного діяння: i) змова з одним або декількома особами щодо вчинення серйозного злочину, що переслідує мету, прямо чи посередньо пов'язану з одержанням фінансової або іншої матеріальної вигоди, причому, якщо це передбачено внутрішнім законодавством, також передбачається фактичне вчинення одним з учасників змови будь-якої дії для реалізації цієї змови або причетність організованої злочинної групи; ii) діяння будь-якої особи, яка, усвідомлюючи або мету і загальну злочинну діяльність організованої злочинної групи, або її наміри вчинити відповідні злочини, бере активну участь у: a. злочинній діяльності організованої злочинної групи; b. інших видах діяльності організованої злочинної групи, усвідомлюючи, що її участь сприятиме досягненню вищезгаданої злочинної мети;

b) організацію, керівництво, пособництво, підбурювання, сприяння або надання порад щодо серйозного злочину, вчиненого за участю організованої злочинної групи.

2. Усвідомлення, намір, умисел, мета або змова, про які йдеться у пункті 1 цієї статті, можуть бути встановлені з об'єктивних фактичних обставин справи.

3. Держави-учасниці, внутрішнє законодавство яких як елемент складів злочинів, визнаних такими відповідно до пункту 1 (a) (i) цієї статті, передбачає причетність організованої злочинної групи, забезпечують, щоб їхнє внутрішнє законодавство відносило до числа серйозних злочинів усі злочини, вчинені за участю організованих злочинних груп. Такі Держави-учасниці, а також Держави-учасниці, внутрішнє законодавство яких як елемент складів злочинів, визнаних такими відповідно до пункту 1 (a) (i) цієї статті, передбачає фактичне вчинення дії по реалізації змови, повідомляють про це Генерального секретаря Організації Об'єднаних Націй під час підписання ними цієї Конвенції або під час здачі на зберігання ратифікаційної грамоти або документа про прийняття, затвердження або приєднання.

(…)

Стаття 11. Переслідування, винесення судового рішення і санкції

1. Кожна Держава-учасниця за вчинення будь-якого злочину, визнаного таким відповідно до статей 5, 6, 8 і 23 цієї Конвенції, передбачає застосування таких санкцій, які враховують ступінь небезпеки цього злочину.

2. Кожна Держава-учасниця прагне забезпечити використання будь-яких передбачених у її внутрішньому законодавстві дискреційних юридичних повноважень, що відносяться до кримінального переслідування осіб за злочини, що охоплюються цією Конвенцією, для досягнення максимальної ефективності правоохоронних заходів щодо цих злочинів та з належним урахуванням необхідності перешкодити вчиненню таких злочинів.

3. Стосовно злочинів, визнаних такими відповідно до статей 5, 6, 8 і 23 цієї Конвенції, кожна Держава-учасниця вживає належних заходів, відповідно до свого внутрішнього законодавства і з належним урахуванням прав захисту, з метою забезпечення того, щоб умови, які встановлюються у зв'язку з рішеннями про звільнення до суду або до ухвалення рішення по касаційній скарзі або протесту, враховували необхідність забезпечення присутності обвинувачуваного в ході подальшого кримінального провадження.

4. Кожна Держава-учасниця забезпечує, щоб її суди або інші компетентні органи враховували небезпечний характер злочинів, що охоплюються цією Конвенцією, при розгляді питання про можливість дострокового або умовного звільнення осіб, засуджених за такі злочини.

5. Кожна Держава-учасниця у належних випадках встановлює відповідно до свого внутрішнього законодавства тривалий строк давності для порушення кримінального переслідування за будь-який злочин, що охоплюється цією Конвенцією, і більш тривалий строк давності в тих випадках, коли особа, підозрювана у вчиненні злочину, ухиляється від правосуддя.

6. Ніщо у цій Конвенції не зачіпає принципу, згідно з яким визначення злочинів, визнаних такими відповідно до цієї Конвенції, і застосовних юридичних заперечень або інших правових принципів, що визначають правомірність діянь, входить до сфери внутрішнього законодавства кожної Держави-учасниці, а кримінальне переслідування і покарання за такі злочини здійснюються відповідно до цього законодавства.

(…)

Стаття 26. Заходи, спрямовані на розширення співробітництва з правоохоронними органами

1. Кожна Держава-учасниця вживає відповідних заходів для того, щоб заохочувати осіб, які беруть або брали участь в організованих злочинних групах, до:

a) надання інформації, корисної для компетентних органів, з метою розслідування і доведення у зв'язку з такими питаннями, як: i) ідентифікаційні дані, характер, членський склад, структура, місцезнаходження або діяльність організованих злочинних груп; ii) зв'язки, в тому числі міжнародні зв'язки, з іншими організованими злочинними групами; iii) злочини, що вчинені або можуть бути вчинені організованими злочинними групами;

b) надання фактичної, конкретної допомоги компетентним органам, що може сприяти позбавленню організованих злочинних груп їхніх ресурсів або доходів від злочинів.

2. Кожна Держава-учасниця розглядає питання про те, щоб передбачити можливість пом'якшення, у відповідних випадках, покарання обвинувачуваної особи, яка істотно співробітничає у розслідуванні або кримінальному переслідуванні у зв'язку з будь-яким злочином, що охоплюється цією Конвенцією.

3. Кожна Держава-учасниця розглядає питання про те, щоб передбачити, відповідно до основних принципів свого внутрішнього законодавства, можливість надання імунітету від кримінального переслідування особі, яка істотно співробітничає у розслідуванні або кримінальному переслідуванні у зв'язку зі злочином, що охоплюється цією Конвенцією.[1]

4. Захист таких осіб здійснюється в порядку, передбаченому у статті 24 цієї Конвенції.

5. У тих випадках, коли особа, що згадується в пункті 1 цієї статті і знаходиться в одній Державі-учасниці, може істотно співробітничати з компетентним органам іншої Держави-учасниці, заінтересовані Держави-учасниці можуть розглянути можливість укладання угод або домовленостей, відповідно до свого внутрішнього законодавства, щодо можливого надання іншою Державою-учасницею режиму, зазначеного в пунктах 2 і 3 цієї статті». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. (ООН, від 15.11.2000). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_789]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 255–257 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

255.4.1. Оскільки перелік злочинів, які можуть вчинятися організованими групами (наркозлочини, торгівля людьми, тероризм тощо), наведений у Рамковій Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності як зразковий, кваліфікація за ст. 255 КК України створення злочинної організації з метою вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочинів, що не входять у вказаний перелік (викрадення майна, ухилення від сплати податків тощо), не суперечить нормам міжнародного права.

(Див.: 255.1.1)

Стаття 258. Терористичний акт

1. Терористичний акт, тобто застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, які створювали небезпеку для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків, якщо такі дії були вчинені з метою порушення громадської безпеки, залякування населення, провокації воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення, або з метою впливу на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, службовими особами цих органів, об'єднаннями громадян, юридичними особами, або привернення уваги громадськості до певних політичних, релігійних чи інших поглядів винного (терориста), а також погроза вчинення зазначених дій з тією самою метою –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна або без такої.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони призвели до заподіяння значної майнової шкоди чи інших тяжких наслідків, –

караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

[1] Заяви і застереження при ратифікації: «Положення пункту 3 не буде поширюватися на організатора або керівника злочинної організації щодо їх звільнення від кримінальної відповідальності. Згідно із законодавством України (частина друга статті 255 Кримінального кодексу України зазначені особи несуть кримінальну відповідальність незалежно від умов, передбачених статтею 26 Конвенції». [Закон України від 04.02.2004]

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, що призвели до загибелі людини, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі з конфіскацією майна або без такої.

(Частину четверту статті 258 виключено на підставі Закону № 170-V від 21.09.2006)

(Частину п'яту статті 258 виключено на підставі Закону № 170-V від 21.09.2006)

6. Особа звільняється від кримінальної відповідальності за діяння, передбачене частиною першою цієї статті в частині погрози вчинення терористичного акту, якщо вона до повідомлення їй про підозру у вчиненні нею злочину добровільно повідомила правоохоронний орган про цей злочин, сприяла його припиненню або розкриттю, у разі якщо внаслідок цього і вжитих заходів було відвернено небезпеку для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків, якщо в її діях немає складу іншого злочину.

(Стаття 258 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1689-VII від 07.10.2014)

Стаття 258¹. Втягнення у вчинення терористичного акту

1. Втягнення особи у вчинення терористичного акту або примушування до вчинення терористичного акту з використанням обману, шантажу, уразливого стану особи, або із застосуванням чи погрозою застосування насильства –

карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з конфіскацією майна або без такої.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо кількох осіб або повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням службового становища, –

караються позбавленням волі на строк від чотирьох до семи років з конфіскацією майна або без такої.

(Кодекс доповнено статтею 258¹ згідно із Законом № 170-V від 21.09.2006; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1689-VII від 07.10.2014)

Стаття 258². Публічні заклики до вчинення терористичного акту

1. Публічні заклики до вчинення терористичного акту, а також розповсюдження, виготовлення чи зберігання з метою розповсюдження матеріалів з такими закликами –

караються виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк з конфіскацією майна або без такої.

2. Ті самі дії, вчинені з використанням засобів масової інформації, –

караються обмеженням волі на строк до чотирьох років або позбавленням волі на строк до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна або без такої.

(Кодекс доповнено статтею 258² згідно із Законом № 170-V від 21.09.2006; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1689-VII від 07.10.2014)

Стаття 258³. Створення терористичної групи чи терористичної організації

1. Створення терористичної групи чи терористичної організації, керівництво такою групою чи організацією або участь у ній, а так само організаційне чи інше сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

2. Звільняється від кримінальної відповідальності за діяння, передбачене частиною першою цієї статті, особа, крім організатора і керівника терористичної групи чи терорис-

тичної організації, яка добровільно повідомила правоохоронний орган про відповідну терористичну діяльність, сприяла її припиненню або розкриттю злочинів, вчинених у зв'язку із створенням або діяльністю такої групи чи організації, якщо в її діях немає складу іншого злочину.

(Кодекс доповнено статтею 258[3] згідно із Законом № 170-V від 21.09.2006; із змінами, внесеними згідно із Законами № 2258-VI від 18.05.2010, № 1689-VII від 07.10.2014)

Стаття 258[4]. Сприяння вчиненню терористичного акту

1. Вербування, озброєння, навчання особи з метою вчинення терористичного акту, а так само використання особи з цією метою –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з конфіскацією майна або без такої.

2. Ті самі дії, вчинені щодо кількох осіб або повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням свого службового становища, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна або без такої.

(Кодекс доповнено статтею 258[4] згідно із Законом № 170-V від 21.09.2006; із змінами, внесеними згідно із Законами № 2258-VI від 18.05.2010, № 1689-VII від 07.10.2014)

Стаття 258[5]. Фінансування тероризму

1. Фінансування тероризму, тобто дії, вчинені з метою фінансового або матеріального забезпечення окремого терориста чи терористичної групи (організації), організації, підготовки або вчинення терористичного акту, втягнення у вчинення терористичного акту, публічних закликів до вчинення терористичного акту, сприяння вчиненню терористичного акту, створення терористичної групи (організації), –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до двох років та з конфіскацією майна.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або з корисливих мотивів, або за попередньою змовою групою осіб, або у великому розмірі, або якщо вони призвели до заподіяння значної майнової шкоди, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою чи в особливо великому розмірі, або якщо вони призвели до інших тяжких наслідків, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

4. Особа, крім організатора або керівника терористичної групи (організації), звільняється від кримінальної відповідальності за дії, передбачені цією статтею, якщо вона добровільно до притягнення до кримінальної відповідальності повідомила про відповідну терористичну діяльність або іншим чином сприяла її припиненню або запобіганню злочину, який вона фінансувала або вчиненню якого сприяла, за умови, що в її діях немає складу іншого злочину.

Примітка. 1. Фінансування тероризму визнається вчиненим у великому розмірі, якщо розмір фінансового або матеріального забезпечення перевищує шість тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян.

2. Фінансування тероризму визнається вчиненим в особливо великому розмірі, якщо розмір фінансового або матеріального забезпечення перевищує вісімнадцять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(Кодекс доповнено статтею 258[5] згідно із Законом № 2258-VI від 18.05.2010)

§1. Норми міжнародного права
щодо боротьби з тероризмом

258.1.1. Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом (ETS N 90)
(Рада Європи, від 27.01.1977)
(ратифіковано Законом від 17.01.2002)
*«**Стаття 1***

1. З метою видачі правопорушників Договірними Державами, жодний з наступних злочинів не розглядається як політичний злочин або як злочин, пов'язаний з політичним злочином, або як злочин, вчинений з політичних мотивів:

a. злочин, визначений в Конвенції про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден, підписаній в Гаазі 16 грудня 1970 року;

b. злочин, визначений в Конвенції про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації, укладеній в Монреалі 23 вересня 1971 року;

c) злочин, що підпадає під дію Конвенції про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів, прийнятої в Нью-Йорку 14 грудня 1973 року;

d) злочин, що підпадає під дію Міжнародної конвенції про боротьбу із захопленням заручників, прийнятої в Нью-Йорку 17 грудня 1979 року;

e) злочин, що підпадає під дію Конвенції про фізичний захист ядерного матеріалу, прийнятої у Відні 3 березня 1980 року;

f) злочин, що підпадає під дію Протоколу про боротьбу з незаконними актами насильства в аеропортах, що обслуговують міжнародну цивільну авіацію, учиненого в Монреалі 24 лютого 1988 року.

g) злочин, що підпадає під дію Конвенції про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства, учиненої в Римі 10 березня 1988 року;

h) злочин, що підпадає під дію Протоколу про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки стаціонарних платформ, розташованих на континентальному шельфі, учиненого в Римі 10 березня 1988 року;

i) злочин, що підпадає під дію Міжнародної конвенції про боротьбу з бомбовим тероризмом, прийнятої в Нью-Йорку 15 грудня 1997 року;

j) злочин, що підпадає під дію Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму, прийнятої в Нью-Йорку 9 грудня 1999 року.

2. В тій мірі, в якій зазначені злочини не підпадають під дію конвенцій, перелічених у пункті 1, те саме застосовується для цілей видачі правопорушників між Договірними Державами не лише до вчинення виконавцем таких злочинів, а й також до:

a) замаху на вчинення будь-якого із цих злочинів;

b) участі як спільника у вчиненні будь-якого із цих злочинів або в замаху на вчинення будь-якого з них;

c) організації вчинення або підбурювання інших до вчинення чи замаху на вчинення будь-якого із цих злочинів». [Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом (ETS N 90). (Рада Європи, від 27.01.1977). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_331]

258.1.2. Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму (ETS 196)
(Рада Європи, від 16.05.2005)
(ратифіковано Законом від 31.07.2006)
*«**Стаття 1. Термінологія***

1. Для цілей цієї Конвенції термін «терористичний злочин» означає будь-який із злочинів, викладених і визначених в одному з договорів, перелік яких наведено в Додатку.

(…)

Стаття 5. Публічне підбурювання до вчинення терористичного злочину

1. Для цілей цієї Конвенції термін «публічне підбурювання до вчинення терористичного злочину» означає розповсюдження повідомлення для населення або доведення такого повідомлення до відома населення в інший спосіб з метою підбурювання його до вчинення терористичного злочину, якщо така поведінка, незалежно від того, є чи не є вона безпосередньою підтримкою терористичних злочинів, становить загрозу того, що може бути вчинено один чи більш ніж один такий злочин.

2. Кожна Сторона вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення в національному законодавстві положень про те, що вчинене незаконно та умисно публічне підбурювання до здійснення терористичного злочину, яке визначено в пункті 1, є злочином.

Стаття 6. Залучення до тероризму

1. Для цілей цієї Конвенції термін «залучення до тероризму» означає спонукання іншої особи до вчинення чи участі у вчиненні терористичного злочину або до вступу до об'єднання чи групи з метою сприяння вчиненню ними одного чи більш ніж одного терористичних злочинів.

2. Кожна Сторона вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення в національному законодавстві положень про те, що вчинене незаконно та умисно залучення до тероризму, визначене в пункті 1, є злочином.

Стаття 7. Навчання тероризму

1. Для цілей цієї Конвенції термін «навчання тероризму» означає надання інструкцій стосовно виготовлення або використання вибухових речовин, вогнепальної чи іншої зброї або шкідливих чи небезпечних речовин або стосовно інших специфічних методів чи засобів для вчинення або сприяння вчиненню терористичного злочину зі знанням того, що навички, які надаються, призначені для використання із цією метою.

2. Кожна Сторона вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення в національному законодавстві положень про те, що вчинене незаконно та умисно навчання тероризму, визначене в пункті 1, є злочином.

Стаття 8. Відповідальність безвідносно до фактичного вчинення терористичного злочину

Для того, щоб діяння вважали одним із злочинів, викладених у статтях 5–7 цієї Конвенції, немає необхідності у фактичному вчиненні терористичного злочину.

Стаття 9. Супутні злочини

1. Кожна Сторона вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення в національному законодавстві положень про те, що кримінальним злочином є:

a) участь як співучасник у вчиненні одного із злочинів, викладених у статтях 5–7 цієї Конвенції;

b) організація інших осіб або надання їм інструкцій для вчинення одного із злочинів, викладених у статтях 5–7 цієї Конвенції;

c) сприяння у вчиненні одного чи більш ніж одного зі злочинів, викладених у статтях 5–7 цієї Конвенції, групою осіб, які діють зі спільною метою. Таке сприяння повинно бути умисним та:

i) здійсненим з метою сприяння кримінальній діяльності або злочинному наміру групи осіб у випадках, коли така діяльність або намір спричиняють вчинення одного із злочинів, викладених у статтях 5–7 цієї Конвенції; або

ii) здійсненим зі знанням наміру групи вчинити один із злочинів, викладених у статтях 5–7 цієї Конвенції.

2. Кожна Сторона також уживає таких заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення в національному законодавстві положень про те, що спроба вчинити один із злочинів, викладених у статтях 6 і 7 цієї Конвенції, є кримінальним злочином.

Стаття 10. Відповідальність юридичних осіб

1. Кожна Сторона вживає таких заходів, які можуть бути необхідними згідно з її правовими засадами для встановлення відповідальності юридичних осіб за участь у вчиненні злочинів, викладених у статтях 5–7 та 9 цієї Конвенції.

2. Залежно від правових засад Сторони відповідальність юридичних осіб може бути кримінальною, цивільною або адміністративною.

3. Така відповідальність не завдає шкоди кримінальній відповідальності фізичних осіб, які вчинили злочини.

(…)

Стаття 12. Умови та гарантії

1. Кожна Сторона гарантує, що встановлення, реалізація та застосування криміналізації згідно зі статтями 5–7 та 9 цієї Конвенції здійснюються з дотриманням зобов'язань стосовно прав людини, зокрема права на свободу волевиявлення, свободу об'єднань та свободу віросповідання, передбачених, – у випадках, що відповідають цій Стороні – Європейською конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод (1950 р.), Міжнародному пакті про громадянські й політичні права (1966 р.), а також інших зобов'язань відповідно до міжнародного права.

2. Установлення, реалізація та застосування криміналізації згідно зі статтями 5–7 та 9 цієї Конвенції повинні, крім того, відповідати принципу пропорційності з урахуванням законних цілей, які переслідують, і їхньої необхідності в демократичному суспільстві й повинні виключати будь-яку форму свавілля або дискримінаційного чи расистського ставлення.

(…)

Стаття 18. Екстрадиція або кримінальне переслідування

1. Сторона, на території якої знаходиться гаданий злочинець, у випадках, коли вона має юрисдикцію згідно зі статтею 14, якщо вона не здійснює екстрадиції такої особи, зобов'язана без будь-яких винятків і незалежно від того, було чи не було вчинено злочин на її території, передати справу без необґрунтованої затримки до своїх компетентних органів для кримінального переслідування у порядку, встановленому законодавством цієї Сторони. Такі органи приймають рішення так само, як і в справі про будь-який інший злочин серйозного характеру відповідно до закону цієї Сторони.

2. У тих випадках, коли національне законодавство Сторони дозволяє їй видати або іншим способом передати одного з її громадян лише за умови, що ця особа буде повернена до цієї Сторони для відбування покарання, призначеного у результаті судового розгляду або провадження, для яких запитувалась видача або передача особи, та ця Сторона й Сторона, яка домагається видачі такої особи, погоджуються з таким варіантом й іншими умовами, які вони можуть визнати відповідними, така обумовлена видача або передача будуть достатніми для звільнення від виконання обов'язку, викладеного в пункті 1.

Стаття 19. Видача правопорушників

1. Злочини, викладені в статтях 5–7 та 9 цієї Конвенції, уважаються такими, які включено як такі, що тягнуть видачу, до будь-якого договору про видачу правопорушників, що існує між будь-якими Сторонами до набуття чинності цією Конвенцією. Сторони зобов'язуються включати такі злочини як такі, що тягнуть видачу, до кожного договору про видачу правопорушників, який буде в подальшому укладено між ними.

2. Коли Сторона, яка обумовлює видачу правопорушників наявністю договору, отримує запит про видачу від іншої Сторони, з якою вона не має договору про видачу правопорушників, запитувана Сторона може, якщо вона так вирішить, уважати цю Конвенцію правовою підставою для видачі стосовно злочинів, викладених у статтях 5–7 та 9 цієї Конвенції. Видача правопорушників здійснюється з дотриманням інших умов, які передбачені законодавством запитуваної Сторони.

3. Сторони, які не обумовлюють видачу правопорушників наявністю договору, у відносинах між собою визнають злочини, викладені в статтях 5–7 та 9 цієї Конвенції, як такі, що тягнуть видачу, з дотриманням умов, передбачених законодавством запитуваної Сторони.

4. У разі необхідності злочини, викладені в статтях 5–7 та 9 цієї Конвенції, уважаються Сторонами з метою здійснення видачі правопорушників такими, які нібито було вчинено не тільки на місці їхнього вчинення, а й на території Сторін, які встановили юрисдикцію відповідно до статті 14.

5. Положення всіх договорів та угод про видачу правопорушників, укладених між Сторонами стосовно злочинів, викладених у статтях 5–7 та 9 цієї Конвенції, уважаються зміненими у відносинах між Сторонами настільки, наскільки вони є не сумісними із цією Конвенцією.

Стаття 20. Виключення можливості обґрунтування відмови нібито політичним характером злочину

1. Жодний зі злочинів, викладених у статтях 5–7 та 9 цієї Конвенції, для цілей видачі правопорушників або надання взаємної правової допомоги не вважається політичним злочином, злочином, пов'язаним з політичним злочином, або злочином, зумовленим політичними мотивами. Відповідно, у задоволенні пов'язаного з таким злочином запиту про видачу або взаємну правову допомогу не може бути відмовлено лише на тій підставі, що він стосується політичного злочину або злочину, пов'язаного з політичним злочином, чи злочину, зумовленого політичними мотивами.

(…)

Стаття 21. Положення стосовно дискримінації

1. Ніщо в цій Конвенції не тлумачиться як таке, що зобов'язує видачу правопорушника або надати взаємну правову допомогу, якщо запитувана Сторона має істотні підстави вважати, що запит про видачу правопорушників у зв'язку зі злочинами, викладеними в статтях 5–7 та 9, або про надання взаємної правової допомоги стосовно таких злочинів зроблено з метою судового переслідування або покарання особи на підставі її раси, віросповідання, національності, етнічного походження чи політичних поглядів або, що задоволення такого запиту зашкодило б такій особі з будь-якої із цих причин.

2. Ніщо в цій Конвенції не тлумачиться як таке, що зобов'язує здійснити видачу, якщо особа, про яку йдеться в запиті про видачу правопорушника, ризикує бути підданою катуванням або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню.

3. Ніщо в цій Конвенції також не тлумачиться як таке, що зобов'язує здійснити видачу, якщо існує ризик, що до особи, про яку йдеться в запиті про видачу правопорушника, буде застосовано покарання у виді смертної кари або, якщо законодавство запитуваної Сторони не передбачає довічного ув'язнення, – до довічного ув'язнення без можливості дострокового звільнення, за винятком випадків, коли згідно із договорами про видачу правопорушників, що застосовуються, запитувана Сторона зобов'язана видати правопорушника, якщо запитуюча Сторона надасть гарантію, яку запитувана Сторона вважатиме достатньою, що смертна кара не буде призначена або, у разі її призначення, вона не буде виконана, або що відповідній особі не буде призначено довічного ув'язнення без можливості дострокового звільнення.

(…)

ДОДАТОК

1. Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден, підписана в Гаазі 16 грудня 1970 р.

2. Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації, укладена в Монреалі 23 вересня 1971 р.

3. Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів, прийнята в Нью-Йорку 14 грудня 1973 р.

4. Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників, прийнята в Нью-Йорку 17 грудня 1979 р.

5. Конвенція про фізичний захист ядерного матеріалу, прийнята у Відні 3 березня 1980 р.

6. Протокол про боротьбу з незаконними актами насильства в аеропортах, які обслуговують міжнародну цивільну авіацію, укладений у Монреалі 24 лютого 1988 р.

7. Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства, укладена в Римі 10 березня 1988 р.

8. Протокол про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки стаціонарних платформ, розташованих на континентальному шельфі, укладений у Римі 10 березня 1988 р. (995_093).

9. Міжнародна конвенція про боротьбу з бомбовим тероризмом, прийнята в Нью-Йорку 15 грудня 1997 р.

10. Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму, прийнята в Нью-Йорку 9 грудня 1999 р.».

[Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму. (Рада Європи, від 16.05.2005). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_712]

258.1.3. Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму

(Рада Європи, від 16.05.2005)

(ратифіковано Законом від 17.11.2010)

*«**Стаття 2. Застосування конвенції до фінансування тероризму***

1. Кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для того, щоб вона могла застосовувати положення глав III, IV та V цієї Конвенції до фінансування тероризму.

2. Зокрема кожна Сторона забезпечує свою спроможність здійснювати пошук, відстежувати, визначати, заблоковувати, заарештовувати й конфісковувати майно, законного або незаконного походження, використане або призначене для використання будь-яким чином цілком або частково, для фінансування тероризму, або доходи, одержані в результаті цього злочину, та забезпечити із цією метою співробітництво в якомога більшому обсязі». [Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму. (Рада Європи, від 16.05.2005). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_948]

258.1.4. Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму

(ООН, від 14.09.2005)

(ратифіковано Законом від 15.03.2006)

« ***Стаття 2***

1. Будь-яка особа вчиняє злочин за змістом цієї Конвенції, якщо вона незаконно чи навмисно:

a) володіє радіоактивним матеріалом або виготовляє пристрій чи володіє ним:

i) з наміром спричинити смерть чи серйозне каліцтво або

ii) з наміром нанести істотну шкоду власності чи навколишньому середовищу;

b) використовує радіоактивний матеріал чи пристрій будь-яким чином або використовує чи ушкоджує ядерний об'єкт таким чином, що відбувається вивільнення або створюється загроза вивільнення радіоактивного матеріалу:

i) з наміром спричинити смерть чи серйозне каліцтво; або

ii) з наміром завдати істотної шкоди власності чи навколишньому середовищу; або

iii) із наміром змусити фізичну чи юридичну особу, міжнародну організацію або державу вчинити будь-яку дію чи утриматися від неї.

2. Будь-яка особа також учиняє злочин, якщо вона:

a) загрожує вчинити злочин, указаний у підпункті 1b цієї статті, причому є ознаки, які вказують на реальність цієї загрози, або

b) незаконно та умисно вимагає радіоактивний матеріал, пристрій чи ядерний об'єкт, удаючися при цьому до погрози за обставин, які вказують на реальність цієї погрози, чи до застосування сили.

(…)

Стаття 4

1. Ніщо в цій Конвенції не зачіпає інших прав, зобов'язань та обов'язків держави й осіб згідно з міжнародним правом, зокрема згідно з цілями та принципами Статуту Організації Об'єднаних Націй і міжнародним гуманітарним правом.

2. Дії збройних сил під час збройного конфлікту, як ці терміни розуміються в міжнародному гуманітарному праві, які регулюються цим правом, не регулюються цією Конвенцією, як і не регулюються нею дії, що вчиняються збройними силами держави для здійснення їхніх офіційних функцій, оскільки вони регулюються іншими нормами міжнародного права.

3. Положення пункту 2 цієї статті не повинні витлумачуватись як такі, що схвалюють або роблять законними незаконні з інших поглядів акти, або як такі, що перешкоджають притягненню до відповідальності на підставі інших законів.

4. Ця Конвенція не стосується питання законності застосування або погрози застосування державами ядерної зброї та жодним чином не може бути витлумачена як така, що стосується цього питання.

Стаття 5

Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть виявитися необхідними:

a) для визнання кримінальними злочинами відповідно до її національного законодавства діянь, зазначених у статті 2;

b) для встановлення за ці злочини відповідних покарань з урахуванням тяжкості цих злочинів.

Стаття 6

Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть виявитися необхідними, зокрема у відповідних випадках у сфері внутрішнього законодавства, для забезпечення того, щоб злочинні діяння, які підпадають під дію цієї Конвенції, зокрема ті, що спрямовані або розраховані на створення обстановки терору серед населення, групи осіб чи конкретних осіб, за жодних обставин не підлягали виправданню з будь-яких міркувань політичного, філософського, ідеологічного, расового, етнічного, релігійного або іншого аналогічного характеру й тягли покарання відповідно до ступеня їхньої тяжкості.

Стаття 7

1. Держави-учасниці співробітничають шляхом:

a) вжиття всіх можливих заходів, зокрема, при необхідності, адаптацію свого національного законодавства з метою недопущення підготовки в межах їхніх відповідних територій до вчинення злочинів, зазначених у статті 2, у межах чи за межами їхніх територій та протидії такій підготовці, зокрема заходів із заборони на їхніх територіях незаконної діяльності осіб, груп та організацій, які заохочують, підбурюють, організують, умисно фінансують або умисно надають технічну допомогу чи надають інформацію або беруть участь у вчиненні цих злочинів». [Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму. (ООН, від 14.09.2005). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_d68]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 258[2] КК України *(дивись коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

258.4.1. Розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення терористичного акту, якщо таке розповсюдження здійснюється з використанням інформаційних інтернет-порталів, які надають у комерційних цілях платформу для користувацьких коментарів щодо раніше опублікованого контенту, може поставити питання про відповідальність провайдерів (власників компаній, адміністраторів) таких інтернет-порталів.

(Див.: 0.4.11).

Стаття 259. Завідомо неправдиве повідомлення про загрозу безпеці громадян, знищення чи пошкодження об'єктів власності

1. Завідомо неправдиве повідомлення про підготовку вибуху, підпалу або інших дій, які загрожують загибеллю людей чи іншими тяжкими наслідками, –

карається позбавленням волі на строк від двох до шести років.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило тяжкі наслідки або вчинене повторно, –

карається позбавленням волі на строк від чотирьох до восьми років.

(Стаття 259 із змінами, внесеними згідно із Законами № 3075-III від 07.03.2002, № 4955-VI від 07.06.2012)

Стаття 260. Створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань

1. Створення не передбачених законами України воєнізованих формувань або участь у їх діяльності –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з конфіскацією майна або без такої.

2. Створення не передбачених законом збройних формувань або участь у їх діяльності –

карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з конфіскацією майна або без такої.

3. Керівництво зазначеними в частинах першій або другій цієї статті формуваннями, їх фінансування, постачання їм зброї, боєприпасів, вибухових речовин чи військової техніки –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна або без такої.

4. Участь у складі передбачених частинами першою або другою цієї статті формувань у нападі на підприємства, установи, організації чи на громадян –

карається позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

5. Діяння, передбачене частиною четвертою цієї статті, що призвело до загибелі людей чи інших тяжких наслідків, –

карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

6. Звільняється від кримінальної відповідальності за цією статтею особа, яка перебувала в складі зазначених у цій статті формувань, за дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вона добровільно вийшла з такого формування і повідомила про його існування органи державної влади чи органи місцевого самоврядування.

Примітка. 1. Під воєнізованими слід розуміти формування, які мають організаційну структуру військового типу, а саме: єдиноначальність, підпорядкованість та дисципліну, і в яких проводиться військова або стройова чи фізична підготовка.

2. Під збройними формуваннями слід розуміти воєнізовані групи, які незаконно мають на озброєнні придатну для використання вогнепальну, вибухову чи іншу зброю.

(Стаття 260 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1689-VII від 07.10.2014)

Стаття 261. Напад на об'єкти, на яких є предмети, що становлять підвищену небезпеку для оточення

Напад на об'єкти, на яких виготовляються, зберігаються, використовуються або якими транспортуються радіоактивні, хімічні, біологічні чи вибухонебезпечні матеріали, речовини, предмети, з метою захоплення, пошкодження або знищення цих об'єктів –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

(Стаття 261 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1689-VII від 07.10.2014)

Стаття 262. Викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем

1. Викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, а також заволодіння предметами, що перелічені в частині першій цієї статті, шляхом зловживання службової особи своїм службовим становищем –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

3. Дії, передбачені частинами першою чи другою цієї статті, якщо вони вчинені організованою групою, розбій з метою викрадення вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або радіоактивних матеріалів, а також вимагання цих предметів, поєднане з насильством, небезпечним для життя і здоров'я, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна.

Стаття 263. Незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами

1. Носіння, зберігання, придбання, передача чи збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв без передбаченого законом дозволу –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

2. Носіння, виготовлення, ремонт або збут кинджалів, фінських ножів, кастетів чи іншої холодної зброї без передбаченого законом дозволу –

караються штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста двадцяти до двохсот сорока годин, або арештом на строк від трьох до шести місяців, або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

3. Звільняється від кримінальної відповідальності особа, яка вчинила злочин, передбачений частинами першою або другою цієї статті, якщо вона добровільно здала органам влади зброю, бойові припаси, вибухові речовини або вибухові пристрої.

(Стаття 263 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 5064-VI від 05.07.2012)

Стаття 263[1]. Незаконне виготовлення, переробка чи ремонт вогнепальної зброї або фальсифікація, незаконне видалення чи зміна її маркування, або незаконне виготовлення бойових припасів, вибухових речовин чи вибухових пристроїв

1. Незаконне виготовлення, переробка чи ремонт вогнепальної зброї або фальсифікація, незаконне видалення чи зміна її маркування, або незаконне виготовлення бойових припасів, вибухових речовин чи вибухових пристроїв –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років.

(Кодекс доповнено статтею 263[1] згідно із Законом № 5064-VI від 05.07.2012; із змінами, внесеними згідно із Законом № 228-VII від 14.05.2013)

Стаття 264. Недбале зберігання вогнепальної зброї або бойових припасів

Недбале зберігання вогнепальної зброї або бойових припасів, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

карається обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

Стаття 265. Незаконне поводження з радіоактивними матеріалами

1. Придбання, носіння, зберігання, використання, передача, видозмінення, знищення, розпилення або руйнування радіоактивних матеріалів (джерел іонізуючого випромінювання, радіоактивних речовин або ядерних матеріалів, що перебувають у будь-якому фізичному стані в установці або виробі чи в іншому вигляді) без передбаченого законом дозволу –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

2. Ті самі дії, вчинені з метою спричинення загибелі людей, шкоди здоров'ю людей, майнової шкоди у великому розмірі або значного забруднення довкілля, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони спричинили загибель людей, майнову шкоду у великому розмірі, значне забруднення довкілля чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

4. Особа, яка вчинила злочин, передбачений частиною першою цієї статті, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона добровільно здала органам влади радіоактивні матеріали (джерела іонізуючого випромінювання, радіоактивні речовини або ядерні матеріали, що перебувають у будь-якому фізичному стані в установці або виробі чи в іншому вигляді).

Примітка. У статтях 265, 265[1] цього Кодексу майнова шкода вважається заподіяною у великому розмірі, якщо прямі збитки становлять суму, яка в триста і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 265 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1071-V від 24.05.2007, № 1638-VIII від 04.10.2016)

Стаття 265[1]. Незаконне виготовлення ядерного вибухового пристрою чи пристрою, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію

1. Незаконне виготовлення будь-якого ядерного вибухового пристрою чи пристрою, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію і може через свої властивості спричинити загибель людей, шкоду здоров'ю людей, майнову шкоду у великому розмірі або значне забруднення довкілля, –

карається штрафом від трьохсот до семисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Та сама дія, вчинена з метою спричинення загибелі людей, шкоди здоров'ю людей, майнової шкоди у великому розмірі або значного забруднення довкілля, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони спричинили загибель людей, майнову шкоду у великому розмірі, значне забруднення довкілля чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

(Кодекс доповнено статтею 265[1] згідно із Законом № 1071-V від 24.05.2007)

Стаття 266. Погроза вчинити викрадання або використати радіоактивні матеріали

1. Погроза вчинити викрадання радіоактивних матеріалів з метою примусити фізичну або юридичну особу, міжнародну організацію або державу вчинити будь-яку дію або утриматися від неї, якщо були підстави побоюватися здійснення цієї погрози, –

карається позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Погроза використати радіоактивні матеріали з метою спричинення загибелі людей або інших тяжких наслідків, якщо були підстави побоюватися здійснення цієї погрози, –

карається позбавленням волі на строк до п'яти років.

Стаття 267. Порушення правил поводження з вибуховими, легкозаймистими та їдкими речовинами або радіоактивними матеріалами

1. Порушення правил зберігання, використання, обліку, перевезення вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або інших правил поводження з ними, а також незаконне пересилання цих речовин чи матеріалів поштою або вантажем, якщо це порушення створило небезпеку загибелі людей або настання інших тяжких наслідків, –

караються штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі діяння, а також незаконне пересилання поштою або багажем легкозаймистих або їдких речовин, якщо вони спричинили загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до дванадцяти років.

(Стаття 267 із змінами, внесеними згідно із Законом № 4837-VI від 24.05.2012)

Стаття 267[1]. Порушення вимог режиму радіаційної безпеки

1. Переміщення будь-яким способом за межі зони відчуження чи зони безумовного (обов'язкового) відселення без надання передбаченого законом дозволу або проведення дозиметричного контролю продуктів харчування рослинного і тваринного походження, промислової або іншої продукції, тварин, риби, рослин або будь-яких інших об'єктів –

карається штрафом від п'ятдесяти до вісімдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від одного до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Придбання з метою використання або збуту об'єктів, визначених у частині першій цієї статті, якщо факт їх походження із зони відчуження чи зони безумовного (обов'язкового) відселення заздалегідь відомий винній особі, –

карається штрафом від сімдесяти до вісімдесяти п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до чотирьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

3. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені з метою збуту, або збут об'єктів, визначених у частині першій цієї статті, –

караються штрафом від сімдесяти п'яти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк.

4. Дії, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, вчинені службовою особою або повторно, а також якщо вони спричинили загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

(Кодекс доповнено статтею 267[1] згідно із Законом № 966-V від 19.04.2007)

Стаття 268. Незаконне ввезення на територію України відходів і вторинної сировини

1. Ввезення на територію України чи транзит через її територію відходів або вторинної сировини без належного дозволу –

караються штрафом до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ввезення на територію України чи транзит через її територію речовин або матеріалів, що належать до категорії небезпечних відходів, які забороняються до ввезення, –

караються штрафом від п'ятдесяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк до трьох років.

Стаття 269. Незаконне перевезення на повітряному судні вибухових або легкозаймистих речовин

1. Незаконне перевезення на повітряному судні вибухових або легкозаймистих речовин –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, що спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до десяти років.

(Стаття 269 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 270. Порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки

1. Порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки, якщо воно спричинило виникнення пожежі, якою заподіяно шкоду здоров'ю людей або майнову шкоду у великому розмірі, –

карається штрафом від п'ятдесяти до ста двадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило загибель людей, майнову шкоду в особливо великому розмірі або інші тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

Примітка. Майнова шкода вважається заподіяною у великих розмірах, якщо прямі збитки становлять суму, яка в триста і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а в особливо великих розмірах – якщо прямі збитки становлять суму, яка в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

§1. Норми міжнародного права

щодо безпеки поводження зі зброєю, вибуховими речовинами, радіоактивних матеріалами та іншими предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення

261.1.1. Конвенція про фізичний захист ядерного матеріалу та ядерних установок
(МАГАТЕ, від 26.10.1979)
(приєднання постанова ВР України від 05.05.1993 № 3182-XII)
*«**Стаття 1***

Для цілей цієї Конвенції:

a) «ядерний матеріал» означає плутоній, за винятком плутонію з концентрацією ізотопів, що перевищує 80% по плутонію-238, уран-233, уран, збагачений ізотопами уран-235 чи уран-233, уран, що містить суміш ізотопів, які зустрічаються в природі у формі, відмінній від руди або рудних залишків, і будь-який матеріал, що містить один або понад вищеназваних елементів;

b) «уран, збагачений ізотопами уран-235 або уран-233» означає уран, який містить ізотопи уран-235 чи уран-233 або обидва ізотопи в такій кількості, що надлишковий відсоток суми цих ізотопів порівняно з ізотопом уран-238 вище, ніж відсоток ізотопу уран-235 порівняно з ізотопом уран-238, що зустрічається в природі;

c) «міжнародне перевезення ядерного матеріалу» означає перевезення партії ядерного матеріалу будь-якими транспортними засобами, які направляються за межі території держави, звідки походить вантаж, починаючи з його відправлення з установки відправника в цій державі і закінчуючи прибуттям на установку отримувача у державі кінцевого призначення.

d) «ядерна установка» означає установку (зокрема пов'язані з нею будівлі та обладнання), на якій здійснюється виробництво, переробка, використання, обробка, зберігання або захоронення ядерного матеріалу, якщо пошкодження або втручання в експлуатацію такої установки може призвести до значного виділення радіації або значного викиду радіоактивних матеріалів…

(…)

Стаття 7

1. Умисне здійснення:

a) без законних на то повноважень дії, яка є отриманням, володінням, використанням, передачею, видозміною, знищенням або розпорошенням ядерного матеріалу, яка викликає або може викликати смерть будь-якої особи чи завдати їй серйозних травм або заподіяти суттєві збитки власності чи навколишньому середовищу;

b) крадіжки ядерного матеріалу або захоплення його шляхом пограбування;

c) привласнення чи отримання ядерного матеріалу оманним шляхом;

d) дії, яка є перенесенням, пересиланням чи переміщенням ядерного матеріалу в державу чи з неї без законних на то повноважень;

e) дії, спрямованої проти ядерної установки, чи дії, яка є втручанням в експлуатацію ядерної установки, коли правопорушник навмисно здійснює таку дію, чи йому відомо, що така дія, ймовірно, викличе смерть будь-якої особи або завдасть їй серйозної травми або заподіє суттєву шкоду власності або навколишньому середовищу через радіаційне опромінення чи викид радіоактивних речовин, за винятком якщо ця дія здійснюється відповідно до національного законодавства держави-учасниці, на території якої знаходиться ядерна установка;

f) дії, яка є вимаганням ядерного матеріалу через погрозу або застосування сили чи застосування будь-якої іншої форми залякування;

g) погрози:

i) застосувати ядерний матеріал з наміром викликати смерть будь-якої особи або завдати їй серйозної травми, або заподіяти суттєву шкоду власності або навколишньому середовищу, або вчинити правопорушення, описане в підпункті «e», або

ii) учинити правопорушення, описане в підпунктах «b» та «e», щоб примусити фізичну або юридичну особу, міжнародну організацію або державу здійснити будь-яку дію чи утриматися від неї;

h) спроби вчинити будь-яке з правопорушень, описаних у підпунктах «a»-«e»;

i) дії, яка є участю в будь-якому з правопорушень, описаних у підпунктах «a»-«h»;

j) дії будь-якої особи, яка організує інших осіб або керує ними, для вчинення будь-якого з правопорушень, описаних у підпунктах «a»-«h»; а також

k) дії, яка сприяє вчиненню будь-якого з правопорушень, описаних у підпунктах «a»-«h», групою осіб, що діють зі спільною метою; така дія є навмисною та здійснюється або:

i) для підтримання злочинної діяльності або злочинного наміру цієї групи, коли така діяльність або намір передбачають учинення одного з правопорушень, описаних у підпунктах «a»-«g»; або

ii) у випадку усвідомлення наміру цієї групи вчинити одне з правопорушень, описаних у підпунктах «a»-«g»,

уважається кожною з держав-учасниць карним правопорушенням у межах свого національного законодавства». [Конвенція про фізичний захист ядерного матеріалу та ядерних установок (МАГАТЕ, від 26.10.1979). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_024]

261.1.2 Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму

(ООН, від 14.09.2005)

(ратифіковано Законом від 15.03.2006)

«***Стаття 1***

Для цілей цієї Конвенції:

1. «Радіоактивний матеріал» означає ядерний матеріал та інші радіоактивні речовини, які містять нукліди, що самостійно розпадаються (процес, який супроводжується виділенням іонізуючого випромінювання одного або кількох видів, наприклад альфа-випромінювання, бета-випромінювання, нейтронне випромінювання та гама-випромінювання), та які можуть унаслідок своїх радіологічних властивостей або властивостей свого поділу спричинити смерть, серйозне каліцтво або суттєву шкоду власності чи навколишньому середовищу.

2. «Ядерний матеріал» означає плутоній, за винятком плутонію з концентрацією ізотопів, яка перевищує 80 відсотків по плутонію-238; уран-233; уран, збагачений ізотопами уран-235 або уран-233; уран, що містить суміш ізотопів, які трапляються в природі у формі, що відрізняється від руди або рудних залишків; та будь-який матеріал, що містить один чи більше з названих вище елементів;

де «уран, збагачений ізотопами уран-235 або уран-233» означає уран, що містить ізотопи уран-235 або уран-233, чи обидва ізотопи в такій кількості, що надлишковий відсоток суми цих ізотопів порівняно з ізотопом уран-238 вище, ніж відсоток ізотопу уран-235 порівняно з ізотопом уран-238, який трапляється в природі.

3. «Ядерний об'єкт» означає:

a) будь-який ядерний реактор, зокрема реактори, установлені на морських суднах, транспортних засобах, літальних апаратах або космічних об'єктах для використання як джерела енергії, щоб приводити в рух такі судна, транспортні засоби, літальні апарати або космічні об'єкти чи для будь-якої іншої мети;

b) будь-яку споруду або засіб пересування, що використовуються для виробництва, зберігання, переробки або транспортування радіоактивного матеріалу.

4. «Пристрій» означає:

a) будь-який ядерний вибуховий пристрій; або

b) будь-який пристрій, який розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію та який може внаслідок своїх радіологічних властивостей спричинити смерть, серйозне каліцтво або суттєву шкоду власності чи навколишньому середовищу.

5. «Державний або урядовий об'єкт» означає будь-який постійний або тимчасовий об'єкт чи транспортний засіб, які використовують або займають представники держави, члени уряду, представники законодавчого або судового органу, або посадові особи чи службовці органу державної влади або іншого державного органу чи установи, або службовці чи посадові особи міжурядової організації у зв'язку з виконанням своїх службових обов'язків.

6. «Збройні сили держави» означає збройні сили держави, які організовано, навчено та оснащено відповідно до її внутрішнього законодавства в першу чергу для виконання завдань національної оборони й безпеки, та осіб, які діють на підтримку цих збройних сил, будучи під їхнім офіційним командуванням, контролем та відповідальністю.

Стаття 2

1. Будь-яка особа вчиняє злочин за змістом цієї Конвенції, якщо вона незаконно чи навмисно:

a) володіє радіоактивним матеріалом або виготовляє пристрій чи володіє ним:

i) з наміром спричинити смерть чи серйозне каліцтво або

ii) з наміром нанести істотну шкоду власності чи навколишньому середовищу;

b) використовує радіоактивний матеріал чи пристрій будь-яким чином або використовує чи ушкоджує ядерний об'єкт таким чином, що відбувається вивільнення або створюється загроза вивільнення радіоактивного матеріалу:

i) з наміром спричинити смерть чи серйозне каліцтво; або

ii) з наміром завдати істотної шкоди власності чи навколишньому середовищу; або

iii) із наміром змусити фізичну чи юридичну особу, міжнародну організацію або державу вчинити будь-яку дію чи утриматися від неї.

2. Будь-яка особа також учиняє злочин, якщо вона:

a) загрожує вчинити злочин, указаний у підпункті 1b цієї статті, причому є ознаки, які вказують на реальність цієї загрози, або

b) незаконно та умисно вимагає радіоактивний матеріал, пристрій чи ядерний об'єкт, удаючися при цьому до погрози за обставин, які вказують на реальність цієї погрози, чи до застосування сили.

(…)

Стаття 4

1. Ніщо в цій Конвенції не зачіпає інших прав, зобов'язань та обов'язків держави й осіб згідно з міжнародним правом, зокрема згідно з цілями та принципами Статуту Організації Об'єднаних Націй і міжнародним гуманітарним правом.

2. Дії збройних сил під час збройного конфлікту, як ці терміни розуміються в міжнародному гуманітарному праві, які регулюються цим правом, не регулюються цією Конвенцією, як і не регулюються нею дії, що вчиняються збройними силами держави для здійснення їхніх офіційних функцій, оскільки вони регулюються іншими нормами міжнародного права.

3. Положення пункту 2 цієї статті не повинні витлумачуватись як такі, що схвалюють або роблять законними незаконні з інших поглядів акти, або як такі, що перешкоджають притягненню до відповідальності на підставі інших законів.

4. Ця Конвенція не стосується питання законності застосування або погрози застосування державами ядерної зброї та жодним чином не може бути витлумачена як така, що стосується цього питання.

Стаття 5

Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть виявитися необхідними:

a) для визнання кримінальними злочинами відповідно до її національного законодавства діянь, зазначених у статті 2;

b) для встановлення за ці злочини відповідних покарань з урахуванням тяжкості цих злочинів.

Стаття 6

Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть виявитися необхідними, зокрема у відповідних випадках у сфері внутрішнього законодавства, для забезпечення того, щоб злочин-

ні діяння, які підпадають під дію цієї Конвенції, зокрема ті, що спрямовані або розраховані на створення обстановки терору серед населення, групи осіб чи конкретних осіб, за жодних обставин не підлягали виправданню з будь-яких міркувань політичного, філософського, ідеологічного, расового, етнічного, релігійного або іншого аналогічного характеру й тягли покарання відповідно до ступеня їхньої тяжкості». [Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму. (ООН, від 14.09.2005). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_d68]

261.1.3. Протокол проти незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї, який доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності

(ООН, від 31.05.2001)

(приєднання Законом від 02.04.2013)

*«**Стаття 3. Використання термінів***

Для цілей цього Протоколу:

a) «вогнепальна зброя» означає будь-яку переносну ствольну зброю, яка спричинює постріл, призначена або може бути легко пристосована для спричинення пострілу чи прискорення кулі або снаряду за рахунок енергії вибухової речовини, за винятком старовинної вогнепальної зброї або її моделей. Старовинна вогнепальна зброя та її моделі визначаються відповідно до національного законодавства. Однак старовинна вогнепальна зброя в жодному разі не включає вогнепальної зброї, виготовленої після 1899 року;

b) «складові частини і компоненти» означає будь-які елементи або запасні деталі, спеціально призначені для вогнепальної зброї та необхідні для її функціонування, у тому числі ствол, корпус або стовбурну коробку, затвор або барабан, вісь затвору або казенник, а також будь-який пристрій, призначений або адаптований для зменшення звуку, спричиненого пострілом;

c) «боєприпаси» означає постріл у комплекті або його компоненти, у тому числі патронні гільзи, капсули, метальний заряд, кулі або снаряди, які використовуються у вогнепальній зброї, за умови, що самі такі компоненти підпадають під систему дозволів у відповідній Державі-учасниці;

d) «незаконне виготовлення» означає виготовлення або складання вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів чи боєприпасів:

i) зі складових частин і компонентів, які перебувають у незаконному обігу,

ii) без відповідної ліцензії або дозволу компетентного органу Держави-учасниці, у якій здійснюється виготовлення або складання чи

iii) без маркування вогнепальної зброї відповідно до статті 8 цього Протоколу під час її виготовлення;

видача ліцензії або дозволу на виготовлення складових частин і компонентів здійснюється відповідно до національного законодавства;

e) «незаконний обіг» означає ввіз (вивіз), придбання, продаж, доставку, переміщення або передачу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї з території або територією однієї Держави-учасниці на територію іншої Держави-учасниці, якщо будь-яка із заінтересованих Держав-учасниць не надає дозволу на це відповідно до положень цього Протоколу або якщо вогнепальна зброя не має маркування, нанесеного відповідно до статті 8 цього Протоколу;

f) «відстеження» означає систематичний облік і контроль вогнепальної зброї та, де це можливо, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї на всіх етапах їхнього проходження від виробника до покупця з метою надання компетентним органам Держав-учасниць допомоги у виявленні, розслідуванні та проведенні аналізу незаконного виготовлення та обігу.

Стаття 4. Сфера застосування

1. Цей Протокол застосовується, якщо в ньому не зазначено іншого, до недопущення незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї та до розслідування та кримінального переслідування у зв'язку зі злочинами, визнаними такими відповідно до статті 5 цього Протоколу, якщо ці злочини носять транснаціональний характер і вчинені за участі організованої злочинної групи.

2. Цей Протокол не застосовується до міждержавних операцій або до державних передач у тих випадках, коли застосування Протоколу завдало б шкоди праву Держави-учасниці вживати заходів в інтересах національної безпеки відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй.

Стаття 5. Криміналізація

1. Кожна Держава-учасниця вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними, для визнання кримінальними злочинами такої умисно скоєної дії:

а) незаконне виготовлення вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї;

b) незаконний обіг вогнепальною зброєю, її складовими частинами і компонентами, а також боєприпасами до неї;

c) фальсифікація або незаконне видалення, знищення або зміна маркування на вогнепальній зброї, передбаченого в статті 8 цього Протоколу.

2. Кожна Держава-учасниця також вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними, для визнання кримінальними злочинами такої умисно скоєної дії:

а) за умови дотримання основних принципів своєї правової системи – замах на вчинення або участь як співучасник у вчиненні будь-якого злочину, визнаного таким відповідно до пункту 1 цієї статті, а також

b) організацію, керівництво, пособництво, підбурювання, сприяння або шляхом надання порад під час вчинення будь-якого злочину, визнаного таким відповідно до пункту 1 цієї статті.

(…)

Стаття 8. Маркування вогнепальної зброї

1. Для цілей ідентифікації й відстеження вогнепальної зброї Держави-учасниці:

а) у процесі виготовлення кожної одиниці вогнепальної зброї або вимагають нанесення унікального маркування, яке вказує на найменування виготовлювача, країну або місце виготовлення та серійний номер, або зберігають будь-яке інше альтернативне унікальне зручне у використанні маркування, яке складається з простих геометричних символів у сполученні із цифровим та (або) буквено-цифровим кодовим позначенням та яке дозволяє Державам-учасницям швидко визначити країну виготовлення;

b) вимагають наявність належного простого маркування на кожній одиниці імпортованої вогнепальної зброї, яке дозволяє визначити країну імпорту та, якщо це можливо, рік імпорту та яке дає компетентним органам цієї країни можливість відстежувати цю вогнепальну зброю, а також наявність унікального маркування, якщо ця вогнепальна зброя не має такого маркування. Вимоги, установлені в цьому підпункті, не застосовуються до тимчасового імпорту вогнепальної зброї для законних цілей, які піддаються перевірці;

c) забезпечують під час передачі вогнепальної зброї з державних запасів для постійного використання для цивільних цілей наявність належного унікального маркування, яке дозволяє всім Державам-учасницям визначити країну, яка передає.

2. Держави-учасниці заохочують підприємства – виробників вогнепальної зброї розробляти заходи, які перешкоджають знищенню або зміні маркування». [Протокол проти незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї, який доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності (ООН, від 31.05.2001). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_792]

261.1.4. Всесвітня поштова конвенція

(Всесвітній поштовий союз, від 11.10.2012)

(затверджено Указом № 316/2017 від 10.10.2017)

*«**Стаття 11***

Правопорушення

1. Поштові відправлення:

1.1 країни-члени беруть на себе зобов'язання вживати всіх необхідних заходів для запобігання, а також для переслідування і покарання будь-якої особи, яку визнано винною у вчиненні таких дій:

1.1.1 укладення в поштові відправлення наркотиків, психотропних або вибухонебезпечних, горючих чи інших небезпечних речовин, якщо їхнє вкладення чітко не дозволене Конвенцією;

(…)

Стаття 18

Відправлення, що не допускаються. Заборони

(…)

3. Вибухові, займисті чи радіоактивні матеріали та небезпечні речі:

3.1. вкладення вибухових, займистих або інших небезпечних речей, а також радіоактивних матеріалів забороняється в усіх категоріях відправлень;

3.2 вкладення неспоряджених вибухових пристроїв та боєприпасів, у тому числі неспоряджених гранат, снарядів та інших аналогічних предметів, а також муляжів таких пристроїв і предметів заборонено в усіх категоріях відправлень». [Всесвітня поштова конвенція (Всесвітній поштовий союз, від 11.10.2012). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/055_001-12]

261.1.5. Базельська конвенція про контроль за транскордонним перевезенням небезпечних відходів та їх видаленням

(ООН, від 22.03.1989)

(приєднання Законом від 01.07.99)

*«**Статья 1. Сфера действия Конвенции***

1. Для целей настоящей Конвенции «опасными отходами» считаются следующие отходы, являющиеся объектами трансграничной перевозки:

a) отходы, входящие в любую категорию, указанную в приложении I, если только они не обладают какими-либо свойствами перечисленными в приложении III,

b) отходы, которые не охватываются пунктом a), но которые определены или считаются опасными в соответствие с внутренним законодательством государства экспорта, импорта или транзита, являющегося Стороной.

(…)

Статья 2. Определения

Для целей настоящей Конвенции:

1. «Отходы» представляют собой вещества или предметы, которые удаляются, предназначены для удаления или подлежат удалению в соответствии с положением национального законодательства.

(…)

3. «Трансграничная перевозка» означает любое перемещение опасных или других отходов из района, находящегося под национальной юрисдикцией одного государства, в район или через район находящийся под национальной юрисдикцией другого государства, либо в район или через район не находящийся под национальной юрисдикцией какого-либо государства, при условии, что такая перевозка затрагивает по крайней мере два государства.

(…)

Статья 4. Общие обязательства

(…)

3. Стороны считают незаконный оборот опасных или других отходов преступным деянием.

(…)

Статья 9. Незаконный оборот

1. Для целей настоящей Конвенции любая трансграничная перевозка опасных или других отходов:

a) без уведомления всех заинтересованных государств в соответствии с положением настоящей Конвенции, или

b) без согласия заинтересованного государства в соответствии с положением настоящей Конвенции;

c) с согласия, полученного от заинтересованных государств путем фальсификации, введения в заблуждение или обмана, или

d) которая существенным образом не соответствует документам, или

e) которая ведет к преднамеренному удалению (например сбросу) опасных или других отходов в нарушение настоящей Конвенции и общих принципов международного права, считается незаконным оборотом». [Базельська конвенція про контроль за транскордонним перевезенням небезпечних відходів та їх видаленням (ООН, від 22.03.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_022]

261.1.6. Об'єднана конвенція про безпеку поводження з відпрацьованим паливом та про безпеку поводження з радіоактивними відходами.

(ООН, від 05.09.1997)

(ратифіковано Законом від 20.04.2000)

*«**Преамбула***

Сторони, що домовляються,

i) визнаючи, що експлуатація ядерних реакторів пов'язана з утворенням відпрацьованого палива та радіоактивних відходів та що інші застосування ядерних технологій також пов'язані з утворенням радіоактивних відходів;

ii) визнаючи, що ті ж самі цілі безпеки застосовуються до поводження як з відпрацьованим паливом, так і радіоактивними відходами;

(…)

viii) визнаючи, що поводження з відпрацьованим паливом та радіоактивними відходами, на які дія цієї Конвенції не поширюється, оскільки вони перебувають в рамках військових чи оборонних програм, має здійснюватися у відповідності до цілей, проголошених у цій Конвенції;

(…)

Стаття 2. Визначення

Для цілей цієї Конвенції:

(…)

h) «радіоактивні відходи» означають радіоактивний матеріал у газоподібному, рідкому чи твердому стані, подальше використання якого не передбачається Стороною, що домовляється, чи фізичною або юридичною особою, чиє рішення визнає Сторона, що домовляється, і який контролюється в якості радіоактивних відходів в рамках положень законодавчого та регулюючого поля Сторони, що домовляється;

(…)

r) «держава походження» означає державу, звідки планується чи здійснюється транскордонне переміщення;

s) «держава транзиту» означає будь-яку державу, іншу, ніж держава походження чи держава призначення, територією якої планується чи здійснюється транскордонне переміщення;

(…)

u) «транскордонне переміщення» означає будь-яке перевезення відпрацьованого палива чи радіоактивних відходів з держави походження до держави призначення». [Об'єднана конвенція про безпеку поводження з відпрацьованим паливом та про безпеку поводження з радіоактивними відходами. (ООН, від 05.09.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_335]

261.1.7. Конвенція про ядерну безпеку

(ООН, від 17.06.1994)

(ратифіковано Законом від 17.12.97)

*«**Стаття 2. Визначення***

Для цілей цієї Конвенції:

i) «ядерна установка» означає для кожної Договірної Сторони будь-яку наземну цивільну атомну станцію, що знаходиться під її юрисдикцією, включаючи такі сховища та установки для обробки і переробки радіоактивних матеріалів, які знаходяться на тому ж майданчику і безпо-

середньо пов'язані з експлуатацією даної атомної станції. Така станція перестає бути ядерною установкою, коли всі ядерні тепловипромінюючі елементи остаточно видаляються з активної зони реактора і безпечно складуються відповідно до затверджених регламентів, а з регулюючим органом узгоджена програма зняття з експлуатації». [Конвенція про ядерну безпеку (ООН, від 17.06.1994). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_023]

261.1.8. Конвенція 1993 року про запобігання великим промисловим аваріям
(Міжнародна організація праці, від 22.06.1993)
(ратифіковано Законом від 15.02.2011)
«***Стаття 1***

1. Метою цієї Конвенції є запобігання великим аваріям, які пов'язані з небезпечними речовинами, а також обмеження наслідків таких аварій.

2. Ця Конвенція застосовується до об'єктів підвищеної небезпеки.

(…)

Стаття 3

Для цілей цієї Конвенції:

a) термін «небезпечна речовина» означає речовину або суміш речовин, яка через хімічні, фізичні або токсикологічні властивості окремо чи в поєднанні з іншими речовинами становить небезпеку;

b) термін «гранично допустима кількість» означає для визначеної небезпечної речовини або категорії речовин таку кількість, яку визначено в національних нормативно-правових актах з посиланням на спеціальні умови та яка в разі її підвищення визначає об'єкт як об'єкт з підвищеною небезпекою;

c) термін «об'єкт підвищеної небезпеки» означає об'єкт, на якому постійно або тимчасово виробляється, обробляється, використовується, утилізується одна чи більше небезпечних речовин або категорій речовин у кількостях, які перевищують гранично допустиму кількість;

d) термін «велика аварія» означає раптову подію, як-от: великий викид, пожежу чи вибух, яка має місце під час роботи об'єкта підвищеної небезпеки, яка пов'язана з однією чи більше небезпечними речовинами та яка призводить до виникнення негайної або відкладеної серйозної небезпеки для працівників, населення чи навколишнього середовища;

(…)

f) термін «аварійна ситуація» означає будь-яку раптову подію, яка пов'язана з однією чи більше небезпечними речовинами та яка могла б призвести до великої аварії, якби не пом'якшувальні фактори, дії або системи». [Конвенція 1993 року про запобігання великим промисловим аваріям (Міжнародна організація праці, від 22.06.1993). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_107]

261.1.9. Європейська конвенція про контроль за придбанням та зберіганням вогнепальної зброї приватними особами (ETS N 101)
(Рада Європи, від 28.06.1978)
(не підписано і не ратифіковано)(див. нижче: 261.4.7)
«***Статья 10***

1. Каждая Договаривающаяся Сторона принимает надлежащие меры для того, чтобы никакое огнестрельное оружие, находящееся на ее территории, не было продано, перемещено или иным образом передано какому-либо лицу, не являющемуся ее постоянным жителем, которое предварительно не получило разрешения от компетентных органов данной Договаривающейся Стороны.

2. Такое разрешение не предоставляется до тех пор, пока компетентные органы предварительно не убедятся в том, что разрешение в отношении рассматриваемой сделки было предоставлено данному лицу компетентными органами Договаривающейся Стороны, постоянным жителем которой он является.

3. Если такое лицо вступает во владение огнестрельным оружием на территории Договаривающейся Стороны, в которой имеет место сделка, то разрешение, указанное в пункте 1, предоставляется только на тех условиях, на которых разрешение было бы предоставлено в отношении

сделки между постоянными жителями заинтересованной Договаривающейся Стороны. Если огнестрельное оружие экспортируется немедленно, органы, указанные в пункте 1, обязаны лишь удостовериться в том, что органы Договаривающейся Стороны, где проживает данное лицо, санкционировали данную конкретную сделку или подобные сделки в целом.

4. Разрешения, о которых говорится в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, могут быть заменены международной лицензией». [Європейська конвенція про контроль за придбанням та зберіганням вогнепальної зброї приватними особами (ETS N 101). (Рада Європи, від 28.06.1978) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_320]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 261–270 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

261.4.1. До предмету злочину (ст. 261, ст. 262, ст. 265, ст. 265[1], ст. 266, 267 КК України) належить радіоактивний матеріал – радіоактивні речовини, які містять нукліди, що самостійно розпадаються (процес, який супроводжується виділенням іонізуючого випромінювання одного або кількох видів, наприклад альфа-випромінювання, бета-випромінювання, нейтронне випромінювання та гама-випромінювання), та які можуть унаслідок своїх радіологічних властивостей або властивостей свого поділу спричинити смерть, серйозне каліцтво або суттєву шкоду власності чи навколишньому середовищу.

(Див.: 261.1.2)

261.4.2. Погроза використати радіоактивні матеріали з метою спричинення загибелі людей або інших тяжких наслідків, якщо були підстави побоюватися здійснення цієї погрози, охоплюється як ч. 2 ст. 268, так і ч. 1 або ч. 2 (за наявності ознак повторної або попередньої змови групи осіб) ст. 258 КК України. За нормами міжнародного права такі діяння є актами ядерного тероризму, що обумовлює висновок про їх кваліфікацію за відповідними частинами ст. 258 КК України.

(Див.: 261.1.2 – ст. 2; 261.1.3)

261.4.3. Під виготовленням вогнепальної зброї, бойових припасів чи вибухових пристроїв (ст. 263[1] КК України) слід розуміти як складання готових складових частин, деталей чи вузлів, так і виготовлення вказаних складових частин, деталей чи вузлів з наступним складанням вогнепальної зброї, бойових припасів чи вибухових пристроїв. Незаконне виготовлення складових частин, деталей чи вузлів з метою подальшого складання з них вогнепальної зброї, бойових припасів чи вибухових пристроїв слід кваліфікувати як замах на вчинення цього злочину.

(Див.: 261.1.3)

261.4.4. Міжнародні зобов'язання держави (див.: 261.1.3 – пункт 1 (b) ст. 5 разом з пунктом (e) ст. 3) вимагають криміналізувати незаконного переміщення вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів. Чинний КК України передбачає відповідальність лише за незаконне носіння вогнепальної зброї і боєприпасів (ч. 1 ст. 263). Натомість незаконні перевезення та незаконне пересилання вогнепальної зброї і боєприпасів залишаються некриміналізованими. Зауважимо, що незаконні перевезення та незаконне пересилання вибухових речовин та радіоактивних матеріалів криміналізовані (ст. 267 КК України). Оскільки кожен споряджений боєприпас містить вибухову речовину, незаконні перевезення та пересилання боєприпасів слід кваліфікувати за ст. 267 КК України. Наразі незаконні перевезення та пересилання вогнепальної зброї окремо від її боєприпасів не утворюють складу злочину чи адміністративного правопорушення, що слід визнати прогалиною закону.

261.4.5. Під маркуванням (фальсифікація, незаконне видалення чи зміна якої входить до ознак складу злочину, передбаченого ст. 263[1] КК України) вогнепальної зброї розуміється нанесення

виробником на зброю серійного номера, а також надписів чи позначень, які дозволяють ідентифікувати виробника, країну та (або) місце виготовлення кожної одиниці вогнепальної зброї.

(Див.: 261.1.3 – ст. 8)

261.4.6. За ст. 268 КК України слід кваліфікувати ввезення на територію України чи транзит через її територію відходів з оформленням передбачених законодавством дозволів на їх транскордонне перевезення, але з умисним видаленням (наприклад, скиданням) на території України небезпечних або інших відходів.

(Див.: 261.1.5 – пункт (е) ст. 9)

261.4.7. Носіння та зберігання вогнепальної зброї на території України приватною особою, яка має дозвіл іншої держави на такі дії, є незаконним в розумінні ст. 263 КК. Підстава: Україною не підписано і не ратифіковано Європейську конвенцію про контроль за придбанням та зберіганням вогнепальної зброї приватними особами (ETS N 101) від 28.06.1978, яка передбачає, зокрема, порядок переміщення зброї приватними особами між територіями договірних сторін, а також вимагає дотримання принципу подвійного дозволу на поводження з вогнепальною зброєю.

(Див.: 261.1.9)

261.4.8. До предмету злочину, передбаченого ст. 265[1] КК України, належить будь-який пристрій, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію, а також будь-який ядерний вибуховий пристрій – за винятком ядерної зброї.

Стаття 265[1] включена до КК України у зв'язку з ратифікацією Міжнародної конвенції про боротьбу з актами ядерного тероризму (Закон від 24.05.207 «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо боротьби з ядерним тероризмом у зв'язку з ратифікацією Міжнародної конвенції про боротьбу з актами ядерного тероризму»). Частина 4 ст. 4 зазначеної конвенції наголошує: «Ця Конвенція не стосується питання законності застосування або погрози застосування державами ядерної зброї та жодним чином не може бути витлумачена як така, що стосується цього питання» *(див.: 261.1.2)*.

У свою чергу, ст. 440 КК України передбачає відповідальність за розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення, забороненої міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. До зброї масового знищення належить, зокрема, ядерна зброя.

Слід зазначити, що як Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму, так й інші міжнародні договори, не містять визначень «ядерний вибуховий пристрій» і «ядерна зброя», однак беззаперечно їх розрізняють. Так, у преамбулі Договору про нерозповсюдження ядерної зброї від 1 липня 1968 року зазначено, «що блага мирного застосування ядерної технології, включаючи будь-які технологічні побічні продукти, які можуть бути отримані державами, що володіють ядерною зброєю, від розвитку ядерних вибухових пристроїв, мають бути доступними для мирних цілей усім державам-учасницям Договору, як тим, що володіють, так і таким, що не володіють ядерною зброєю» *(див.: 439.1.2 – ст. II)*. Тобто, на відміну від ядерної зброї ядерні вибухові пристрої розглядаються як такі, що є корисними і призначені для мирного застосування.

Таким чином, до предмету злочину, передбаченого ст. 265[1] КК України, належать будь-який пристрій, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію, а також будь-який, за виключенням ядерної зброї, ядерний вибуховий пристрій. Незаконне виготовлення ядерного вибухового пристрою, що являє собою ядерну зброю, слід кваліфікувати за ст. 440 КК України.

261.4.9. Статті 262, 263, 263[1], 265, 267 Особливої частини КК характеризуються тим, що їх диспозиції містять перелік нетотожних дій, вчинення з числа яких однієї, або двох чи більше дій в різних варіантах утворює об'єктивну сторону складу такого злочину. На відміну від простих злочинів, які завжди утворюють повторність у випадках неодночасного вчинення двох або більше діянь, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини КК, злочини з «варіативними діями» можуть кваліфікуватися як один злочин чи як повторність зло-

чинів – залежно від варіанту (комбінації) відповідних дій та наявності чи відсутності єдиного умислу при їх вчинені.

(Див.: 32.4.3)

261.4.10. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («незаконне виготовлення», «порушення встановлених законодавством вимог» тощо), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

261.4.11. Злочини проти громадської безпеки слід відмежовувати від адміністративних правопорушень, відповідальність за які передбачена статтями 77, 95, 133, 175, 190, 191 КпАП. Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» у розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за вказаними статтями КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за відповідними статтями розділу IX Особливої частини КК України, існує імовірність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 270[1]. Умисне знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства

1. Умисне знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства, якщо це призвело або могло призвести до неможливості експлуатації, порушення нормального функціонування таких об'єктів, що спричинило небезпеку для життя чи здоров'я людей або майнову шкоду у великому розмірі, –

карається штрафом від ста до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або загальнонебезпечним способом, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили майнову шкоду в особливо великому розмірі або загибель людини чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

Примітка. 1. Під об'єктами житлово-комунального господарства в цій статті слід розуміти житловий фонд, об'єкти благоустрою, теплопостачання, водопостачання та водовідведення, а також їх мережі чи складові (кришки люків, решітки на них тощо).

2. Майнова шкода вважається заподіяною у великих розмірах, якщо прямі збитки становлять суму, що в триста і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а в особливо великих розмірах – якщо прямі збитки становлять суму, що в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Розділ IX доповнено статтею 270[1] згідно із Законом № 2924-VI від 13.01.2011)

Розділ X. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ БЕЗПЕКИ ВИРОБНИЦТВА

Стаття 271. Порушення вимог законодавства про охорону праці

1. Порушення вимог законодавчих та інших нормативно-правових актів про охорону праці службовою особою підприємства, установи, організації або громадянином – суб'єктом підприємницької діяльності, якщо це порушення заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого, –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на той самий строк.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

карається виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до семи років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до двох років або без такого.

(Стаття 271 із змінами, внесеними згідно із Законом № 4837-VI від 24.05.2012)

Стаття 272. Порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою

1. Порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою на виробництві або будь-якому підприємстві особою, яка зобов'язана їх дотримувати, якщо це порушення створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого, –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк до восьми років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 272 із змінами, внесеними згідно із Законом № 4837-VI від 24.05.2012)

Стаття 273. Порушення правил безпеки на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах

1. Порушення правил безпеки на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах особою, яка зобов'язана їх дотримувати, якщо воно створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого, –

карається виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від двох до десяти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Стаття 274. Порушення правил ядерної або радіаційної безпеки

1. Порушення на виробництві правил ядерної або радіаційної безпеки особою, яка зобов'язана їх дотримувати, якщо воно створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого, –

карається обмеженням волі на строк до чотирьох років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Стаття 275. Порушення правил, що стосуються безпечного використання промислової продукції або безпечної експлуатації будівель і споруд

1. Порушення під час розроблення, конструювання, виготовлення чи зберігання промислової продукції правил, що стосуються безпечного її використання, а також порушення під час проектування чи будівництва правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд, особою, яка зобов'язана дотримувати таких правил, якщо це створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого, –

караються штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до двох років або без такого.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

карається виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 275 із змінами, внесеними згідно із Законом № 4837-VI від 24.05.2012)

§1. Норми міжнародного права
щодо безпеки виробництва

271.1.1. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права
(ООН, від 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР № 2148-VIII від 19.10.73)
«***Стаття 7***
Держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожного на справедливі і сприятливі умови праці, включаючи, зокрема:
(…)
b) умови роботи, що відповідають вимогам безпеки та гігієни». [Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_042]

271.1.2. Конвенція 1993 року про запобігання великим промисловим аваріям
(Міжнародна організація праці, від 22.06.1993)
(ратифіковано Законом від 15.02.2011)
«***Стаття 1***
1. Метою цієї Конвенції є запобігання великим аваріям, які пов'язані з небезпечними речовинами, а також обмеження наслідків таких аварій.
2. Ця Конвенція застосовується до об'єктів підвищеної небезпеки.
(…)
Стаття 3
Для цілей цієї Конвенції:
a) термін «небезпечна речовина» означає речовину або суміш речовин, яка через хімічні, фізичні або токсикологічні властивості окремо чи в поєднанні з іншими речовинами становить небезпеку;
b) термін «гранично допустима кількість» означає для визначеної небезпечної речовини або категорії речовин таку кількість, яку визначено в національних нормативно-правових актах з посиланням на спеціальні умови та яка в разі її підвищення визначає об'єкт як об'єкт з підвищеною небезпекою;

c) термін «об'єкт підвищеної небезпеки» означає об'єкт, на якому постійно або тимчасово виробляється, обробляється, використовується, утилізується одна чи більше небезпечних речовин або категорій речовин у кількостях, які перевищують гранично допустиму кількість;

d) термін «велика аварія» означає раптову подію, як-от: великий викид, пожежу чи вибух, яка має місце під час роботи об'єкта підвищеної небезпеки, яка пов'язана з однією чи більше небезпечними речовинами та яка призводить до виникнення негайної або відкладеної серйозної небезпеки для працівників, населення чи навколишнього середовища;

(…)

f) термін «аварійна ситуація» означає будь-яку раптову подію, яка пов'язана з однією чи більше небезпечними речовинами та яка могла б призвести до великої аварії, якби не пом'якшувальні фактори, дії або системи.

(…)

Стаття 9

Стосовно кожного об'єкта підвищеної небезпеки роботодавці налагоджують і підтримують документовану систему контролю за факторами підвищеної небезпеки, яка передбачає:

a) ідентифікацію та аналіз небезпек й оцінку ризиків, у тому числі врахування можливих взаємодій між речовинами;

b) технічні заходи, у тому числі проектування, системи безпеки, спорудження, вибір хімічних речовин, експлуатацію, технічне обслуговування та систематичну перевірку об'єкта;

c) організаційні заходи, у тому числі навчання й інструктаж персоналу, забезпечення обладнанням для гарантування його безпеки, укомплектованість штату, робочий час, визначення зобов'язань, контроль над незалежними підрядниками й тимчасовими працівниками в місці розташування об'єкта;

d) плани дій та процедури під час надзвичайної ситуації, у тому числі:

i) підготовку ефективних планів дій та процедур під час надзвичайної ситуації в місці розташування об'єкта, у тому числі процедур надання термінової медичної допомоги в разі виникнення великих аварій чи загрози їхнього виникнення, з періодичною перевіркою та оцінкою їхньої ефективності й, якщо це є необхідним, переглядом;

ii) надання інформації про потенційні аварії та плани дій під час надзвичайної ситуації в місці розташування об'єкта органам та установам, відповідальним за підготовку планів дій та процедур під час надзвичайної ситуації для захисту населення та навколишнього середовища за межами місця розташування об'єкта;

iii) проведення будь-яких необхідних консультацій з такими органами та установами;

e) ужиття заходів, які обмежують наслідки великої аварії;

f) проведення консультацій з працівниками та їхніми представниками;

g) удосконалення системи, у тому числі заходів зі збору інформації й аналізу аварій та аварійних ситуацій. Отримані внаслідок цього висновки обговорюються з працівниками та їхніми представниками й реєструються відповідно до національного законодавства й практики.

(…)

Стаття 21

Працівники, зайняті на місці розташування об'єкта підвищеної небезпеки, повинні:

a) дотримуватись усіх правил та процедур, які стосуються запобігання великим аваріям і контролю за процесами, які можуть призвести до великої аварії в межах об'єкта підвищеної небезпеки;

b) дотримуватись усіх процедур під час надзвичайної ситуації, якщо велика аварія трапляється». [Конвенція 1993 року про запобігання великим промисловим аваріям (Міжнародна організація праці, від 22.06.1993). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_107]

271.1.3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«Стаття 2. Право на життя

1. Право кожного на життя охороняється законом. Нікого не може бути умисно позбавлено життя інакше ніж на виконання смертного вироку суду, винесеного після визнання його винним

у вчиненні злочину, за який закон передбачає таке покарання». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо порушення правил безпеки на виробництві

271.2.1. Справа «Космата та інші проти України»

«49. Суд повторює, що перше речення статті 2 Конвенції вимагає від держав, зокрема, запровадити законодавчі та адміністративні механізми з метою забезпечення ефективного стримування загроз праву на життя у контексті як державної, так і приватної діяльності, під час здійснення якої право на життя може опинитися під загрозою. Обов'язок запровадити ефективний законодавчий механізм захисту життя також застосовується у контексті техніки безпеки та охорони праці на виробництві. У випадку смертельно небезпечного тілесного ушкодження або смерті вищезазначений обов'язок вимагає існування ефективної, незалежної судової системи, яка забезпечить застосування законодавчих положень шляхом надання відповідного відшкодування.

50. Ефективна судова система відповідно до статті 2 Конвенції може, а за певних обставин повинна, включати застосування кримінального законодавства. Проте у випадку, коли нещасний випадок стався внаслідок тільки недбалості за відсутності обтяжуючих обставин, Суд буде задоволений, якщо правова система забезпечить відшкодування потерпілим у порядку цивільного судочинства, що дасть змогу встановити відповідальність сторін провадження та отримати будь-яке цивільно-правове відшкодування, таке як зобов'язання відшкодувати збитки.

51. Проте Суд встановлював, що у справах за статтею 2 Конвенції стосовно нещасних випадків, які стались внаслідок виконання робіт з підвищеною небезпекою, лише цивільно-правовий засіб юридичного захисту може виявитися недостатнім, а компетентні органи влади повинні за власною ініціативою розпочати розслідування, здатне, по-перше, встановити обставини, за яких відбувся нещасний випадок, та будь-які недоліки нормативно-правової бази, а, по-друге, встановити посадових осіб або органи влади, що є будь-яким чином причетними до зазначених подій на будь-якому етапі їхнього розвитку.

52. Загалом держави повинні мати свободу розсуду щодо вирішення питань розробки і імплементації законодавства про захист права на життя. Проте найважливішим є те, що яким би не був спосіб розслідування, доступні засоби юридичного захисту в їх сукупності повинні становити юридичні засоби, здатні призвести до встановлення фактів, притягнення до відповідальності винних осіб та забезпечення відповідного відшкодування. Будь-який недолік розслідування, який перешкоджатиме його здатності встановити причину смерті або осіб, що несуть за неї відповідальність, може призвести до констатації недотримання вимог Конвенції. З цього випливає вимога щодо своєчасності розслідування та відсутності його непотрібних затримок.

(…)

65. Суд нагадує, що ефективність розслідування включає вимоги щодо оперативності та розумної швидкості. Навіть якщо існують перешкоди або труднощі, які перешкоджають прогресу розслідування у конкретній ситуації, оперативне реагування національних органів влади є надзвичайно важливим для підтримання громадської віри в їхню відданість принципам верховенства права та їхню здатність запобігати проявам сприяння незаконним діям або терпимості до них. Крім того, з перебігом часу перспектива проведення будь-якого ефективного розслідування зменшується». [Космата та інші проти України (10558/11 і 28218/11). https://minjust.gov.ua/files/43545]

271.2.2. Справа «Kolyadenko and Others v. Russia»

«151. Суд (…) підкреслює, що стаття 2 Конвенції не стосується виключно смерті, спричиненої застосуванням сили агентами держави, а навпаки – у першому реченні першого абзацу передбачає позитивний обов'язок держав вжити належних заходів для захисту життя осіб, які перебувають під їх юрисдикцією. Більше того, ця стаття, що розглядається в цілому, охоплює не лише ситуації, коли певна дія чи бездіяльність держави призвели до смерті, а й до ситуацій, коли, хоча заявник вижив, явно існував ризик для його або її життя. (…)

(…)

157. Суд повторює, що позитивне зобов'язання вживати всіх відповідних заходів для збереження життя для цілей статті 2 передбачає головне зобов'язання держави вводити законодавчу та адміністративну основу, призначену для забезпечення ефективного захисту від загроз права на життя.

158. Суд вважає, що це зобов'язання повинно тлумачитися як таке, що застосовується в контексті будь-якої публічної чи недержавної діяльності, в якій право на життя може бути під загрозою, і тим більше у випадку промислової діяльності, яка за своїм характером є небезпечною. У конкретному контексті небезпечної діяльності особливу увагу слід приділяти нормам, орієнтованим на особливості цієї діяльності, зокрема щодо рівня потенційного ризику для життя людей. Вони повинні регулювати ліцензування, створення, провадження, безпеку та нагляд за вказаною діяльністю, а також зобов'язати всіх зацікавлених сторін прийняти практичні заходи для забезпечення ефективного захисту громадян, життю яких може загрожувати підвищена небезпека.

159. Серед цих запобіжних заходів особливий акцент слід робити на право громадськості на інформацію, як це передбачено практикою інституцій Конвенції. Відповідні положення також повинні передбачати належні процедури з урахуванням технічних аспектів діяльності, що стосується, для виявлення недоліків у відповідних процесах та будь-яких помилок, вчинених відповідальними особами на різних рівнях.

160. Що стосується вибору конкретних практичних заходів, Суд послідовно затверджував, що, якщо держава зобов'язана вживати позитивних заходів, вибір засобів загалом є питанням, що входить до сфери компетенції Договірної держави. Існують різні способи забезпечення прав Конвенції, і навіть якщо держава не змогла застосувати жодного конкретного заходу, передбаченого національним законодавством, вона може виконувати свої позитивні обов'язки іншими засобами. Стосовно цього влада не повинна вводити неможливе або непропорційне навантаження, не беручи до уваги, зокрема, оперативного вибору, який вони повинні зробити з точки зору пріоритетів та ресурсів; це випливає з широкого розсуду держав, яким вони користуються в складних соціальних та технічних сферах». [Kolyadenko and Others v. Russia (17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–109283] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо порушення правил безпеки на виробництві

271.3.1. Справа «Vilnes and Others v. Norway»

Фактичні обставини:

Заявники були колишніми дайверами в Північному морі. Вони були набрані компаніями з дайвінгу, які використовували бурові нафтові компанії на норвезькому континентальному шельфі під час так званого «піонерського періоду» з 1965 по 1990 рік. Внаслідок своєї професійної діяльності вони завдали шкоди своєму здоров'ю, що потягло інвалідність. Заявники подали позов проти держави щодо компенсації за порушення Норвегією зобов'язань за міжнародними договорами про права людини, зокрема порушення статті 2 і статті 8 Конвенції.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«179. Заявники скаржились загалом з посиланням на статтю 2, що держава-відповідач не вжила необхідних заходів, щоб запобігти небезпеці життя дайверів, що можна було уникнути; зокрема, вони не змогли забезпечити правову основу правил безпеки для захисту водолазів, автоматично і широко надавали дозволи на відхилення від правил безпеки, не здійснили належний нагляд, щоб виявити та вжити коригуючих заходів щодо обставин, які загрожують життю, і це дало можливість дайвінг-компаніям використовувати надто швидкі таблиці декомпресії, незважаючи на часте виникнення декомпресійної хвороби серед дайверів.

(…)

189. Уряд не надав жодних розумних пояснень, щоб обґрунтувати, чому протягом 25 років він не зобов'язував дайвінгові компанії розкривати таблиці декомпресії або дотримуватися найбільш консервативних таблиць та власний стандарт належної опіки.

(…)

242. (…) органи влади вжили будь-яких заходів для того, щоб довести до відома заявників чи інших таких водолазів, як вони, інформацію, яка дала б їм змогу оцінити (…) занепокоєння щодо розбіжностей між таблицями та проблемами, що виникають у зв'язку з охороною та безпекою водолазів.

(…)

244. (…) Не виконуючи це, держава-відповідач не виконала свого зобов'язання забезпечити право заявників на повагу до їх приватного життя, порушуючи статтю 8 Конвенції. Відповідно було порушення цього положення, що становить необхідну інформацію для оцінки ризику для свого здоров'я та для отримання обґрунтованої згоди щодо ризиків. (…)

245. Таким чином, Суд доходить висновку, що було порушення статті 8 Конвенції у зв'язку з тим, що держава-відповідач не забезпечила отримання заявниками важливої інформації щодо таблиць декомпресії, що дозволило їм оцінити ризики для їхнього здоров'я та безпеки. Суд вважає, що жодного окремого питання не виникає за статтею 2, і не вважає за необхідне розглядати питання про те, чи було стосовно цього також порушення». [Vilnes and Others v. Norway (52806/09 and 22703/10). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–138597]

271.3.2. Справа «Космата та інші проти України»

Фактичні обставини:

4 березня 2006 року, коли К. здійснював очистку екструдера млина, невідома особа увімкнула електроенергію, що привело у дію обладнання, внаслідок чого К. зазнав тяжких тілесних ушкоджень. 9 березня 2006 року К. помер у лікарні від отриманих ушкоджень.

1 березня 2011 року обласна прокуратура порушила кримінальну справу щодо посадових осіб підприємства «О.» за підозрою у порушенні вимог законодавства з охорони праці, що спричинило смерть. У постанові, зокрема, зазначалося, що попередні дослідчі перевірки були поверховими. Також зазначалося, що справа порушує низку питань, включно з питаннями, на які вказала Б., які вимагають експертного дослідження, зокрема, питання щодо того, хто відповідав за безпеку праці на млині. 27 грудня 2011 року за результатами проведення призначеної слідчим технічної експертизи було складено висновок щодо причин нещасного випадку. Експерт дійшов висновку, що К. увімкнув екструдер для того, щоб пришвидшити процес очищення, і внаслідок цього зазнав тілесних ушкоджень, що призвели до його смерті. Експерт також дійшов висновку, що керівництво підприємства порушило низку положень законодавства з охорони праці, зокрема, у зв'язку з тим, що К. було дозволено працювати з екструдером без належної підготовки з питань охорони праці, що йому протиправно було дозволено доступ до вмикача електричного живлення машини та дозволено працювати з несправною та частково розібраною машиною.

4 травня 2012 року Центральний районний суд м. Миколаєва провів у справі З. підготовче засідання, а 1 липня призначив експертизу для з'ясування ряду питань, зокрема, чи зазнав К. під час виконання особливо небезпечної роботи тілесних ушкоджень, які спричинили його смерть.

Станом на час розгляду заяви ЄСПЛ провадження ще тривало.

Рішення ЄСПЛ:

«60. Повертаючись до кримінального розслідування, Суд зауважує, що негайно після нещасного випадку органи влади здійснили низку дослідчих дій, провівши огляд місця події та відібравши пояснення у кількох свідків.

61. Проте в подальшому жодного продовження цих дослідчих дій не було, і 14 березня 2006 року районна прокуратура у своїй першій постанові про відмову в порушенні кримінальної справи послалась на факт, що спеціальне розслідування (Держгірпромнаглядом) ще не було закінчено. Це означало, що затримки, які характеризували початок спеціального розслідування, впливали також і на затягування кримінального розслідування.

62. Навіть після закінчення спеціального розслідування другої комісії, яке саме по собі розпочалося із затримкою, прокуратура у період з 11 січня 2010 року до 16 лютого 2011 року винесла три постанови про відмову в порушенні кримінальної справи. Ці постанови частково ґрунтувалися на акті другої комісії та не враховували окрему думку Б. Вони були скасовані вищестоящим прокурором, який вважав, що розслідування було неповним.

63. Суд неодноразово постановляв, що такі неодноразові повернення справи на додаткове розслідування викривають серйозні недоліки кримінального розслідування. Варто зазначити, що повертаючи справу на додаткове розслідування, вищестоящий прокурор, серед іншого, вказував на необхідність здійснення додаткових слідчих дій для забезпечення всебічного розслідування справи.

64. У цій конкретній справі повернення справи на додаткове розслідування є особливо примітним з огляду на те, що прокуратурі були добре відомі висновки комісії та, відповідно, критичні зауваження Б. Натомість, не звертаючи уваги на недоліки у висновках комісії, районна прокуратура знову і знову покладалась на них при винесенні постанов про відмову в порушенні кримінальної справи.

(iii) Загальний висновок Суду

(…)

66. Суд зазначає, що у цій справі затримки проведення спеціального розслідування [Держгірпромнаглядом] разом з його обмеженістю, затримали також і кримінальне розслідування. Зокрема, працівники прокуратури посилались на відсутність висновків спеціального розслідування, а згодом – на його висновки як на підстави для відмови у порушенні кримінальної справи, навіть незважаючи на те, що обмежений характер спеціального розслідування був одним з чинників, які спонукали органи влади порушити кримінальну справу.

67. Внаслідок цього, станом на 8 квітня 2014 року, тобто більш ніж через вісім років та один місяць з часу нещасного випадку, судовий розгляд справи щодо З., яка стосується обставин, пов'язаних зі смертю К., предметом якого є з'ясування обставин смерті К., все ще тривав. Відповідно, неможна дійти висновку, що загальна тривалість розслідування була виправдана обставинами справи.

68. Вищенаведених міркувань для Суду достатньо, щоб дійти висновку, що було порушення процесуального аспекту статті 2 Конвенції». [Космата та інші проти України (10558/11 і 28218/11). https://minjust.gov.ua/files/43545]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 271–275 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

271.4.1. При звернені до ЄСПЛ зі скаргами на порушення прав людини внаслідок аварії чи іншого нещасного випадку на виробництві значна імовірність задоволення Європейським судом таких скарг існує у випадках, коли на національному рівні відсутні як застосування кримінального законодавства так і/(або) відшкодування завданої шкоди потерпілим особам. У справах заподіяння шкоди життю чи здоров'ю під час робіт з підвищеною небезпекою ЄСПЛ вимагає обов'язкового проведення кримінального розслідування обставин. Будь-який недолік розслідування, який перешкоджатиме його здатності встановити причину смерті або осіб, що несуть за неї відповідальність (зокрема, затягування строків розслідування), може призвести до констатації Європейським судом недотримання вимог Конвенції.

(Див.: 271.2.1)

271.4.2. Для встановлення наявності чи відсутності порушення правил безпеки виробництва, а також осіб, на яких покладено їх дотримання, необхідно призначати технічну експертизу незалежно від того, чи було проведено розслідування нещасного випадку відомчою комісією чи комісією Держгірпромнаглядом.

(Див.: 271.3.2)

271.4.3. Навіть за відсутності порушення конкретного правила (норми, вимоги) безпеки (статті 271–275 КК України) ЄСПЛ визнає наявність порушення прав людини (ст. 8 Конвенції)

якщо потерпілі особи не були заздалегідь та в повному обсязі ознайомлені з ризиками відповідних робіт, підприємств, установок тощо.

(Див.: 271.3.1)

271.4.4. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («порушення вимог законодавства, «порушення правил» тощо), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

271.4.5. У випадках, коли права і свободи людини обмежуються органами держави чи від її імені, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону вказаних прав, своєчасне і повне розслідування випадків їх порушень приватними особами, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

(Див: 04.13)

271.4.6. Злочини проти безпеки виробництва слід відмежовувати від адміністративних правопорушень, відповідальність за які передбачена статтями 41, 93, 96 КпАП. Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» в розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки у кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за вказаними статтями КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за відповідними статтями розділу X Особливої частини КК України, існує імовірність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Розділ XI. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ БЕЗПЕКИ РУХУ ТА ЕКСПЛУАТАЦІЇ ТРАНСПОРТУ

Стаття 276. Порушення правил безпеки руху або експлуатації залізничного, водного чи повітряного транспорту

1. Порушення працівником залізничного, водного або повітряного транспорту правил безпеки руху або експлуатації транспорту, а також недоброякісний ремонт транспортних засобів, колій, засобів сигналізації та зв'язку, якщо це створило небезпеку для життя людей або настання інших тяжких наслідків, –

караються виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили потерпілому середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження або заподіяли велику матеріальну шкоду, –

караються позбавленням волі на строк від двох до семи років.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили загибель людей, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

(Стаття 276 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 276[1]. Здійснення професійної діяльності членом екіпажу або обслуговування повітряного руху диспетчером управління повітряним рухом (диспетчером служби руху) у стані алкогольного сп'яніння або під впливом наркотичних чи психотропних речовин

Здійснення професійної діяльності членом екіпажу або обслуговування повітряного руху диспетчером управління повітряним рухом (диспетчером служби руху) у стані алкогольного сп'яніння або під впливом наркотичних чи психотропних речовин –

карається виправними роботами на строк до двох років або позбавленням волі на строк до трьох років.

(Кодекс доповнено статтею 276[1] згідно з Кодексом № 3393-VI від 19.05.2011)

Стаття 277. Пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів

1. Умисне руйнування або пошкодження шляхів сполучення, споруд на них, рухомого складу або суден, засобів зв'язку чи сигналізації, а також інші дії, спрямовані на приведення зазначених предметів у непридатний для експлуатації стан, якщо це спричинило чи могло спричинити аварію поїзда, судна або порушило нормальну роботу транспорту, або створило небезпеку для життя людей чи настання інших тяжких наслідків, –

караються штрафом від п'ятдесяти до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на той самий строк, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили потерпілому середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження або завдали великої матеріальної шкоди, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили загибель людей, –

караються позбавленням волі на строк від семи до п'ятнадцяти років.

(Стаття 277 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 2742-VI від 02.12.2010)

Стаття 278. Угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна

1. Угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна –

караються позбавленням волі на строк від трьох до шести років.

2. Ті самі дії, вчинені за попередньою змовою групою осіб або поєднані з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою або поєднані з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або такі, що спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

Стаття 279. Блокування транспортних комунікацій, а також захоплення транспортного підприємства

1. Блокування транспортних комунікацій шляхом влаштування перешкод, відключення енергопостачання чи іншим способом, яке порушило нормальну роботу транспорту або створювало небезпеку для життя людей, або настання інших тяжких наслідків, –

карається штрафом від п'ятдесяти до ста п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Захоплення вокзалу, аеродрому, порту, станції або іншого транспортного підприємства, установи або організації –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

(Стаття 279 із змінами, внесеними згідно із Законами № 2742-VI від 02.12.2010, № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014, № 1183-VII від 08.04.2014)

Стаття 280. Примушування працівника транспорту до невиконання своїх службових обов'язків

1. Примушування працівника залізничного, повітряного, водного, автомобільного, міського електричного чи магістрального трубопровідного транспорту до невиконання своїх службових обов'язків шляхом погрози вбивством, заподіянням тяжких тілесних ушкоджень або знищенням майна цього працівника чи близьких йому осіб, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою або поєднані з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або такі, що спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

Стаття 281. Порушення правил повітряних польотів

1. Порушення правил безпеки польотів повітряних суден особами, які не є працівниками повітряного транспорту, якщо це створило небезпеку для життя людей або настання інших тяжких наслідків, –

карається штрафом до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили потерпілому середньої тяжкості тілесні ушкодження або завдали великої матеріальної шкоди, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили загибель людей, або інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

(Стаття 281 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 282. Порушення правил використання повітряного простору

1. Порушення правил пуску ракет, проведення всіх видів стрільби, вибухових робіт або вчинення інших дій у повітряному просторі, якщо це створило загрозу безпеці повітряних польотів, –

караються штрафом до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до п'яти років.

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили потерпілому середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження або завдали великої матеріальної шкоди, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Діяння, передбачені частиною першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили загибель людей, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

Стаття 283. Самовільне без нагальної потреби зупинення поїзда

1. Самовільне без нагальної потреби зупинення поїзда стоп-краном чи шляхом роз'єднання повітряної гальмової магістралі або іншим способом, якщо це створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, якщо вони спричинили загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

Стаття 284. Ненадання допомоги судну та особам, що зазнали лиха

Ненадання допомоги капітаном судна в разі зіткнення з іншим судном екіпажу та пасажирам останнього, а також зустрінутим у морі або на іншому водному шляху особам, які зазнали лиха, якщо він мав можливість надати таку допомогу без серйозної небезпеки для свого судна, його екіпажу і пасажирів, –

карається штрафом до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років.

Стаття 285. Неповідомлення капітаном назви свого судна при зіткненні суден

Неповідомлення капітаном судна іншому судну, що зіткнулося з ним на морі, назви і порту приписки свого судна, а також місця свого відправлення та призначення, незважаючи на наявність можливості подати ці відомості, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців.

Стаття 286. Порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами

1. Порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, що спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, –

карається штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права керувати транспортними засобами на строк до трьох років або без такого.

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили смерть потерпілого або заподіяли тяжке тілесне ушкодження, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з позбавленням права керувати транспортними засобами на строк до трьох років або без такого.

3. Діяння, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони спричинили загибель кількох осіб, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права керувати транспортними засобами на строк до трьох років.

Примітка. Під транспортними засобами в цій статті та статтях 287, 289 і 290 слід розуміти всі види автомобілів, трактори та інші самохідні машини, трамваї і тролейбуси, а також мотоцикли та інші механічні транспортні засоби.

(Стаття 286 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 586-VI від 24.09.2008)

Стаття 287. Випуск в експлуатацію технічно несправних транспортних засобів або інше порушення їх експлуатації

Випуск в експлуатацію завідомо технічно несправних транспортних засобів, допуск до керування транспортним засобом особи, яка перебуває в стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або під впливом лікарських препаратів, що знижують її увагу та швидкість реакції, або не має права на керування транспортним засобом, чи інше грубе порушення правил експлуатації транспорту, що убезпечують дорожній рух, вчинене особою, відповідальною за технічний стан або експлуатацію транспортних засобів, якщо це спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, тяжке тілесне ушкодження або його смерть, –

караються штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до п'яти років, з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з відповідальністю за технічний стан або експлуатацію транспортних засобів, на строк до трьох років або без такого.

(Стаття 287 із змінами, внесеними згідно із Законом № 586-VI від 24.09.2008)

Стаття 288. Порушення правил, норм і стандартів, що стосуються убезпечення дорожнього руху

Порушення правил, норм і стандартів, що стосуються убезпечення дорожнього руху, вчинене особою, відповідальною за будівництво, реконструкцію, ремонт чи утримання автомобільних доріг, вулиць, залізничних переїздів, інших дорожніх споруд, або особою, яка виконує такі роботи, якщо це порушення спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, тяжке тілесне ушкодження або смерть, –

карається штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до п'яти років.

(Стаття 288 із змінами, внесеними згідно із Законом № 586-VI від 24.09.2008)

Стаття 289. Незаконне заволодіння транспортним засобом

1. Незаконне заволодіння транспортним засобом –

карається штрафом від однієї тисячі до однієї тисячі двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або поєднані з насильством, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства, або вчинені з проникненням у приміщення чи інше сховище, або якщо вони завдали значної матеріальної шкоди, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з конфіскацією майна або без такої.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою або поєднані з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства, або якщо вони завдали великої матеріальної шкоди, –

караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

4. Звільняється від кримінальної відповідальності судом особа, яка вперше вчинила дії, передбачені цією статтею (за винятком випадків незаконного заволодіння транспортним засобом із застосуванням насильства до потерпілого чи погрозою застосування такого насильства), але добровільно заявила про це правоохоронним органам, повернула транспортний засіб власнику і повністю відшкодувала завдані збитки.

Примітка.

1. Під незаконним заволодінням транспортним засобом у цій статті слід розуміти вчинене умисно, з будь-якою метою протиправне вилучення будь-яким способом транспортного засобу у власника чи користувача всупереч їх волі.

2. Відповідно до частини другої цієї статті під повторністю слід розуміти вчинення таких дій особою, яка раніше вчинила незаконне заволодіння транспортним засобом або злочин, передбачений статтями 185, 186, 187, 189–191, 262, 410 цього Кодексу.

3. Відповідно до частин другої і третьої цієї статті матеріальна шкода визнається значною у разі заподіяння реальних збитків на суму від ста до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а великою – у разі заподіяння реальних збитків на суму понад двісті п'ятдесят неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(Стаття 289 в редакції Закону № 2903-IV від 22.09.2005; із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 290. Знищення, підробка або заміна номерів вузлів та агрегатів транспортного засобу

Знищення, підробка або заміна ідентифікаційного номера, номерів двигуна, шасі або кузова, або заміна без дозволу відповідних органів номерної панелі з ідентифікаційним номером транспортного засобу –

караються штрафом від ста п'ятдесяти до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років.

(Стаття 290 із змінами, внесеними згідно із Законом № 586-VI від 24.09.2008)

Стаття 291. Порушення чинних на транспорті правил

Порушення чинних на транспорті правил, що убезпечують рух, а також правил, норм і стандартів виготовлення, переобладнання, ремонту транспортних засобів, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

карається штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до п'яти років.

(Стаття 291 із змінами, внесеними згідно із Законом № 586-VI від 24.09.2008)

Стаття 292. Пошкодження об'єктів магістральних або промислових нафто-, газо-, конденсатопроводів та нафтопродуктопроводів

(Назва статті 292 в редакції Закону № 4838-VI від 24.05.2012)

1. Пошкодження чи руйнування магістральних або промислових нафто-, газо-, конденсатопроводів чи нафтопродуктопроводів, відводів від них, технологічно пов'язаних з ними

об'єктів, споруд, засобів обліку, автоматики, телемеханіки, зв'язку, сигналізації, а також незаконне втручання в роботу технологічного обладнання, якщо ці дії призвели до порушення нормальної роботи зазначених трубопроводів або створили небезпеку для життя людей, –

караються штрафом від ста до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк.

(Частина перша статті 292 в редакції Закону № 4838-VI від 24.05.2012)

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, а також загальнонебезпечним способом, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили загибель людей, інші нещасні випадки з людьми або призвели до аварії, пожежі, значного забруднення довкілля чи інших тяжких наслідків, або вчинені організованою групою, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

§1. Норми міжнародного права
щодо забезпечення безпеки руху та експлуатації транспорту

276.1.1. Конвенція про міжнародну цивільну авіацію
(ІКАО, від 07.12.1944)
(ратифіковано 10.08.1992)
«***Стаття 8. Безпілотні повітряні судна***
Жодне повітряне судно, здатне здійснювати польоти без пілота, не здійснює політ без пілота над територією Договірної держави, окрім як за спеціальним дозволом цієї держави і згідно з умовами такого дозволу. Кожна Договірна держава зобов'язується при польоті такого повітряного судна без пілота в районах, відкритих для цивільних повітряних суден, забезпечити такий контроль цього польоту, який дозволяв би усунути небезпеку для цивільних повітряних суден.
(…)
Стаття 11. Застосування правил про повітряні пересування
За умови дотримання положень цієї Конвенції закони і правила Договірної держави, що стосуються допуску на її територію або відбуття з її території повітряних суден, зайнятих у міжнародній аеронавігації, або експлуатації і навігації таких повітряних суден під час їх перебування в межах її території, застосовуються до повітряних суден усіх Договірних держав без розрізнення їх національності і дотримуються такими повітряними суднами при прибутті, відбутті або під час перебування в межах території цієї Держави.
Стаття 12. Правила польотів
Кожна Договірна держава зобов'язується вживати заходів для забезпечення того, щоб кожне повітряне судно, яке здійснює політ або маневрує в межах її території, а також кожне повітряне судно, яке має її національний знак, де б таке судно не знаходилося, дотримувалося чинних у даному місці правил і регламенту, що стосуються польотів і маневрування повітряних суден. Кожна Договірна держава зобов'язується підтримувати максимально можливу однаковість своїх власних правил у цій галузі і правил, які встановлюються час від часу на підставі цієї Конвенції. Над відкритим морем чинними є правила, встановлені згідно з цією Конвенцією. Кожна Договірна держава зобов'язується забезпечити притягнення до відповідальності всіх осіб, які порушують чинні регламенти». [Конвенція про міжнародну цивільну авіацію (ІКАО, від 07.12.1944). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_038]

276.1.2. Конвенція про відкрите море
(ООН, від 29.04.1958)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«***Статья 11***
1. В случае столкновения или какого-либо другого происшествия с судном при плавании в открытом море, вызывающего уголовную или дисциплинарную ответственность капитана или

какого-либо другого лица на службе судна, какое-либо уголовное или дисциплинарное преследование против этого лица может быть возбуждено только перед судебными или административными властями государства флага или того государства, гражданином которого это лицо является.

2. В области дисциплинарной ответственности государство, которое выдало диплом судоводителя или свидетельство о квалификации, является единственно компетентным для того, чтобы, после должной процедуры, отобрать эти документы даже в том случае, если их владелец не является гражданином государства, их выдавшего.

3. Ни арест, ни задержание этого судна не могут быть произведены даже в качестве меры расследования по распоряжению каких-либо властей, кроме властей государства флага.

Статья 12

1. Каждое государство вменяет в обязанность капитану любого судна, плавающего под его флагом, поскольку капитан может это сделать, не подвергая серьезной опасности судно, экипаж или пассажиров:

а) оказать помощь любому обнаруженному в море лицу, которому угрожает гибель,

б) следовать со всей возможной скоростью на помощь погибающим, если ему сообщено, что они нуждаются в помощи, поскольку на такое действие с его стороны можно разумно рассчитывать,

с) после столкновения оказать помощь другому судну, его экипажу и его пассажирам и, поскольку это возможно, сообщить этому другому судну наименование своего судна, порт его регистрации и ближайший порт, в который оно зайдет.

(…)

Статья 27

Каждое государство обязано принимать необходимые законодательные меры, предусматривающие, что разрыв или повреждение подводного кабеля в открытом море каким-либо судном, плавающим под его флагом, или каким-либо лицом, подчиненным его юрисдикции, совершаемые намеренно или в силу преступной небрежности таким образом, что могут прервать или затруднить телеграфную или телефонную связь, и, равным образом, разрыв или повреждение подводного трубопровода или высоковольтного кабеля при подобных обстоятельствах являются наказуемым деянием. Это постановление не относится к разрывам или повреждениям, причиняемым лицами, действующими исключительно с правомерной целью спасения своей жизни или своих судов, после принятия всех мер предосторожности для избежания таких разрывов или повреждений». [Конвенція про відкрите море. (ООН, від 29.04.1958). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995-[1]80]

276.1.3. Конвенція про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна

(ООН, від 14.09.1963)

(приєднання Указом ПВР № 5049-XI від 21.12.1987)

«Статья 1

1. Настоящая Конвенция будет применяться в отношении:

а) уголовных правонарушений;

b) действий, являющихся или не являющихся правонарушениями, которые могут поставить под угрозу или угрожают безопасности воздушного судна или находящихся на его борту лиц или имущества, или которые угрожают поддержанию порядка и дисциплины на борту.

2. За исключением предусмотренного в главе III, настоящая Конвенция будет применяться в отношении совершенных правонарушений или осуществленных действий лицом, находящимся на борту любого воздушного судна, занесенного в регистр Договаривающегося Государства, во время нахождения такого воздушного судна в полете, или на поверхности воды в открытом море, или на любой другой поверхности вне пределов территории любого государства.

3. В целях настоящей Конвенции воздушное судно считается находящимся в полете с момента включения двигателя с целью взлета до момента окончания пробега при посадке.

4. Настоящая Конвенция не будет применяться к воздушным судам, занятым на военной, таможенной или полицейской службе.

Статья 2

Без ущерба для положений статьи 4 и за исключением того, когда этого требует безопасность воздушного судна, или лиц, или имущества на борту, никакое положение настоящей Конвенции не будет толковаться как разрешающее или обязывающее к любому действию в отношении уголовных правонарушений политического характера или уголовных правонарушений, основывающихся на расовой или религиозной дискриминации.

(…)

Статья 4

Договаривающееся Государство, не являющееся государством регистрации, не может чинить препятствий находящемуся в полете воздушному судну с целью осуществления своей уголовной юрисдикции в отношении совершенного на борту правонарушения, за исключением случаев, когда:

a) правонарушение создает последствия на территории такого государства;

b) правонарушение было совершено гражданином или в отношении гражданина такого государства, или лицом, постоянно проживающим в нем, или в отношении этого лица;

c) правонарушение направлено против безопасности такого государства;

d) правонарушение заключается в нарушении любых законов или правил, относящихся к полету или маневру воздушного судна при вторжении в пределы территории такого государства;

e) осуществление юрисдикции необходимо для обеспечения выполнения любого обязательства такого государства по многостороннему международному соглашению.

(…)

Статья 11

1. Когда находящееся на борту лицо незаконно совершает с помощью силы или угрозы силой акт вмешательства, захвата или другого преступного использования управления воздушным судном в полете или когда оно готовится совершить такой акт, Договаривающиеся Государства будут принимать все подходящие меры для возвращения управления воздушным судном его законному командиру или для сохранения управления им воздушным судном». [Конвенція про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна. (ООН, від 14.09.1963). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_244]

276.1.4. Конвенція про дорожній рух

(ООН, від 08.11.1968)

(ратифіковано Указом ПВР № 2614-VIII від 25.04.74)

Договаривающиеся стороны,

желая облегчить международное дорожное движение и повысить безопасность на дорогах путем принятия единообразных правил движения,

согласились о нижеследующем:

СТАТЬЯ 1

Определения

При применении положений настоящей Конвенции нижеследующие термины имеют то значение, которое придается им в настоящей статье:

a) термин «национальное законодательство» Договаривающейся стороны означает совокупность национальных или местных законов и правил, действующих на территории этой Договаривающейся стороны;

b) транспортное средство считается находящимся в «международном движении» по территории какого-либо государства, если оно:

i) принадлежит физическому или юридическому лицу, имеющему обычное местожительство вне этого государства;

ii) не зарегистрировано в этом государстве;

iii) временно ввезено в него;

однако каждая Договаривающаяся сторона вправе не считать находящимся в «международном движении» любое транспортное средство, которое оставалось на ее территории более одного года

без значительного перерыва, продолжительность которого может устанавливаться этой Договаривающейся стороной[1]. [Конвенція про дорожній рух (ООН, від 08.11.1968). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_041]

276.1.5. Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден
(ООН, від 16.12.1970 в редакції протоколу від 10.09.2010)
(ратифіковано 1972)
«Статья 1

1. Любое лицо совершает преступление, если это лицо незаконно и преднамеренно захватывает воздушное судно, находящееся в эксплуатации, или осуществляет над ним контроль путем насилия, или угрозы применения насилия, или любой другой формы запугивания, или с помощью любых технических средств.

2. Любое лицо также совершает преступление, если это лицо:

a) угрожает совершить преступление, указанное в пункте 1 настоящей статьи; или

b) незаконно и преднамеренно вызывает получение любым лицом угрозы совершения такого преступления,

при обстоятельствах, свидетельствующих о том, что угроза является реальной». [Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден. (ООН, від 16.12.1970). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/954_014]

276.1.6. Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації
(ООН, від 23.09.1971)
(ратифіковано 26.01.1973)
«Статья 1

1. Любое лицо совершает преступление, если оно незаконно и преднамеренно:

a) совершает акт насилия в отношении лица, находящегося на борту воздушного судна в полете, если такой акт может угрожать безопасности этого воздушного судна; или

b) разрушает воздушное судно, находящееся в эксплуатации, или причиняет этому воздушному судну повреждение, которое выводит его из строя или может угрожать его безопасности в полете; или

c) помещает или совершает действия, приводящие к помещению на воздушное судно, находящееся в эксплуатации, каким бы то ни было способом устройство или вещество, которое выводит его из строя, или причинить ему повреждение, которое может угрожать его безопасности в полете; или

d) разрушает или повреждает аэронавигационное оборудование или вмешивается в его эксплуатацию, если любой такой акт может угрожать безопасности воздушных судов в полете; или

e) сообщает заведомо ложные сведения, создавая тем самым угрозу безопасности воздушного судна в полете.

1 bis. Любое лицо совершает преступление, если оно незаконно и преднамеренно, с использованием любого устройства, вещества или оружия:

a) совершает акт насилия в отношении лица в аэропорту, обслуживающем международную гражданскую авиацию, который причиняет или может причинить серьезный вред здоровью или смерть; или

b) разрушает или серьезно повреждает оборудование и сооружения аэропорта, обслуживающего международную гражданскую авиацию, либо расположенные в аэропорту воздушные суда,

[1] Конвенція «Про дорожній рух» містить значний масив правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами, тобто правил, що характеризують об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 286 КК України. Однак зазначені правила тут не наводяться, оскільки: по-перше, вони застосовні, як свідчить преамбула та ст. 1 Конвенції до відносин у сфері міжнародного дорожнього руху; по-друге, за своїм змістом вони в переважній більшості ідентичні Правилам дорожнього руху, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2001 р. № 1306.

не находящиеся в эксплуатации, или нарушает работу служб аэропорта, если такой акт угрожает или может угрожать безопасности в этом аэропорту.» [Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації (ООН, від 23.09.1971). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995-165]

276.1.7. Конвенція про Міжнародні правила запобігання зіткненню суден на морі 1972 року

(Міжнародна морська організація, від 20.10.1972)

(приєднання Постанова ВР № 2785-XII від 17.11.92)

«Стаття I. Загальні зобов'язання

Учасники цієї Конвенції зобов'язуються ввести в дію Правила і Додатки до них, які являють собою міжнародні Правила запобігання зіткненню суден на морі 1972 р. (які надалі іменуються «Правилами»), і додаються до цієї Конвенції.

Міжнародні правила попередження зіткнень на морі 1972 року

(…)

Правило 2. Відповідальність

a) Ніщо в цих Правилах не може звільнити ні судно, ні його власника, ні капітана, ні екіпаж від відповідальності за наслідки, які можуть настати від невиконання цих Правил або від зневажання будь-якої пересторо ги, дотримання якої вимагається звичайною морською практикою або особливими обставинами даного випадку.

b) При тлумаченні та застосуванні цих Правил варто звертати належну увагу на всякого роду небезпеки плавання і зіткнення і на всі особливі обставини, включаючи особливості самих суден, що можуть викликати необхідність відступити від цих Правил щоб уникнути безпосередньої небезпеки». [Конвенція про Міжнародні правила запобігання зіткненню суден на морі 1972 року. (Міжнародна морська організація, від 20.10.1972). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_137]

276.1.8. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права

(ООН, від 10.12.1982)

(ратифіковано Законом від 03.06.99)

«Статья 97. Уголовная юрисдикция в случае столкновения или какого-либо другого навигационного инцидента

1. В случае столкновения или какого-либо другого навигационного инцидента с судном в открытом море, влекущего уголовную или дисциплинарную ответственность капитана или какого-либо другого лица, служащего на судне, никакое уголовное или дисциплинарное преследование против этого лица не может быть возбуждено, иначе как перед судебными или административными властями государства флага или того государства, гражданином которого это лицо является». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права. (ООН, від 10.12.1982). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_057]

276.1.9. Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства

(ООН, від 10.03.1988)

(ратифіковано Постановою ВР № 3735-XII від 17.12.93)

«Стаття 3

1. Будь-яка особа вчинює злочин, якщо вона незаконно і навмисно:

a) захоплює судно або здійснює контроль над ним силою чи загрозою сили, або шляхом будь-якої іншої форми залякування; або

b) вчинює акт насильства проти осіб на борту судна, якщо цей акт може загрожувати безпечному плаванню даного судна; або

c) руйнує судно або спричиняє судну чи його вантажу пошкодження, яке може загрожувати безпечному плаванню даного судна; або

d) розміщує або вчинює дії з метою розміщення на борту судна яким би то не було чином пристрій чи речовину, яка може зруйнувати це судно, завдавати цьому судну чи його вантажу пошкодження, що загрожує чи може загрожувати безпечному плаванню даного судна; або

e) руйнує морське навігаційне обладнання чи завдає йому серйозні пошкодження, чи створює серйозні перешкоди в його експлуатації, якщо будь-який такий акт може загрожувати безпечному плаванню судна; або

f) повідомляє завідомо брехливі відомості, створюючи цим загрозу безпечному плаванню судна; або

g) наносить рану будь-якій особі чи вбиває її в зв'язку з вчиненням чи спробою вчинення якого-небудь із злочинів, зазначених у підпунктах «a»-«f».

2. Будь-яка особа також вчинює злочин, якщо вона:

a) намагається вчинити який-небудь із злочинів, зазначених у пункті 1; або

b) підбурює до вчинення якого-небудь із злочинів, зазначених у пункті 1, що вчинюється будь-якою особою або є іншим чином співучасником особи, яка вчинює такий злочин; або

c) погрожує, з умовою чи без такої, як це передбачено національним законодавством, з метою примусити фізичну чи юридичну особу вчинити яку-небудь дію чи утриматися від неї, вчинити який-небудь із злочинів, зазначених у підпунктах «b», «c» та «e» пункту 1, якщо ця загроза може погрожувати безпечному плаванню судна, про яке йде мова». [Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства (ООН, від 10.03.1988). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_220]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо забезпечення безпеки руху та експлуатації транспорту

276.3.1. Справа «Kudrevičius and Others v. Lithuani»
Фактичні обставини:

Заявники отримали дозвіл виставити мирний пікет і провести мітинги, щоб привернути увагу до проблеми сільського господарства. Спочатку демонстрації проводились мирним шляхом. Потім заявники вийшли за рамки дозволів та заблокували три основні автомагістралі на два дні:

(A) 21 травня 2003 р., близько 12.00, група, яка налічує близько 500 осіб, вийшла на трасу «Вільнюс-Клайпеда» і залишилася стояти там, перешкодивши тим самим руху транспорту;

(B) 21 травня 2003 р., о 12.00, група, яка налічує близько 250 чоловік, вийшла на трасу «Паневежис-Пасвалис-Рига» і залишилася стояти там, перешкодивши тим самим руху транспорту, до 12.00 23 травня 2003 р. Перший заявник закликав мітингувальників перейти з автомобільної стоянки на трасу.

Крім того, в той самий день з 15.00 до 16.30 заявники вивели на трасу трактори і залишили їх стояти там до 16.00 22 травня 2003 р.

22 травня 2003 р. фермери продовжили переговори з владою. Наступного дня після успішного завершення переговорів фермери припинили блокувати рух транспорту.

Заявники згодом були засуджені за «заворушення» до 60 днів позбавлення волі умовно.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«170. Порушення звичайного життя і руху транспорту не було побічним ефектом мітингу, проведеного в громадському місці. Поки учасники мітингу залишалися на заздалегідь визначених місцях, перешкод дорожньому руху не виникало. Рішення фермерів вийти на траси і використовувати трактори не могло бути ні чим іншим, як спробою заблокувати або обмежити рух транспорту і створити хаос, щоб привернути увагу до потреб фермерів. Перекриття міжнародних трас не могло переслідувати іншої мети, крім як чинити тиск на органи влади, щоб змусити їх піти назустріч вимогам фермерів. Це підтверджується тим, що дорожній рух відновився, щойно учасникам мітингу повідомили про успішне завершення переговорів. Цим ця справа відрізняється від

справ, у яких Європейський Суд зазначав, що певною мірою мітинги можуть порушувати звичайне життя, в тому числі викликати перебої в русі транспорту.

(…)

174. Суд вважає: незважаючи на те, що заявники не вдавалися до насильства і не підбурювали до насильства інших осіб, практично повне блокування трьох основних трас при грубому нехтуванні вимог поліції, потребами і правами учасників дорожнього руху являє собою дії, які хоча і не є такими серйозними, як застосування фізичної сили, але можуть вважатися незаконними.

175. При подібних обставинах Європейський Суд не вбачає підстав сумніватися в тому, що оскаржуване у справі обмеження, викликане рішенням влади Литви притягнути заявників до відповідальності за їхні дії, мало під собою доречні і достатні підстави. Беручи до уваги межі розсуду, які потрібно надавати державі-відповідачу в подібного роду обставин…, вона явно мала право вважати, що інтереси захисту громадського порядку переважили інтерес заявників у перешкоджанні дорожньому руху для досягнення прогресу в переговорах фермерів із владою.

(…)

183. Оскаржуване у справі втручання було «необхідним у демократичному суспільстві» змістом статті 11 Конвенції, а тому в цій справі не мало місця порушення цієї статті». [Kudrevičius and Others v. Lithuania (37553/05). ECHR, 2015-X. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–158200]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 276–292 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

276.4.1. Блокування учасниками зборів, мітингів, походів і демонстрацій транспортних комунікацій шляхом влаштування перешкод має ознаки злочину, передбаченого ст. 279 КК України. У таких випадках притягнення винних до відповідальності ЄСПЛ вважає таким обмеженням права на свободу мирних зібрань, яке встановлене законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах громадської безпеки, для запобігання заворушенням, забезпечення прав і свобод інших осіб.

(Див.: 279.3.1)

276.4.2. Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту слід відмежовувати від адміністративних правопорушень, відповідальність за які передбачена статтями 109, 111, 121, 122, 124, 127, 128, 128[1], 129, 130, 138, 139, 140 КпАП. Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» у розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за вказаними статтями КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за відповідними статтями розділу XI Особливої частини КК України, існує імовірність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

276.4.3. До предметів цього злочину належать об'єкти трубопроводів як на території України, так і у відкритому морі. Відповідальність за пошкодження об'єктів трубопроводів у відкритому морі настає за ст. 292 з урахуванням положень статей 7–9 КК України.

(Див.: 276.1.2)

276.4.4. У випадках, коли дії, що призвели до пошкодження чи руйнування трубопроводу, вчинені для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожувала особі чи охоронюваним законом

правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави (наприклад, використання якоря для попередження катастрофи морського судна під час шторму), вчинене оцінюється за правилами ст. 39 КК України.

(Див.: 276.1.2 – ст. 27)

276.4.5. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність», «порушення правил» тощо, має здійснюватися з врахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати імовірність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

Розділ XII. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ГРОМАДСЬКОГО ПОРЯДКУ ТА МОРАЛЬНОСТІ

Стаття 293. Групове порушення громадського порядку

Організація групових дій, що призвели до грубого порушення громадського порядку або суттєвого порушення роботи транспорту, підприємства, установи чи організації, а також активна участь у таких діях –

караються штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців.

(Стаття 293 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

Стаття 294. Масові заворушення

1. Організація масових заворушень, що супроводжувалися насильством над особою, погромами, підпалами, знищенням майна, захопленням будівель або споруд, насильницьким виселенням громадян, опором представникам влади із застосуванням зброї або інших предметів, які використовувалися як зброя, а також активна участь у масових заворушеннях –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

2. Ті самі дії, якщо вони призвели до загибелі людей або до інших тяжких наслідків, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

(Стаття 294 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

Стаття 295. Заклики до вчинення дій, що загрожують громадському порядку

Публічні заклики до погромів, підпалів, знищення майна, захоплення будівель чи споруд, насильницького виселення громадян, що загрожують громадському порядку, а також розповсюдження, виготовлення чи зберігання з метою розповсюдження матеріалів такого змісту –

караються штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

(Стаття 295 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо відповідальності за групове (масове) порушення громадського порядку

293.3.1. Справа «Карпюк та інші проти України»
Фактичні обставини:

9 березня 2001 року близько 8 год. заявники та інші прибічники УНА і УНСО взяли участь у політичному мітингу біля пам'ятника Шевченку, про який опозиційними силами було оголошено 8 березня 2001 року. Як було встановлено національними судами, організатори не надіслали органам влади офіційного повідомлення про мітинг, передбаченого статтею 39 Конституції України.

До прибуття протестувальників міліція та воєнізовані формування Міністерства внутрішніх справ сформували кордон та впродовж певного часу не дозволяли учасникам мітингу наблизитися до пам'ятника. Кордон було сформовано для того, щоб дозволити президентові Кучмі та іншим державним посадовцям покласти квіти до пам'ятника. Як було встановлено національними судами, протестувальники спробували прорвати кордон з метою перешкодити церемонії покладання

квітів та напали на міліцію. Міліція рушила на протестувальників, щоб зупинити та розігнати натовп. Сторони не надали відомостей щодо того, чи міліція чітко наказала протестувальникам розійтися. Сторони не оспорюють того, що мали місце сутички з міліцією, внаслідок яких певну кількість працівників міліції було поранено.

Під час подій біля пам'ятника Шевченку кілька протестувальників було заарештовано. Близько 14 год. того ж дня колона протестувальників, серед яких були і заявники, рушила до будівлі Міністерства внутрішніх справ України, вимагаючи звільнення заарештованих. Вони розібрали дерев'яне загородження поблизу, закидали будівлю яйцями і пішли. Близько 15 год. того ж дня група протестувальників, серед яких були заявники, пройшла від будівлі Міністерства внутрішніх справ України у напрямку до центра міста, вийшла на вулицю Банкову і вступила там у сутичку з міліцією, яка перекрила вулицю з метою запобігти доступу до розташованої на ній будівлі Адміністрації Президента України. У працівників міліції поцілили камінням та металевим загородженням, а також кинули пляшку з «коктейлем Молотова». Як було встановлено національними судами при ухваленні вироку заявникам, внаслідок сутичок було поранено сорок дев'ять працівників міліції, чотирнадцять з них отримали струс мозку. Згідно з висновками національних судів перші три заявники відігравали головну роль у підбурюванні та керівництві нападами на міліцію як біля пам'ятника Шевченку, так і на вулиці Банковій. Четвертий, п'ятий, шостий і сьомий заявники брали участь у нападах на міліцію на вулиці Банковій. Затвердженнями заявників, вони брали участь у протестах, але поводилися мирно.

У період з 9 по 14 березня 2001 року було заарештовано перших шістьох заявників. У різні дати їх було взято під варту на час слідства і суду. 16 березня 2001 року було затримано сьомого заявника, а 19 березня його було звільнено під підписку про невиїзд на час слідства та суду. Вбачається, що жодного із заявників не було затримано на місці подій 9 березня 2001 року. Заявникам було пред'явлено обвинувачення в організації масових заворушень та участі в них.

25 грудня 2002 року районний суд визнав заявників винними у вчиненні злочинів, передбачених статтею 71 Кримінального кодексу України (1960 р.):

– першого і третього заявників – в організації масових заворушень та активній участі у них;

– другого заявника – в організації масових заворушень;

– четвертого, п'ятого, шостого та сьомого заявників – в активній участі у масових заворушеннях.

Рішення ЄСПЛ:

207. На підставі наявних матеріалів справи Суд вважає встановленим той факт, що організатори планували мітинг як мирне зібрання, метою якого було заповнити місця біля пам'ятника Шевченку і цим самим перешкодити Президенту України покласти квіти до пам'ятника. Згідно з усталеною практикою Суду такі обструкційні мітинги загалом користуються захистом статей 10 і 11 Конвенції.

208. Як видається, рішення органів влади заблокувати доступ до пам'ятника Шевченку вранці 9 березня 2001 року мало на меті випередити мітингарів та надати Президентові України можливість взяти участь у церемонії покладання квітів до пам'ятника. Як видається, це зруйнувало першочергову ціль протестувальників заблокувати доступ до пам'ятника та поклало край першій фазі подій 9 березня, яка характеризувалась мирною підготовкою до мітингу біля пам'ятника Шевченку. Згодом блокування доступу до пам'ятника призвело до другої фази подій, характерною рисою якої стали сутички біля пам'ятника Шевченку, а потім – і до третьої фази, яка ознаменувалась ходою до Міністерства внутрішніх справ України та на вулицю Банкову і сутичками, які виникли на зазначеній вулиці.

(…)

214. Хоча національні суди встановили, що організатори не повідомили офіційно органи влади про запланований мітинг, цей висновок стосувався оцінки дій міліції 9 березня 2001 року, а не дій заявників, у вчиненні яких їх обвинувачували. Недотримання формальностей та несанкціонованість мітингу вочевидь не відіграли жодної ролі у визнанні заявників винними та їх засудженні. Заявників було засуджено за організацію насильницьких заворушень та участь у них, а не за несанкціоноване мирне зібрання.

(…)

216. Отже, Суд погоджується з тим, що втручання було «встановлене законом», а саме статтею 71 Кримінального кодексу України.

217. Суд також приймає зауваження Уряду про те, що втручання переслідувало легітимну ціль підтримання громадської безпеки.

218. Суд нагадує, що вираз «є необхідними в демократичному суспільстві» означає, що втручання відповідає «нагальній соціальній потребі» і, зокрема, є пропорційним до переслідуваної легітимної цілі. При оцінці пропорційності втручання переслідуваній цілі варто брати до уваги такі фактори, як характер і суворість застосованого покарання.

(…)

239. Суд перш за все зазначає, що (…) [четвертого, п'ятого, шостого і сьомого] заявників було засуджено виключно за конкретні акти насильства, вчинені біля будівлі Адміністрації Президента України на вулиці Банковій та що вони не обґрунтували свої скарги за статтею 6 Конвенції. Заявники також не вказали на жодні переконливі свідчення, здатні переконати Суд відійти від висновків національних судів стосовно їх дій та фактів справи.

240. Хоча ці дії було вчинено під час політичного маршу, який по суті підпадав під захист статті 11 Конвенції, заявники у своїх конкретних діях вийшли за межі мирного протесту.

241. За цих обставин Суд доходить висновку, що реакція органів влади на агресивну поведінку заявників не була непропорційною та може обґрунтовано вважатися необхідною у демократичному суспільстві.

242. Отже, порушення статті 11 Конвенції стосовно четвертого, п'ятого, шостого і сьомого заявників не було». [Карпюк та інші проти України (30582/04 і 32152/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b10]

294.3.2. Справа «Taranenko v. Russia»

Фактичні обставини:

У грудні 2004 року заявниця була затримана на місці акції протесту проти політики президента Путіна. Вона входила до складу групи близько 40 осіб, які проходили перевірку ідентичності та безпеки на території прийому будівлі Адміністрації Президента і замкнулися в одному з офісів, де вони почали кидати листівки з вікна. Вона була засуджена за участь у масових заворушеннях до трьох років позбавлення волі за відстрочкою на три роки.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«60. Уряд стверджував, що заявниця була засуджена не за свої політичні переконання або вимоги. Вона була засуджена за участь у масових заворушеннях, що супроводжувалося знищенням державного майна. Отже, її затримання, утримання під вартою і засудження переслідували законні цілі захисту громадського порядку, відновлення нормальної роботи Адміністрації президента, розслідування кримінальних злочинів і покарання винних.

61. За словами заявниці вона брала участь у протесті проти політики президента, яка, на її думку, порушувала права громадян. Учасники протестної акції 14 грудня 2004 року вважають, що звернення до радника президента може бути більш ефективним, ніж будь-які масові заходи – збори, мітинг, демонстрація або пікет. У зв'язку з цим вона заявила, що стаття 10 захищає не тільки зміст ідей або інформації, але і форму, у якій вони були викладені.

62. Заявниця також стверджувала, що протестна акція носила мирний характер. Учасники увійшли в будівлю Адміністрації президента з метою передачі звернення. З огляду на те, що їх протест мав місце в закритій на ключ кімнаті, їх акція за російським кримінальним законодавством не може бути класифікована як масові заворушення. Вони не псували будь-якого майна; в реальності воно було пошкоджено поліцейськими під час затримання. Більш того, учасники протесту повністю відшкодували збитки. За цих обставин її тримання під вартою протягом року і покарання – три роки позбавлення волі умовно з трирічним випробувальним терміном, були диспропорційні будь-якій законній цілі.

(…)

68. Суд зазначає, що питання свободи вираження поглядів та свободи мирних зборів у цій справі тісно пов'язані. Дійсно, захист особистої думки, що забезпечується статтею 10 Конвенції, є однією з цілей свободи мирних зборів, як вона закріплена в статті 11 Конвенції.

69. Сторони представили міркування за статтями 10 і 11 разом. Суд, однак, вважає, що суть скарги заявника полягає в тому, що вона була засуджена за протест, виражений разом з іншими в прямій акції, проти політики президента. Тому Суд вважає, що слід розглядати цю справу за статтею 10, яка, тим не менш, буде інтерпретуватися у світлі статті 11.

(…)

72. Для того, щоб втручання було виправданим за статтею 10, воно повинно бути «встановлено законом», переслідувати одну або кілька законних цілей, перерахованих у другому пункті цієї статті, і бути «необхідним у демократичному суспільстві» – інакше кажучи, бути пропорційним переслідуваній мети.

73. Не заперечується, що втручання було «встановлено законом», а саме: статтею 212 § 2 Кримінального кодексу РФ, і «переслідувало законну мету», тобто запобігання заворушенням і захист прав інших осіб, на що вказано у п. 2 статті 10. Спірним у справі залишається питання, чи було втручання «необхідним у демократичному суспільстві».

74. Тест на необхідність у демократичному суспільстві вимагає від Суду визначити, чи відповідало «втручання», на яке скаржаться, «нагальним суспільним потребам», чи було воно пропорційно переслідуваним законним цілям і чи були підстави, наведені владою для його виправдання, доречними й достатніми. В оцінці того, чи існувала «потреба» і які заходи потрібно застосовувати для її задоволення, для влади залишаються певні межі розсуду. Ці межі, однак, не безмежні, а слідують нарівні зі спостереженням, здійснюваним Судом, завдання якого полягає в тому, щоб винести остаточне рішення щодо того, чи сумісне обмеження зі свободою вираження думки як вона захищається статтею 10. Завдання Суду при здійсненні своїх спостережницьких функцій полягає не в тому, щоб стати на місце національних властей, а щоб розглянути на підставі статті 10, у світлі справи як єдиного цілого, рішення, які вони прийняли відповідно до меж розсуду. Поводячи себе так, Суд задоволений тим, що національні органи влади застосували стандарти, які відповідали принципам, втіленим у статті 10, і, більш того, що вони засновували свої рішення на прийнятній оцінці відповідних фактів.

75. При оцінці пропорційності втручання характер і суворість винесених покарань також є факторами, які необхідно враховувати.

(A) «Нагальна суспільна потреба»

76. Суд насамперед розгляне питання про те, чи відповідало втручання, на яке скаржаться, «нагальних суспільних потреб».

77. Він зазначає, що заявниця та інші учасники протестної акції бажали привернути увагу своїх співвітчизників і офіційних осіб до того, що вони не схвалюють політику президента і вимагають його відставки. Ця проблема представляла суспільний інтерес і була складовою частиною дискусії про здійснення президентських повноважень. Суд нагадує з огляду на це, що на підставі статті 10 п. 2 Конвенції існує вузький коридор для обмежень на політичні висловлювання або дискусії з питань, що становлять суспільний інтерес. Послідовна позиція Суду полягала в тому, щоб вимагати дуже вагомих причин для виправдання обмежень на політичні дискусії, оскільки широкі обмеження в окремих випадках, безумовно, позначається на повазі до свободи вираження думки в цілому в даній державі.

78. Крім того, Суд нагадує, що, незважаючи на загальновизнану важливість свободи вираження поглядів, стаття 10 не надає будь-яку свободу для реалізації цього права. Зокрема, ця стаття не вимагає автоматичного надання права проникнення в приватні володіння або навіть у державні володіння, такі, наприклад, як урядові установи і міністерства.

79. У цій справі протестна акція, у якій брала участь заявниця, мала місце в приміщенні Адміністрації президента. Примітно, що завдання Адміністрації полягало в тому, щоб приймати громадян і розглядати їх скарги, і її приміщення тому були відкриті для публіки після ідентифікації і перевірки на безпеку. Протестуючі, однак, не підкорилися встановленою процедурою прийому: вони обійшли ідентифікацію та контроль безпеки, не були зареєстрованими в приймальні

і не стали очікувати в черзі для прийому їх звернення. Замість цього вони увірвалися в будівлю, відштовхнули в бік одного з охоронців, заскочили на меблі і в кінцевому підсумку закрилися у вільній кімнаті. Така поведінка, посилена кількістю протестувальників, могла налякати співробітників і присутніх відвідувачів і порушити нормальну роботу Адміністрації президента. У таких умовах дії поліції, яка затримала учасників протесту і видалила їх з приміщення Адміністрації президента, можуть вважатися виправданими вимогами захисту громадського порядку.

(B) Пропорційність

80. Залишається з'ясувати, чи були тривалість тримання заявниці під вартою до суду і винесене їй у кінці цього покарання, пропорційні законній меті.

(…)

87. (…) розсуд країн-учасниць конвенції при покаранні за незаконне поводження при реалізації права на свободу вираження поглядів та демонстрацій, хоча і широкий, але не безмежний. (…)

88. Інший важливий принцип, який проглядається в прецедентах Суду, полягає в тому, що учасники демонстрації, що вилилася в нанесення шкоди або інші заворушення, які не брали самі участі в будь-яких насильницьких або інших незаконних діях, не можуть переслідуватися тільки на підставі того, що вони брали участь у демонстрації. (…) Свобода участі в мирному зібранні має таке значення, що людина не може бути піддана санкціям – навіть нижчої з них за шкалою дисциплінарних покарань – за участь у демонстрації, якщо ця людина сама не вчинила чогось поганого під час неї.

(…)

92. Далі, не викликає сумніву, що протестувальники були визнані винними в заподіянні шкоди майну Адміністрації президента. Суд, однак, зазначає, що національні суди не встановили, чи приймала заявник особисто участь у заподіяння цієї шкоди, чи зробила вона щось варте осуду. Істотно також, що до закінчення судового процесу підсудні компенсували матеріальні збитки, завдані їхньою протестною акцією.

(…)

95. Суд, таким чином, приходить до висновку, що хоча санкція щодо дій заявника і могла ґрунтуватися вимогами громадського порядку, але тривалий період утримання під вартою до суду і винесене їй покарання у вигляді тривалого умовного позбавлення свободи не були пропорційні законній меті. Суд вважає, що надзвичайно сувора санкція, застосована в даній справі, повинна була мати застрашливий ефект для заявника та інших учасників протестної акції.

96. Зважаючи на вищенаведене та особливо, маючи на увазі тривалість попереднього ув'язнення і виняткову серйозність застосованої санкції, Суд вважає, що розглядається втручання, яке не було необхідним у демократичному суспільстві.

97. Отже, мало місце порушення статті 10 Конвенції, що розглядається у світлі статті 11 Конвенції». [Taranenko v. Russia (19554/05), ЄСПЛ 2005-V. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–142969]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 293–295 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

293.4.1. Правова позиція ЄСПЛ: засудження до суворого покарання за організацію масових заворушень, які мали характер «реакції» на незаконне перешкоджання владою проведенню мирних зборів, мітингів, походів і демонстрацій, визнано таким, що не було необхідним у демократичному суспільстві, а відтак становило порушення статті 11 Конвенції. Натомість засудження за активну участь у цих саме масових заворушеннях осіб, які вчинили конкретні акти насильства, визнано законим та необхідним у демократичному суспільстві.

(Див.: 293.3.1 та 293.3.2)

293.4.2. Засудження за участь у масових заворушеннях за відсутності ознак «активної участі», визнано ЄСПЛ таким, що не було необхідним у демократичному суспільстві, а відтак становило порушення статті 10 Конвенції.

(Див.: 293.3.2)

293.4.3. Для визначення порушення «грубим» чи «негрубим» слід, зокрема, враховувати судову практику ЄСПЛ у справах відповідної категорії.

(Див.: 0.4.14)

293.4.4. Розповсюдження матеріалів із закликами до погромів, підпалів, знищення майна, захоплення будівель чи споруд, насильницького виселення громадян, якщо таке розповсюдження здійснюється з використанням інформаційних інтернет-порталів, які надають у комерційних цілях платформу для користувацьких коментарів щодо раніше опублікованого контенту, може поставити питання про відповідальність провайдерів (власників компаній, адміністраторів) таких інтернет-порталів.

(Див.: 0.4.11).

Стаття 296. Хуліганство

1. Хуліганство, тобто грубе порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжується особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом, –

карається штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до п'яти років.

2. Ті самі дії, вчинені групою осіб, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк до чотирьох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони були вчинені особою, раніше судимою за хуліганство, чи пов'язані з опором представникові влади або представникові громадськості, який виконує обов'язки з охорони громадського порядку, чи іншим громадянам, які припиняли хуліганські дії, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

4. Дії, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, якщо вони вчинені із застосуванням вогнепальної або холодної зброї чи іншого предмета, спеціально пристосованого або заздалегідь заготовленого для нанесення тілесних ушкоджень, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

(Стаття 296 із змінами, внесеними згідно із Законами № 3075-III від 07.03.2002, № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо кваліфікації хуліганства

1.2.6. Справа «Сергій Золотухін проти Росії»

«54. Відповідно до внутрішнього права, правопорушення «дрібне хуліганство», передбачене статтею 158 Кодексу про адміністративні правопорушення, кваліфікувалось як «адміністративне». Однак, Суд нагадує, що він раніше вказував на те, що сфера законодавства, яка визначається в російській та інших аналогічних правових системах як «адміністративна», охоплює деякі правопорушення, які мають кримінальну конотацію, але є занадто незначними, щоб регулюватися кримінальним правом та процедурою.

55. За своїм характером включення правопорушення «дрібне хуліганство» в Кодекс про адміністративні порушення мало на меті забезпечення захисту людської гідності та громадського порядку, цінностей та інтересів, які зазвичай належать до сфери захисту кримінального права. Відповідне положення Кодексу було спрямоване на всіх громадян, а не на групи, що мають особливий статус. Посилання на «дрібний» характер діянь само по собі не виключає їхньої кваліфікації як «кримінальних» за автономним змістом Конвенції, оскільки ніщо в Конвенції не припускає, що кримінальний характер правопорушення, в сенсі «критеріїв Енгеля», обов'язково вимагає певного ступеня тяжкості. Нарешті, Суд вважає, що головні цілі визначення правопорушення, про яке йде мова, а саме його покарання та утримання від його вчинення, є характерними рисами кримінального покарання.

56. У тому, що стосується ступеня суворості заходу, то він визначається відповідно до максимально можливого покарання, що передбачається відповідним законом. Покарання, що було фактично призначене, не відіграє в цьому випадку суттєвої ролі, але воно не може применшити значення того, що було спочатку поставлено на карту. Суд зазначає, що стаття 158 Кодексу про адміністративні правопорушення передбачала в якості максимального покарання п'ятнадцять діб арешту і що заявник був врешті-решт засуджений до трьох діб арешту. Суд підтверджував у багатьох випадках: у суспільстві, яке визнає верховенство права, у тих випадках, коли покарання, що передбачене законом, і покарання, що реально призначається заявнику, є пов'язаним із позбавленням волі, виникає презумпція того, що обвинувачення, висунуте заявнику, має «кримінальний» характер. Така презумпція може бути повністю спростована у виняткових випадках і тільки, якщо позбавлення волі не може розглядатись як «відчутно шкідливе», враховуючи його характер, тривалість і спосіб відбування». [Сергій Золотухін проти Росії (14939/03) ECHR 2009-II. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117760]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо відповідальності за умисне порушення громадського порядку

296.3.1. Справа «Швидка проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
«37. У цій справі заявниця відірвала стрічку від вінка, покладеного Президентом України до пам'ятника відомому українському поетові у День незалежності України, і багато людей були свідками цього вчинку. Також заслуговує на увагу і те, що заявниця належала до опозиційної політичної партії «Батьківщина», керівник якої, пані Тимошенко, на той час відбувала покарання у вигляді позбавлення волі.

38. Зважаючи на поведінку заявниці та її контекст, Суд погоджується із тим, що своїм вчинком вона прагнула поширити серед людей навколо неї певні ідеї щодо Президента. Тому цей вчинок можна вважати формою вираження політичних поглядів. Відповідно Суд вважає, що застосування до заявниці за цей вчинок стягнення у вигляді десятиденного адміністративного арешту становило втручання у її право на свободу вираження поглядів.

39. Суд не погоджується з думкою заявниці, що положення Кодексу України про адміністративні правопорушення про дрібне хуліганство було явно незастосовним у її випадку. Відповідне положення стосується зокрема образливого чіпляння до громадян, що порушує громадський порядок. На думку Суду, пошкодження заявницею стрічки на вінку могло вважатися таким, що підпадає під вищезазначену категорію. Суд пам'ятає про доволі загальне юридичне визначення «дрібного хуліганства», тлумачення та практичне застосування якого можуть у певних випадках бути предметом зловживання. У цій справі заявниця вдалася до провокативного жесту, який міг занепокоїти або образити деяких людей, які були його свідками. Зважаючи на поведінку заявниці та її кваліфікацію національними судами, Суд погоджується з тим, що застосовне національне законодавство відповідало вимозі щодо передбачуваності. Суд доходить висновку, що визнання заявниці винною у дрібному хуліганстві та застосування до неї стягнення, передбаченого відповідним положенням, відповідало вимозі щодо законності.

40. Зважаючи на вищезазначені зауваження, Суд також доходить висновку, що застосований до заявниці захід переслідував легітимну мету захисту громадського порядку та прав інших громадян. Залишається встановити, чи був цей захід «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення цієї мети.

41. Як зазначено у Кодексі України про адміністративні правопорушення та у подальших роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України, адміністративні правопорушення (тобто незначні правопорушення за законодавством України) караються арештом лише у виключних випадках. Проте національні суди застосували до заявниці, шістдесятитрирічної жінки без судимостей, найбільш суворе покарання за правопорушення, яке не призвело до жодного насильства або загрози. Вчиняючи так, суд посилався на відмову заявниці визнавати свою провину, таким чином

накладаючи на неї стягнення за небажання змінити свої політичні погляди. Суд не знаходить цьому жодного виправдання і вважає захід непропорційним переслідуваній меті.

42. Тому Суд вважає, що було порушено право заявниці на свободу вираження поглядів. Відповідно було порушення статті 10 Конвенції». [Швидка проти України (17888/12). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/main/tt798022/sort/page14]

296.3.2. Справа «Ігор Тарасов проти України»

Фактичні обставини:

Близько 5 год. ранку 26 січня 2002 року заявник брав участь у бійці в місцевому барі, внаслідок якої працівники бару зазнали тілесних ушкоджень, а майну бару було завдано шкоди. Для врегулювання ситуації на місце події прибула міліція. Працівники міліції доправили заявника та його товариша І. до відділу міліції.

Заявника було затримано за вчинення адміністративного правопорушення «дрібне хуліганство», передбаченого статтею 173 Кодексу України про адміністративні правопорушення. 28 січня 2002 року Нахімовський районний суд м. Севастополя (далі – районний суд) визнав заявника винним у вчиненні зазначеного правопорушення та наклав на нього стягнення у вигляді адміністративного арешту строком на п'ять діб.

14 жовтня 2003 року районний суд постановив вирок у кримінальній справі за порушення громадського порядку у барі 26 січня 2002 року – за частиною 4 статті 296 КК України.

Рішення ЄСПЛ:

20. Заявник скаржився, що його двічі притягнули до юридичної відповідальності за одні і ті самі діяння. Він посилався на статтю 4 Протоколу № 7 Конвенції, в якій зазначено:

«1. Нікого не може бути вдруге притягнено до суду або покарано в порядку кримінального провадження під юрисдикцією однієї і тієї самої держави за правопорушення, за яке його вже було остаточно виправдано або засуджено відповідно до закону та кримінальної процедури цієї держави.

(…)

27. Повертаючись до цієї справи, Суд зазначає, що обидва провадження на національному рівні стосувалися поведінки заявника в одному й тому ж місці в один і той же проміжок часу. Фактами, що стали підставою для першого притягнення до відповідальності за «дрібне хуліганство», були: а) використання нецензурної лексики щодо працівників бару, б) захоплення та розмахування дерев'яною ніжкою від стільця, в) погроза застосування фізичного насильства та д) ігнорування зауважень на свою адресу.

28. Друге засудження за «хуліганство» розкрило нові відповідні факти, про які не згадувалось у першому випадку: завдання тілесних ушкоджень працівникам бару та заподіяння майнової шкоди власнику бару. Суд зазначає, що ці нові елементи також були складовими частинами тієї ж безперервної поведінки, яку лише частково було охарактеризовано під час першого засудження. Зокрема, як вбачається з другого засудження, заявник не тільки «схопив» дерев'яну ніжку від стільця та «розмахував» нею, але й використав цей предмет для завдання працівникам бару певних тілесних ушкоджень та заподіяння майнової шкоди власнику бару. Отже, перше засудження стосувалося деяких дій заявника, вчинених в рамках більш широкого безперервного діяння, охопленого тим самим злочинним наміром заявника. Таке виокремлення дій з більш широкого контексту вбачається невиправданим, особливо, коли заявника з бару забрали працівники міліції, які мали можливість на місці злочину належним чином та негайно оцінити обставини справи.

29. Щодо інших фактичних складових, які були використані для першого засудження, Суд зазначає, що друге притягнення заявника до відповідальності також стосувалося використання ним нецензурної лексики, яке було складовою частиною злочинної поведінки заявника у другій справі. На підтвердження своїх висновків щодо фактів суд навів твердження потерпілих, які вказували на те, що заявник погрожував застосуванням фізичного насильства, а Б. намагався його заспокоїти. Це відповідає тим частинам фактів, які було використано для першого притягнення до відповідальності.

30. Отже, Суд доходить висновку, що факти, які двічі призвели до притягнення заявника до відповідальності, були нерозривно пов'язані між собою, та що оцінка національних судів друго-

го провадження по суті стосувалася тих самих фактів, що досліджувалися і у першому провадженні (…).

(…)

32. У цій справі перше провадження завершилось 28 січня 2002 року, коли районний суд визнав заявника винним у вчиненні дрібного хуліганства. Зазначене рішення не підлягало оскарженню та набрало законної сили. Друге провадження було розпочато 29 січня 2002 року та завершено 27 січня 2005 року, іншими словами, вже після набрання рішенням за результатами першого провадження законної сили. Варто зазначити, що районний суд не дійшов висновку про те, що друге провадження суперечило принципу ne bis in idem, відхиливши доводи заявника на тій підставі, що перша справа стосувалася іншого виду відповідальності. Такий висновок відповідав діючим процесуальним нормам національного законодавства, які не передбачали підстав для закриття кримінальної справи у випадку, якщо мало місце попереднє притягнення до відповідальності за, по суті, аналогічне адміністративне правопорушення. Проте, відповідно до положень Конвенції, обидва провадження були кримінальними з огляду на наведені вище підстави і з цього випливає, що національні органи влади продублювали кримінальні провадження, які стосувалися одних і тих самих фактів, у порушення принципу ne bis in idem.

33. Отже, Суд постановляє, що було порушення статті 4 Протоколу № 7». [Ігор Тарасов проти України (44396/05). ECHR 2016-VI. http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b63]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 296 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

296.4.1. Якщо особа провокативною формою вираження своїх політичних поглядів свідомо порушує громадський порядок, її дії можуть бути кваліфіковані (залежно від обставин) як хуліганство чи дрібне хуліганство. Однак вид та розмір покарання за таке хуліганство мають бути помірними, для того, щоб ЄСПЛ не визнав це невиправданим обмеженням свободи вираження поглядів.

(Див.: 296.3.1)

296.4.2. Правова позиція ЄСПЛ: засудження особи двічі – за повний комплекс хуліганських дій, що кваліфіковані як злочин, та, окремо, за дії, що виокремлені судом з указаного комплексу і кваліфіковані як адміністративне правопорушення, – визнається покаранням двічі за одне і те ж правопорушення, що заборонено ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

(Див.: 296.3.2) (Див. також: 1.4.13; 11.4.1)

Стаття 297. Наруга над могилою, іншим місцем поховання або над тілом померлого

1. Наруга над могилою, іншим місцем поховання, над тілом (останками, прахом) померлого або над урною з прахом померлого, а також незаконне заволодіння тілом (останками, прахом) померлого, урною з прахом померлого, предметами, що знаходяться на (в) могилі, в іншому місці поховання, на тілі (останках, прахові) померлого, –

караються штрафом до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Осквернення або руйнування братської могили чи могили Невідомого солдата, пам'ятника, спорудженого в пам'ять тих, хто боровся проти нацизму в роки Другої світової війни – радянських воїнів-визволителів, учасників партизанського руху, підпільників, жертв нацистських переслідувань, а також воїнів-інтернаціоналістів та миротворців, –

караються обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або з корисливих чи хуліганських мотивів, або щодо пам'ятника, спорудженого в пам'ять тих, хто боровся проти нацизму в роки Другої світової війни, жертв нацистських переслідувань, а також воїнів-інтернаціоналістів та миротворців, або поєднані із застосуванням насильства чи погрозою його застосування, –

караються обмеженням волі на строк від чотирьох до п'яти років або позбавленням волі від чотирьох до семи років.

4. Дії, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років.

(Стаття 297 в редакції Законів № 1166-VI від 19.03.2009, № 728-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; в редакції Закону № 734-VII від 28.01.2014)

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо конкуренції права людини на свободу вираження поглядів з інтересами суспільства чи окремих громадян діями, яким завдає шкоди наруга над могилою

297.3.1. Справа «Sinkova v. Ukraine»

Фактичні обставини:

16 грудня 2010 року заявниця разом із трьома іншими членами братства St Luke Brotherhood прийшла на територію Меморіалу Вічної Слави загиблим під час Другої світової війни, де знаходилися могили 32 солдат, в т. ч. могила Невідомого Солдата. Заявниця взяла сковороду, підготовлену заздалегідь, розбила кілька яєць у неї і посмажила їх на Вічному вогні Могили Невідомого солдата. Двоє з її друзів приєдналися до неї і смажили ковбаски на шпажках. Інший учасник групи зняв це на відео. Двоє міліціонерів підійшли до них і зробили зауваження про те, що їх поведінка недоречна – без подальшого втручання. У той самий день заявниця розмістила відео в Інтернеті від імені St Luke Brotherhood. У поліцію надійшло кілька скарг на те, що діяння було наругою над могилою Невідомого солдата. 29 березня 2011 року заявниця була затримана і поміщена під варту.

4 жовтня 2012 Печерський суд м. Києва визнав заявницю винною в осквернені могили Невідомого солдата в складі групи осіб за попередньою змовою і засудив до трьох років позбавлення волі з відстрочкою виконання вироку на два роки. Апеляційний суд відхилив апеляційні скарги як заявниці, так і прокурора.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«87. Заявниця стверджувала, що вона протестувала проти марнотратного використання природного газу та намагалася привернути увагу громадськості до цієї проблеми. На її думку, кошти, що використовуються для підтримки вічного вогню по всій країні, будуть краще служити своїм цілям, якщо вони будуть використані для підвищення рівня життя ветеранів війни.

88. Вона підкреслила, що ні в якому разі не мала на меті образити пам'ять померлих або демонструвати неповагу до могили. Заявниця зауважила, що вона не пошкодила меморіалу та не порушила громадського порядку. Вона також звернула увагу Суду на те, що вона не намагалася приховати свої дії. Навпаки, вона негайно опублікувала відео в Інтернеті.

(…)

93. Крім того, заявниця стверджувала, що її кримінальне засудження не мало жодної законної мети. За її словами, єдиною метою було покарати її за вираження своїх поглядів.

(…)

95. Уряд погодився з наявністю втручання у право заявниці на свободу вираження поглядів, проте стверджував, що воно відповідає пункту 2 статті 10 Конвенції.

96. Уряд стверджував, що пункт 2 статті 297 Кримінального кодексу, згідно з яким заявник був засуджений, було сформульовано досить чітко. Як зазначено в ньому, наруга над могилою може складатися з різних дій, а їх мотиви не впливають на кваліфікацію.

97. На думку Уряду, немає ніяких підстав сумніватися в тому, що дії заявниці спричинили наругу над могилою Невідомого солдата. Вони відзначили, що Вічний вогонь, на якому заявниця смажила яйця, був частиною меморіалу, що включає тридцять дві могили солдатів, які загинули під час Другої світової війни. Це було святе і символічне місце, де кожен рік збиралися ветерани

війни, щоб вшанувати пам'ять своїх загиблих товаришів. Відповідно, Уряд стверджував, що, незалежно від викладених мотивів заявниці, її дії виявили неповагу та знущання і були образливими для ветеранів та тих, чиї родичі загинули під час війни.

98. Таким чином, Уряд стверджував, що засудження заявника мало законну мету – захист моралі та інших прав.

99. Що стосується того, чи це було необхідно в демократичному суспільстві, Уряд звернув увагу Суду на той факт, що ув'язнення заявника було відстрочене. Відповідно, втручання у її права згідно зі статтею 10 не можна вважати непропорційним до поставленої мети.

(…)

107. Звертаючись до фактів цієї справи, Суд зазначає: те, що заявниця вчинила, вона вважала художньою діяльністю, спрямованою на те, щоб протестувати проти марнотратного використання природного газу державою, не звертаючи уваги на поганий рівень життя ветеранів. Більш конкретно, вона смажила яйця на Меморіалі Вічної Слави, знімала свої дії, підготувала заяву, що пояснювала її позицію та опублікувала відео з цією заявою в Інтернеті. Проте заявниця була притягнута до кримінальної відповідальності та засуджена лише за смаження яєць над Вічним вогнем, що, як стверджували національні суди, було наругою над могилою становило злочин з КК України.

108. Іншими словами, заявниця була засуджена не за вираження поглядів. Її було засуджено лише за конкретну поведінку в певному місці. Більше того, це було засновано на загальній забороні зневаги до Могили Невідомого солдата, що є частиною звичайного кримінального права.

109. Що стосується справедливості судового розгляду та наданих процедурних гарантій, то Суд зазначає, що в матеріалах справи немає нічого, що б припускало, що місцеві суди помилилися в оцінці відповідних фактів або неправильно застосували національне законодавство. Більше того, хоча вітчизняні суди недостатньо уваги приділяли заявленим мотивам заявника, враховуючи їх неприйнятність для юридичної класифікації її дій, Суд зазначає, що вони враховували індивідуальні обставини заявника при ухваленні рішення щодо її покарання. Що стосується посилання заявника на внутрішні справи, що стосуються фактично різних інцидентів наруги над могилою, Суд не бачить, як її засудження суперечило цій практиці.

110. Суд не може погодитися з твердженням заявниці, що її поведінка на меморіалі не може бути розумно інтерпретована як зневажлива до тих, на честь яких цей меморіал був споруджений. Згідно з її логікою, єдине, що мало значення для Вічного вогню, – це природний газ, необхідний для того, щоб горіти. Проте вічне полум'я є давньою традицією в багатьох культурах та релігіях, які найчастіше спрямовані на пам'ять людини або події національного значення або служать символом мужнього характеру. Вічний вогонь, на якому заявниця готувала яєчню, є частиною пам'ятника пам'яті солдатів, які віддали свої життя, захищаючи свою та заявниці країну під час Другої світової війни.

111. Оцінюючи характер і суворість покарання, Суд зауважує, що вирок у цій справі був відстрочений і заявниця його не виконувала жодного дня.

112. Беручи до уваги всі обставини справи, Суд вважає, що стверджуване обмеження узгоджено зі свободою вираження поглядів заявника.

113. Отже, Суд робить висновок, що порушення статті 10 Конвенції не було». [Sinkova v. Ukraine (39496/11). ECHR- 20018-VII. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–181210]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 297 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

297.4.1. Правова позиція ЄСПЛ: мотив діяння не входить до обов'язкових ознак наруги над могилою.

(Див.: 297.3.1 – п. 96 і п. 109)

297.4.2. Правова позиція ЄСПЛ: право людини на свободу вираження поглядів не може бути реалізовано шляхом вчинення наруги над могилою.

(Див.: 297.3.1 – п. 108)

Стаття 298. Незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини

1. Незаконне проведення археологічних розвідок, розкопок, інших земляних чи підводних робіт на об'єкті археологічної спадщини –

караються штрафом до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Умисне незаконне знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини чи їх частин –

караються штрафом до ста п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

3. Дії, передбачені частиною другою цієї статті, вчинені щодо пам'яток національного значення, –

караються позбавленням волі на строк до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

4. Дії, передбачені частинами другою або третьою цієї статті, вчинені з метою пошуку рухомих предметів, що походять із об'єктів археологічної спадщини, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

5. Дії, передбачені частинами другою або третьою цієї статті, вчинені службовою особою з використанням службового становища, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Стаття 298 в редакції Закону № 1626-IV від 18.03.2004; із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008; в редакції Закону № 2518-VI від 09.09.2010)

§1. Норми міжнародного права
щодо об'єктів археологічної та культурної спадщини

298.1.1. Конвенція про заходи, спрямовані на заборону та запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності

(ЮНЕСКО, від 14.11.1970)

(ратифіковано Указом ПВР № 5396-XI від 10.02.1988)

«Статья 1

Для целей настоящей Конвенции культурными ценностями считаются ценности религиозного или светского характера, которые рассматриваются каждым государством как представляющие значение для археологии, доисторического периода, истории, литературы, искусства и науки и которые относятся к перечисленным ниже категориям:

a) редкие коллекции и образцы флоры и фауны, минералогии, анатомии и предметы, представляющие интерес для палеонтологии;

b) ценности, касающиеся истории, включая историю науки и техники, историю войн и обществ, а также связанные с жизнью национальных деятелей, мыслителей, ученых и артистов и с крупными национальными событиями;

c) археологические находки (включая обычные и тайные) и археологические открытия;

d) составные части расчлененных художественных и исторических памятников и археологических мест;

e) старинные предметы более чем 100-летней давности, такие как надписи, чеканные монеты и печати;

f) этнологические материалы;

g) художественные ценности, такие как:

i) полотна, картины и рисунки целиком ручной работы на любой основе и из любых материалов (за исключением чертежей и промышленных изделий, украшенных от руки);

ii) оригинальные произведения скульптурного искусства из любых материалов;

iii) оригинальные гравюры, эстампы и литографии;

iv) оригинальные художественные подборки и монтажи из любых материалов;

h) редкие рукописи и инкунабулы, старинные книги, документы и издания, представляющие особый интерес (исторический, художественный, научный, литературный и т. д.), отдельно или в коллекциях;

i) почтовые марки, налоговые и аналогичные им марки, отдельно или в коллекциях;

j) архивы, включая фоно-, фото- и киноархивы;

k) мебель более чем 100-летней давности и старинные музыкальные инструменты.

(…)

Статья 4

Государства – участники настоящей Конвенции признают, что в соответствии с целями настоящей Конвенции культурное наследие каждого государства включает перечисленные ниже категории ценностей:

a) культурные ценности, созданные отдельными лицами или коллективами лиц, являющихся гражданами данного государства, и культурные ценности, имеющие важное значение для данного государства и созданные на территории этого государства иностранными гражданами или лицами без гражданства, проживающими на территории данного государства;

b) культурные ценности, обнаруженные на национальной территории;

c) культурные ценности, приобретенные археологическими, этнологическими и естественнонаучными экспедициями с согласия компетентных властей страны, откуда происходят эти ценности;

d) культурные ценности, приобретенные в результате добровольных обменов;

e) культурные ценности, полученные в качестве дара или законно купленные с согласия компетентных властей страны, откуда происходят эти ценности». [Конвенція про заходи, спрямовані на заборону та запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності. (ЮНЕСКО, від 14.11.1970). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_186]

298.1.2. Конвенція про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини

(ЮНЕСКО, від 16.11.1972)

(ратифіковано Указом ПВР № 6673-XI від 04.10.1988)

«Стаття 1. У цій Конвенції під «культурною спадщиною» розуміються:

пам'ятки: твори архітектури, монументальної скульптури й живопису, елементи та структури археологічного характеру, написи, печери та групи елементів, які мають видатну універсальну цінність з точки зору історії, мистецтва чи науки;

ансамблі: групи ізольованих чи об'єднаних будівель, архітектура, єдність чи зв'язок з пейзажем яких є видатною універсальною цінністю з точки зору історії, мистецтва чи науки;

визначні місця: твори людини або спільні витвори людини й природи, а також зони, включаючи археологічні визначні місця, що є універсальною цінністю з точки зору історії, естетики, етнології чи антропології.

Стаття 2. У цій Конвенції під «природною спадщиною» розуміються:

природні пам'ятки, створені фізичними й біологічними утвореннями або групами таких утворень, що мають видатну універсальну цінність з точки зору естетики чи науки;

геологічні й фізіографічні утворення й суворо обмежені зони, що є ареалом видів тварин і рослин, які зазнають загрози й мають видатну універсальну цінність з точки зору науки чи збереження;

природні визначні місця чи суворо обмежені природні зони, що мають видатну універсальну цінність з точки зору науки, збереження чи природної краси». [Конвенція про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини. (ЮНЕСКО, від 16.11.1972). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_089]

298.1.3. Європейська конвенція про правопорушення, що пов'язані з культурною власністю

(Рада Європи, від 23.06.1985)

(ратифіковано Законом від 10.12.200)

«Статья 2

1. Настоящая Конвенция применяется к культурной собственности, указанной в пункте 1 Приложения II.

2. Любое Договаривающееся государство может в любое время заявить, что в целях настоящей Конвенции оно рассматривает в качестве культурной собственности одну или более категорий имущества, указанного в пункте 2 Приложения II.

3. Любое Договаривающееся государство может в любое время заявить, что в целях настоящей Конвенции в качестве культурной собственности оно также рассматривает любую категорию движимого или недвижимого имущества, представляющего художественный, исторический, археологический и другой интерес с точки зрения культуры, но не включенную в Приложение II.

(…)

Приложение II

1. a) археологические находки, полученные в результате археологических исследований и раскопок (включая обычные и незаконные), проводимых на земле и под водой;

b) элементы художественных и исторических памятников или археологических объектов, которые были расчленены;

c) картины, живопись и рисунки ручной работы на любой основе и с использованием любых материалов, имеющие важное значение для художественной, исторической, археологической, научной и других областей культуры;

d) оригинальные произведения ваяния и скульптуры из любого материала, имеющие важное значение для художественной, исторической, археологической, научной и других областей культуры, а также отдельные части таких произведений;

e) оригинальные гравюры, эстампы, литографии и фотографии, имеющие важное значение для художественной, исторической, археологической, научной и других областей культуры;

f) орудия труда, глиняные изделия, надписи, монеты, печати, драгоценности, оружие и останки захоронений, включая мумии, более чем столетней давности;

g) предметы мебели, гобелены, ковры и одежда более чем столетней давности;

h) музыкальные инструменты более чем столетней давности;

i) редкие манускрипты и инкунабулы, единичные или в коллекциях.

2. a) оригинальные художественные коллекции и монтажи из любого материала, имеющие важное значение для художественной, исторической, археологической, научной и других областей культуры;

b) произведения прикладного искусства из таких материалов, как стекло, керамика, металл, дерево и т.п., имеющие важное значение для художественной, исторической, археологической, научной и других областей культуры;

c) старинные книги, документы и публикации, представляющие особый интерес (исторический, художественный, научный и т.п.), единичные или в коллекциях;

d) архивы, включающие записи текстов, карты и другие картографические материалы, фотографии, кинопленки, звуковые записи и машиночитаемые записи, имеющие важное значение для художественной, исторической, археологической, научной и других областей культуры;

e) вещи, имеющие отношение к истории, включая историю науки и техники, а также военную историю и историю общества;

f) вещи, связанные с жизнью национальных руководителей, мыслителей, ученых и художников;

g) предметы, связанные с важными национальными событиями;

h) редкие коллекции и образцы фауны;

i) редкие коллекции и образцы флоры;

j) редкие коллекции и образцы минералов;

k) редкие анатомические коллекции и образцы;

l) предметы, представляющие интерес с точки зрения палеонтологии;

m) материалы, представляющие интерес с точки зрения антропологии;

n) предметы, представляющие интерес с точки зрения этнологии;

o) предметы, представляющие интерес с точки зрения филателии;

p) раритеты, представляющие интерес с точки зрения нумизматики (медали и монеты);

q) все останки и предметы или другие следы существования человека, являющиеся свидетельством эпох и цивилизаций, для которых раскопки и открытия являются главным или одним из основных источников научной информации;

r) памятники архитектуры, искусства или истории;

s) представляющие большое значение археологические, исторические или научные участки местности, строения и другие сооружения большой исторической, художественной, научной или архитектурной ценности как религиозного, так и светского характера, включая группы традициональных сооружений, исторические кварталы в городских или сельских районах и представляющие интерес с точки зрения этнологии сооружения предшествующих культур, еще продолжающих существование». [Європейська конвенція про правопорушення, що пов'язані з культурною власністю (Рада Європи, від 23.06.1985) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_049]

298.1.4. Європейська конвенція про охорону археологічної спадщини (переглянута) (ETS N 143)

(Рада Європи, від 16.01.1992)

(ратифіковано Законом від 10.12.2003)

«**ВИЗНАЧЕННЯ АРХЕОЛОГІЧНОЇ СПАДЩИНИ**

Стаття 1

1. Метою цієї (переглянутої) Конвенції є охорона археологічної спадщини як джерела європейської колективної пам'яті та засобу історичних і наукових досліджень.

2. З цією метою складовими частинами археологічної спадщини вважаються всі матеріальні залишки та об'єкти, а також будь-які інші сліди існування людства у минулих епохах:

i) збереження і вивчення яких допомагає з'ясувати розвиток історії людства та його зв'язок з природним середовищем;

ii) головними джерелами отримання інформації відносно яких є розкопки або знахідки й інші методи дослідження історії людства та середовища, що його оточує;

iii) які знаходяться у будь-якому місці, що знаходиться під юрисдикцією Сторін.

3. Археологічна спадщина включає споруди, архітектурні ансамблі, розбудовані та облаштовані ділянки території, рухомі об'єкти, інші пам'ятки, а також їхній контекст, незалежно від місця розташування на суходолі або під водою». [Європейська конвенція про охорону археологічної спадщини (переглянута) (ETS N 143). (Рада Європи, від 16.01.1992) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_150]

298.1.5. Конвенція про охорону нематеріальної культурної спадщини

(ЮНЕСКО, від 17.10.2003)

(приєднання Законом від 06.03.2008)

*«**Стаття 2. Визначення***

Для цілей цієї Конвенції:

1. Термін «нематеріальна культурна спадщина» означає ті звичаї, форми показу та вираження, знання та навички, а також пов'язані з ними інструменти, предмети, артефакти й культурні про-

стори, які визнані спільнотами, групами й у деяких випадках окремим особами як частина їхньої культурної спадщини. Ця нематеріальна культурна спадщина, що передається від покоління до покоління, постійно відтворюється спільнотами та групами під впливом їхнього оточення, їхньої взаємодії з природою та їхньої історії і формує у них почуття самобутності й наступності, сприяючи таким чином повазі до культурного різноманіття й творчості людини. Для цілей цієї Конвенції до уваги береться лише та нематеріальна культурна спадщина, яка є сумісною з існуючими міжнародними договорами з прав людини, з вимогами взаємної поваги між спільнотами, групами та окремими особами, а також сталого розвитку.

2. Термін «нематеріальна культурна спадщина», як її визначено у викладеному вище пункті 1, проявляється, inter alia, у таких галузях:

a) усних традиціях та формах вираження, зокрема в мові як носії нематеріальної культурної спадщини;

b) виконавському мистецтві;

c) звичаях, обрядах, святкуваннях;

d) знаннях та практиці, що стосуються природи та всесвіту;

e) традиційних ремеслах.

3. Термін «охорона» означає заходи, спрямовані на забезпечення життєздатності нематеріальної культурної спадщини, у тому числі її ідентифікації, документування, дослідження, збереження, захисту, популяризацію, підвищення її ролі, її передачу, зокрема шляхом формальної та неформальної освіти, а також відродження різних аспектів такої спадщини.

(…)

Стаття 12. Переліки

1. Щоб забезпечити ідентифікацію для охорони, кожна держава-учасниця з урахуванням своєї ситуації складає один чи більш ніж один перелік нематеріальної культурної спадщини, наявної на її території. Такі переліки повинні оновлюватися регулярно». [Конвенція про охорону нематеріальної культурної спадщини. (ЮНЕСКО, від 17.10.2003). http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_d69[

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 298 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

298.4.1. Кваліфікація проведення пошукових робіт на об'єкті природної спадщини, а також знищення, руйнування або пошкодження об'єктів природної спадщини, стикається з тим, що деякі норми національного права знаходяться в колізії з певними нормами міжнародного права.

Так, Конвенція про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини (*див.: 298.1.2*) до об'єктів культурної спадщини відносить лише твори людини або спільні витвори людини й природи. Суто природні об'єкти можуть мати видатну універсальну цінність але не належать до культурної спадщини. Натомість за ст. 1 Закону України «Про охорону культурної спадщини» об'єкти культурної спадщини – це не тільки створені людиною, але також «природні, природно-антропогенні» об'єкти.

Оскільки така позиція законодавця не суперечить цілям Конвенція про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини, що викладені в її преамбулі, зазначена колізія має бути вирішена на користь кваліфікації проведення пошукових робіт на об'єкті природної спадщини, а також знищення, руйнування або пошкодження об'єктів природної спадщини (як вони визначені у міжнародному праві) за ст. 298 КК.

Наразі слід узяти до уваги, що такі дії стосовно об'єктів природної спадщини можуть утворювати сукупність злочину, передбаченого ст. 298 КК, зі злочинами про довкілля (ст. 240 «Порушення правил охорони або використання надр», ст. 246. «Незаконна порубка лісу», ст. 252. «Умисне знищення або пошкодження територій, узятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду» тощо) – за наявності усіх передбачених вказаними статтями ознак відповідного злочину.

298.4.2. Не належить до предметів цього складу злочину «нематеріальна культурна спадщина», зокрема: усні традиції та форми вираження; виконавське мистецтво; звичаї, обряди, святкування; знання та практика, що стосуються природи та всесвіту; традиційні ремесла.

(Див.: 298.1.5)

298.4.3. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність», має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати вірогідність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

298.4.4. Цей злочин слід відмежовувати від адміністративного правопорушення «Порушення вимог законодавства про охорону культурної спадщини» (ст.92 КпАП). Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» у розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за ст. 92 КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за ст. 298 КК України, існує імовірність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 298[1]. Знищення, пошкодження або приховування документів чи унікальних документів Національного архівного фонду

1. Умисне знищення, пошкодження або приховування документів Національного архівного фонду – карається штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців.

2. Ті самі дії, вчинені щодо унікальних документів Національного архівного фонду, – караються позбавленням волі на строк до трьох років.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені службовою особою з використанням службового становища, – караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

(Кодекс доповнено статтею 298[1] згідно із Законом № 534-V від 22.12.2006)

Стаття 299. Жорстоке поводження з тваринами

1. Жорстоке поводження з тваринами, що відносяться до хребетних, у тому числі безпритульними тваринами, що вчинене умисно та призвело до каліцтва чи загибелі тварини, а також нацьковування тварин одна на одну чи інших тварин, вчинене з хуліганських чи корисливих мотивів, публічні заклики до вчинення діянь, які мають ознаки жорстокого поводження з тваринами, а також поширення матеріалів із закликами до вчинення таких дій –

караються арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені у присутності малолітнього чи неповнолітнього, –

караються обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені з особливою жорстокістю або у присутності малолітнього чи неповнолітнього, або щодо двох і більше тварин, або повторно, або групою осіб, або вчинені активним способом, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

(Стаття 299 в редакції Закону № 2120-VIII від 22.06.2017)

§1. Норми міжнародного права
щодо поводження з тваринами

299.1.1. Європейська конвенція про захист домашніх тварин
(Рада Європи, від 13.11.1987)
(ратифіковано Законом від 18.09.2013)
«Стаття 1. Визначення
1. Під домашньою твариною мається на увазі будь-яка тварина, яку утримує чи збирається утримувати людина, зокрема у своїй оселі для власного задоволення й товариства.
(…)
5. Під безпритульною твариною мається на увазі домашня тварина, яка або не має притулку, або знаходиться за межами оселі свого власника чи хазяїна й не перебуває під контролем чи безпосереднім наглядом будь-якого власника чи хазяїна.
Стаття 3. Основні принципи благополуччя тварин
1. Ніхто не повинен спричиняти для домашньої тварини непотрібного болю, страждання або пригнічення.
(…)
Стаття 10. Хірургічні операції
1. Хірургічні операції для зміни зовнішнього вигляду домашньої тварини або для інших нелікувальних цілей забороняються, зокрема:
a) купірування хвоста;
b) купірування вух;
c) позбавлення голосу;
d) видалення зубів і пазурів.
2. Винятки із цих заборон дозволяються лише:
a) якщо ветеринарний лікар уважає, що нелікувальні заходи є необхідними або з огляду на ветеринарно-медичні показники, або для користі будь-якої конкретної тварини;
b) для запобігання розмноженню.
3. a) Операції, під час яких тварина буде чи може буде переносити гострий біль, проводяться із застосуванням анестезії тільки ветеринарним лікарем або під його контролем.
b) Операції при яких застосування анестезії не вимагається, можуть проводитися особою, компетентною відповідно до національного законодавства.
Стаття 11. Присипляння
1. Присипляти тварин має право тільки ветеринарний лікар або інша компетентна особа, за винятком надзвичайних ситуацій, коли необхідно покласти край стражданням тварини, а допомога ветеринарного лікаря або іншої компетентної особи не може бути надана швидко, чи в будь-яких інших надзвичайних ситуаціях, передбачених національним законодавством. Усі присипляння повинні здійснюватися із спричиненням мінімальних фізичних і психічних страждань відповідно до обставин. Вибраний спосіб присипляння, за винятком присипляння в надзвичайній ситуації, повинен:
a) або спричинити швидку втрату свідомості й смерть, або
b) починатися зі спричинення глибокого загального знеболювання, за яким настає етап, який зрештою обов'язково призведе до смерті;
Особа, відповідальна за присипляння, повинна переконатись, що тварина мертва, перед тим, як її тіло буде ліквідовано.
2. Забороняються такі методи присипляння:
a) утоплення та інші способи задушення, якщо вони не зумовлюють наслідків, яких вимагає підпункт «b» пункту 1;

b) використання отруєних речовин або ліків, доза або застосування яких не можуть бути проконтрольовані з погляду зумовлення наслідку, згаданого в пункті 1;

c) використання електричного струму, якщо цьому не передує миттєва втрата свідомості.

Стаття 12. Зменшення кількості

Коли Сторона уважає, що кількість безпритульних тварин становить для неї проблему, вона вживає відповідних законодавчих та (або) адміністративних заходів, які необхідні для зменшення їхньої кількості у спосіб, який не викликає болю, страждань або пригнічення, яких можна уникнути.

a) Такі заходи повинні відповідати таким вимогам:

i) якщо необхідним є відлов таких тварин, то він повинен проводитись зі спричиненням їм мінімальних фізичних і психічних страждань;

ii) незалежно від того, будуть ці тварини утримуватися в притулку чи будуть присиплятися, робитися це повинно відповідно до принципів, викладених у цій Конвенції». [Європейська конвенція про захист домашніх тварин. (Рада Європи, від 13.11.1987). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_a15]

299.1.2. Європейська конвенція про захист хребетних тварин, що використовуються для дослідних та інших наукових цілей

(Рада Європи, від 18.03.1986)

(підписання, див.: розпорядження Президента України №76/2017-рп від 03.04.2017)

*«**Стаття 1***

(…)

2. У цій Конвенції:

(…)

j) «гуманний метод умертвіння» означає умертвіння тварини з як найменшими фізичними та психічними стражданнями, властивими видам тварин.

(…)

Стаття 7

У разі необхідності здійснення тієї чи іншої процедури вибір видів тварин ретельно розглядається і, коли це необхідно, пояснюється уповноваженому органу; серед процедур вибираються ті, які використовують мінімальну кількість тварин, спричиняють якнайменше болю, страждань, занепокоєння чи тривалої шкоди та які найвірогідніше призведуть до задовільних результатів.

(…)

Стаття 8

Процедура здійснюється під загальною чи місцевою анестезією або знеболюванням чи за допомогою інших методів, які спрямовані на усунення, коли це практично можливо, болю, страждань, занепокоєння чи тривалої шкоди і застосовуються під час всієї процедури, якщо:

a) біль, що спричиняється процедурою, є не меншим, ніж порушення нормального стану тварини внаслідок застосування анестезії чи знеболювання, або

b) застосування анестезії чи знеболювання не є несумісним з метою процедури. У таких випадках, для заборони здійснення такої процедури без необхідності, вживаються відповідні законодавчі та/або адміністративні заходи.

(…)

Стаття 11

1. Після закінчення процедури приймається рішення щодо того, чи тварина залишається живою, чи вона умертвляється гуманним методом. Тварина не повинна залишатися живою, якщо, навіть у випадку відновлення її стану здоров'я до нормального в усіх інших відношеннях, вона вірогідно страждатиме від тривалого болю чи занепокоєння». [Європейська конвенція про захист хребетних тварин, що використовуються для дослідних та інших наукових цілей (Рада Європи, від 18.03.1986) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_137]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 299 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

299.4.1. Під безпритульною твариною мається на увазі домашня тварина, яка або не має притулку, або знаходиться за межами оселі свого власника чи хазяїна й не перебуває під контролем чи безпосереднім наглядом будь-якого власника чи хазяїна.

(Див.: 299.1.1. – ст. 1)

299.4.2. Утворює склад цього злочину проведення без анестезії хірургічних операції для зміни зовнішнього вигляду домашньої тварини (дозволених чи заборонених міжнародними договорами) якщо це призвело до каліцтва чи загибелі тварини (наприклад, від больового шоку).

(Див.: 299.1.1. – ст. 10)

299.4.3. Частини 2 і 3 ст. 299 КК України знаходяться у колізії, оскільки містять однакову ознаку складу злочину – присутність малолітнього чи неповнолітнього під час жорстокого поводження з тваринами.

299.4.4. Нацьковування тварин одна на одну чи інших тварин (ч. 1 ст. 299) є жорстоким поводженням щодо двох і більше тварин, вчиненим активним способом (ч. 3 ст. 299). Така колізія означає, що нацьковування тварин одна на одну чи інших тварин, вчинене з хуліганських чи корисливих мотивів, має кваліфікуватися лише за ч. 3 ст. 299 КК України.

299.4.5. За частиною 1 ст. 299 кваліфікується жорстоке поводження з тваринами, що вчиняється виключно бездіяльністю (наприклад, залишення тварини без води чи їжі). Активні ж дії, наприклад, побої, застосування електричного струму, утоплення тварини, належать до дій, які «вчинені активним способом», що є ознакою ч. 3 ст. 299 КК України.

299.4.6. Цей злочин слід відмежовувати від адміністративного правопорушення «Жорстоке поводження з тваринами» (ст. 89 КпАП). Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» в розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи за жорстоке поводження з тваринами спочатку за ст. 89 КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за ст. 299 КК України, існує вірогідність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 300. Ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію

1. Ввезення в Україну творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, з метою збуту чи розповсюдження або їх виготовлення, зберігання, перевезення чи інше переміщення з тією самою метою або їх збут чи розповсюдження, а також примушування до участі в їх створенні –

караються штрафом до ста п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії щодо кіно- та відеопродукції, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, а також збут неповнолітнім чи розповсюдження серед них творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, –

караються штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до п'яти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони вчинені повторно чи за попередньою змовою групою осіб, а також примушування неповнолітніх до участі у створенні творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 300 в редакції Закону № 1707-VI від 05.11.2009; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1019-VIII від 18.02.2016)

§1. Норми міжнародного права

щодо виготовлення і розповсюдження матеріалів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію

300.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«Стаття 14. Заборона дискримінації

Користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

300.1.2. Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації

(ООН, від 21.12.1965)

(див. Указ ПВР від 14.03.1989)

«Стаття 4

Держави-учасниці осуджують всяку пропаганду і всі організації, які ґрунтуються на ідеях або теоріях переваги однієї раси чи групи осіб певного кольору шкіри або етнічного походження або намагаються виправдати, або заохочують расову ненависть і дискримінацію в будь-якій формі, і зобов'язуються вжити негайних і позитивних заходів, спрямованих на викоренення всякого підбурювання до такої дискримінації чи актів дискримінації, і з цією метою вони відповідно до принципів, поданих у Загальній декларації прав людини, і прав, ясно викладених у Статті 5 цієї Конвенції, серед іншого:

а) оголошують злочином, що карається за законом, всяке поширення ідей, основаних на расовій перевазі або ненависті, всяке підбурювання до расової дискримінації, а також усі акти насильства або підбурювання до таких актів, спрямованих проти будь-якої раси чи групи осіб іншого кольору шкіри або етнічного походження, а також подання будь-якої допомоги для проведення расистської діяльності, включаючи її фінансування». [Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації. (ООН, від 21.12.1965). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_105]

300.1.3. Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи

(Рада Європи, від 28.01.2003)

(ратифіковано Законом від 21.07.2006)

«Стаття 3. Поширення расистського та ксенофобного матеріалу через комп'ютерні системи

1. Кожна Сторона вживає таких законодавчих й інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання у її національному законодавстві злочинами, у разі умисного вчинення без права на це, таких дій:

розповсюдження або іншим чином надання громадськості доступу через комп'ютерні системи до расистського та ксенофобного матеріалу». [Додатковий протокол до Конвенції про кіберз-

лочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи (Рада Європи, від 28.01.2003). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_687]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо виготовлення і розповсюдження матеріалів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію

300.2.1. Справа «Луценко проти України»

«71. Хоча свобода вираження поглядів не є абсолютною та може бути обмежена, будь-які такі обмеження мають бути пропорційними. У зв'язку з цим Суд повторює, що засудження до покарання у вигляді позбавлення волі за правопорушення в інформаційній сфері буде відповідати праву на свободу вираження поглядів, гарантованому статтею 10 Конвенції, лише у виняткових випадках, а саме, якщо буде серйозно порушено інші основоположні права, як, наприклад, в справах щодо виступу, що розпалює ненависть, або підбурювання до насильства». [Луценко проти України (6492/11). https://minjust.gov.ua/files/25604]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 300 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

300.4.1. Розповсюдження творів, що пропагують національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, якщо такі дії спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності, кваліфікуються за відповідними частинами ст. 161 КК України. Вчинення таких дій з іншою метою (наприклад, для отримання прибутку) кваліфікуються за ст. 300 КК України.

300.4.2. Притягнення до відповідальності журналістів за публікацію творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію виглядає як колізія зі ст. 171 КК України, що забороняє умисне перешкоджання здійсненню журналістом законної професійної діяльності. У таких випадках необхідно враховувати, правову позицію ЄСПЛ: засудження за правопорушення в інформаційній сфері буде відповідати праву на свободу вираження поглядів, гарантованому ст. 10 Конвенції, лише у виняткових випадках, а саме, якщо буде серйозно порушено інші основоположні права, як, наприклад, у справах щодо публікацій, які розпалюють ненависть, підбурюють до насильства».

(Див.: 300.2.1, а також 171.2.8)

300.4.3. Розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, якщо таке розповсюдженя здійснюється з використанням інформаційних інтернет-порталів, які надають у комерційних цілях платформу для користувацьких коментарів щодо раніше опублікованого контенту, може поставити питання про відповідальність провайдерів (власників компаній, адміністраторів) таких інтернет-порталів.

(Див.: 0.4.11)

Стаття 301. Ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів

1. Ввезення в Україну творів, зображень або інших предметів порнографічного характеру з метою збуту чи розповсюдження або їх виготовлення, зберігання, перевезення чи інше переміщення з тією самою метою, або їх збут чи розповсюдження, а також примушування до участі в їх створенні –

караються штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені щодо кіно- та відеопродукції, комп'ютерних програм порнографічного характеру, а також збут неповнолітнім чи розповсюдження серед них творів, зображень або інших предметів порнографічного характеру, –

караються штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або з отриманням доходу у великому розмірі, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

4. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені щодо творів, зображень або інших предметів порнографічного характеру, що містять дитячу порнографію, або примушування неповнолітніх до участі у створенні творів, зображень або кіно- та відеопродукції, комп'ютерних програм порнографічного характеру –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

5. Дії, передбачені частиною четвертою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або з отриманням доходу у великому розмірі, –

караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. Отримання доходу у великому розмірі має місце, коли його сума у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 301 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1520-VI від 11.06.2009, № 1819-VI від 20.01.2010, № 770-VIII від 10.11.2015)

Стаття 302. Створення або утримання місць розпусти і звідництво

1. Створення або утримання місць розпусти, а також звідництво для розпусти –

караються штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Ті самі дії, вчинені з метою наживи або особою, раніше судимою за цей злочин, або вчинені організованою групою, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені із залученням неповнолітнього, –

караються позбавленням волі на строк від двох до семи років.

4. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені із залученням малолітньої особи, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

(Статтю 302 доповнено частиною четвертою згідно із Законом № 2334-VIII від 14.03.2018)

Стаття 303. Сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією

1. Втягнення особи в заняття проституцією або примушування її до зайняття проституцією з використанням обману, шантажу чи уразливого стану цієї особи, або із застосуванням чи погрозою застосування насильства, або сутенерство –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо кількох осіб або повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням службового становища, або особою, від якої потерпілий був у матеріальній чи іншій залежності, –

караються позбавленням волі на строк від чотирьох до семи років.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені щодо неповнолітнього або організованою групою, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна або без такої.

4. Дії, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, вчинені щодо малолітнього, або якщо вони спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

Примітка. 1. Під сутенерством у цій статті слід розуміти дії особи по забезпеченню заняття проституцією іншою особою.

2. Відповідальність за втягнення малолітнього чи неповнолітнього в заняття проституцією чи примушування їх до заняття проституцією за цією статтею має наставати незалежно від того, чи вчинені такі дії з використанням обману, шантажу, уразливого стану зазначених осіб або із застосуванням чи погрозою застосування насильства, використанням службового становища, або особою, від якої потерпілий був у матеріальній чи іншій залежності.

(Стаття 303 в редакції Закону № 3316-IV від 12.01.2006)

§1. Норми міжнародного права
щодо правопорушень в сфері сексуальної моралі

301.1.1. Міжнародна конвенція про припинення обігу порнографічних видань та торгівлі ними

(Ліга Націй, від 12.09.1923)
(див.: 0.4.2)
*«**Статья I***

Высокие Договаривающиеся Стороны соглашаются принимать всяческие меры к целях раскрытия, преследования и наказания всякого, кто окажется виновным в одном из действий, перечисленных ниже, и вследствие этого постановляют, что

подлежат наказанию:

1. Изготовление или хранение сочинений, рисунков, гравюр, картин, печатных изданий, изображений, афиш, эмблем, фотографий, кинематографических фильмов или других порнографических предметов, с целью их продажи или распространения, или же публичного их выставления;

2. Ввоз, провоз, вывоз лично или через другое лицо в вышеуказанных целях перечисленных сочинений, рисунков, гравюр, картин, печатных изданий, изображений, афиш, эмблем, фотографий, кинематографических фильмов или других порнографических предметов, или пуск их тем или другим путем в обращение;

3. Торговля ими даже не публичная, совершение с ними всяких операций какого бы то ни было вида, распространение их, публичное их выставление или же сдача их, в качестве профессии, в прокат;

4. Анонсирование или оглашение каким бы то ни было путем, в целях поощрения оборота или торговли, подлежащих пресечению, что какое-либо лицо занимается одним из перечисленных выше наказуемых действий, анонсирование или оглашение, как и через кого эти сочинения, рисунки, гравюры, картины, печатные издания, изображения, афиши, эмблемы, фотографии, кинематографические фильмы или другие порнографические предметы могут быть получены, либо непосредственно, либо через чье-либо посредство». [Міжнародна конвенція про припинення обігу порнографічних видань та торгівлі ними. (Ліга Націй, від 12.09.1923). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_592]

301.1.2. Всесвітня поштова конвенція

(Всесвітній поштовий союз, 11.10.2012)
(затверджено Указом № 316/2017 від 10.10.2017)
*«**Стаття 11***

Правопорушення

1. Поштові відправлення:

1.1 країни-члени беруть на себе зобов'язання вживати всіх необхідних заходів для запобігання, а також для переслідування і покарання будь-якої особи, яку визнано винною у вчиненні таких дій:

(…)

1.1.2 укладення в кореспонденцію предметів, пов'язаних з педофілією чи дитячою порнографією.

(…)

Стаття 18

Відправлення, що не допускаються. Заборони

(…)

2. Заборони для всіх категорій відправлень:

2.1 вкладення зазначених нижче предметів забороняється в усіх категоріях відправлень:

(…)

2.1.2 предметів непристойного чи аморального характеру». [Всесвітня поштова конвенція (Всесвітній поштовий союз, від 11.10.2012). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/055_001-12]

301.1.3. Конвенція про кіберзлочинність

(Рада Європи, від 23.11.2001)

(ратифіковано із застереженнями і заявами Законом від 07.09.2005)

«**Заголовок 3 – Правопорушення, пов'язані зі змістом**

Стаття 9. Правопорушення, пов'язані з дитячою порнографією

1. Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності відповідно до її внутрішнього законодавства за навмисне вчинення, без права на це, наступних дій:

a. вироблення дитячої порнографії з метою її розповсюдження за допомогою комп'ютерних систем;

b. пропонування або надання доступу до дитячої порнографії за допомогою комп'ютерних систем;

c. розповсюдження або передача дитячої порнографії за допомогою комп'ютерних систем;

d. здобуття дитячої порнографії за допомогою комп'ютерних систем для себе чи іншої особи;

e. володіння дитячою порнографією у комп'ютерній системі чи на комп'ютерному носії інформації.

2. Для цілей пункту 1 вище «дитяча порнографія» включає в себе порнографічний матеріал, який візуально зображує:

a. неповнолітню особу, задіяну у явно сексуальній поведінці;

b. особу, яка виглядає як неповнолітня особа, задіяну у явно сексуальній поведінці;

c. реалістичні зображення неповнолітньої особи, задіяної у явно сексуальній поведінці.

3. Для цілей пункту 2 вище термін «неповнолітня особа» включає в себе усіх осіб до 18 років. Сторона може, однак, передбачити нижчий віковий поріг, який має бути не меншим за 16 років.

4. Кожна Сторона може залишити за собою право не застосовувати, частково чи повністю, підпункти 1.d, 1.e, 2.b та 2.c.»[1]. [Конвенція про кіберзлочинність (Рада Європи, від 23.11.2001). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_575/]

301.1.4. Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії

(ООН, від 01.01.2000)

(ратифіковано Законом від 03.04.2003)

«Держави-учасниці цього Протоколу,

вважаючи, що для досягнення цілей Конвенції про права дитини та виконання її положень, особливо статей 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 і 36, було б доцільно надати більш широкий характер тим заходам, яких повинні вживати держави-учасниці з метою гарантованого захисту дитини від практики торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії,

[1] «Україна залишає за собою право не застосовувати повністю підпункти 1.d та 1.e статті 9 Конвенції» (Закон від 07.09.2005).

(…)

домовились про таке:

Стаття 1

Держави-учасниці забороняють торгівлю дітьми, дитячу проституцію і дитячу порнографію, як це передбачено цим Протоколом.

Стаття 2

Для цілей цього Протоколу:

(…)

b) дитяча проституція означає використання дитини у діяльності сексуального характеру за винагороду або будь-яку іншу форму відшкодування;

c) дитяча порнографія означає будь-яке зображення будь-якими засобами дитини, яка здійснює реальні або змодельовані відверто сексуальні дії, або будь-яке зображення статевих органів дитини, головним чином в сексуальних цілях.

Стаття 3

1. Кожна держава-учасниця забезпечує, щоб, як мінімум, наступні діяння і види діяльності були повною мірою охоплені її кримінальним або карним правом, незалежно від того, чи були ці злочини вчинені на національному або транснаціональному рівні, або в індивідуальному чи організованому порядку:

a) у контексті торгівлі дітьми, визначеній у статті 2:

i) пропозиція, передача чи отримання будь-якими засобами дитини з метою:

a. сексуальної експлуатації дитини;

b. передачі органів дитини за винагороду;

c. використання дитини на примусових роботах;

ii) неправомірне схиляння в якості посередництва до згоди на усиновлення дитини з порушенням застосовних міжнародно-правових актів щодо усиновлення;

b) пропозиція, отримання, передача чи надання дитини для цілей дитячої проституції, визначеній у статті 2;

c) виробництво, розподіл, розповсюдження, імпорт, експорт, пропозиція, продаж або зберігання у вищезазначених цілях дитячої порнографії, визначеної у статті 2.

2. Враховуючи положення національного законодавства держави-учасниці, аналогічні положення застосовуються до спроби вчинення будь-якого з цих діянь, а також до пособництва та співучасті у вчиненні будь-якого з цих діянь.

3. Кожна держава-учасниця передбачає належні міри покарання за ці злочини, виходячи зі ступеня їхньої тяжкості». [Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії. (ООН, від 01.01.2000). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_b09]

301.1.5. Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства

(Рада Європи, від 25.10.2007)

(ратифіковано Законом від 20.06.2012)

«**Глава VI**

Матеріальне кримінальне право

(…)

Стаття 19. Правопорушення, що стосуються дитячої проституції

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації такої умисної поведінки:

a) вербування дітей для заняття проституцією або спонукання дитини до участі в проституції;

b) примушування дитини до проституції або отримання прибутку від цього або іншого використання дитини із цією метою;

c) звернення до дитячої проституції.

2. Для цілей цієї статті термін «дитяча проституція» означає факт використання дитини для діяльності сексуального характеру, коли грошова чи інша форма винагороди або відшкодування надаються чи обіцяються як оплата, незалежно від того, чи здійснюється ця оплата, ця обіцянка або це відшкодування дитині чи третій особі.

(…)

Стаття 20. Правопорушення, що стосуються дитячої порнографії

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації такої умисної поведінки, учиненої без правових підстав:

a) виготовлення дитячої порнографії;

b) пропонування або надання доступу до дитячої порнографії;

c) розповсюдження або передавання дитячої порнографії;

d) придбання дитячої порнографії для себе або іншої особи;

e) володіння дитячою порнографією;

f) свідоме одержання доступу до дитячої порнографії за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій.

2. Для цілей цієї статті термін «дитяча порнографія» означає будь-які матеріали, які візуально зображують дитину, залучену до реальної або модельованої явно сексуальної поведінки, чи будь-яке зображення дитячих статевих органів, здебільшого із сексуальною метою.

3. Кожна Сторона може залишити за собою право не застосовувати цілком або частково підпунктів «a» та «e» пункту 1 цієї статті до виготовлення порнографічної продукції та володіння нею:

– яка складається лише з модельованих образів або реалістичних зображень неіснуючої дитини;

– до якої залучено дітей, які досягли віку, визначеного під час застосування пункту 2 статті 18 цієї Конвенції, якщо за їхньою згодою й тільки для їхнього приватного використання вони виготовили ці зображення або володіють ними.

4. Кожна Сторона може залишити за собою право не застосовувати цілком або частково підпункту «f» пункту 1 цієї статті.

Стаття 21. Правопорушення, що стосуються участі дитини в порнографічних виставах

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації такої умисної поведінки:

a) вербування дітей для участі в порнографічних виставах або спонукання дитини до участі в таких виставах;

b) примушування дитини до участі в порнографічних виставах або отримання користі від цього чи іншого використання дитини із цією метою;

c) свідоме відвідування порнографічних вистав, у яких залучено дітей.

2. Кожна Сторона може залишити за собою право обмежити застосування підпункту «c» пункту 1 цієї статті до випадків, коли дітей вербували або примушували відповідно до підпунктів «a» чи «b» пункту 1 цієї статті.

(…)

Стаття 28. Обтяжуючі обставини

Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення можливості врахування таких обставин, якщо вони вже не є частиною складових елементів злочину, згідно з відповідними положеннями національного законодавства як обтяжуючі обставини під час визначення покарання за правопорушення, установлені відповідно до цієї Конвенції:

a) злочин завдав серйозної шкоди фізичному або психічному здоров'ю жертви;

b) злочину передувало або його супроводжувало катування чи тяжке насилля;

c) злочин було скоєно проти особливо вразливої жертви;

d) злочин було скоєно членом сім'ї, особою, яка проживала з дитиною, або особою, яка зловживала своїми повноваженнями;

e) злочин було скоєно кількома особами, які діяли разом;

f) злочин було скоєно в рамках злочинної організації;

g) правопорушника вже було засуджено за злочин подібного характеру». [Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (Рада Європи, від 25.10.2007). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_927]

301.1.6. Конвенція про права дитини

(ООН, від 20.11.1989)

(ратифіковано Постановою ВР № 789-XII від 27.02.91)

«***Стаття 1***

Для цілей цієї Конвенції дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше.

(…)

Стаття 34

Держави-учасниці зобов'язані захищати дитину від усіх форм сексуальної експлуатації та сексуальних розбещень. З цією метою Держави-учасниці, зокрема, вживають на національному, двосторонньому та багатосторонньому рівнях всіх необхідних заходів щодо запобігання:

(…)

c) використанню дітей з метою експлуатації у порнографії та порнографічних матеріалах». [Конвенція про права дитини (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_021]

301.1.7. Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства

(Рада Європи, від 25.10.2007)

(ратифіковано Законом від 20.06.2012)

«**Глава VI**

Матеріальне кримінальне право

«***Стаття 20. Правопорушення, що стосуються дитячої порнографії***

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації такої умисної поведінки, учиненої без правових підстав:

a) виготовлення дитячої порнографії;

b) пропонування або надання доступу до дитячої порнографії;

c) розповсюдження або передавання дитячої порнографії;

d) придбання дитячої порнографії для себе або іншої особи;

e) володіння дитячою порнографією;

f) свідоме одержання доступу до дитячої порнографії за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій.

2. Для цілей цієї статті термін «дитяча порнографія» означає будь-які матеріали, які візуально зображують дитину, залучену до реальної або модельованої явно сексуальної поведінки, чи будь-яке зображення дитячих статевих органів, здебільшого із сексуальною метою.

(…)

Стаття 21. Правопорушення, що стосуються участі дитини в порнографічних виставах

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації такої умисної поведінки:

a) вербування дітей для участі в порнографічних виставах або спонукання дитини до участі в таких виставах;

b) примушування дитини до участі в порнографічних виставах або отримання користі від цього чи іншого використання дитини із цією метою;

c) свідоме відвідування порнографічних вистав, у яких залучено дітей.

2. Кожна Сторона може залишити за собою право обмежити застосування підпункту «c» пункту 1 цієї статті до випадків, коли дітей вербували або примушували відповідно до підпунктів «a» чи «b» пункту 1 цієї статті». [Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (Рада Європи, від 25.10.2007). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_927]

301.1.8. Конвенція про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці №182

(ООН, від 20.11.1989)

(ратифіковано Законом від 05.10.2000)

*«**Стаття 1***

Кожна держава-член, яка ратифікує цю Конвенцію, негайно вживає ефективних заходів щодо забезпечення в терміновому порядку заборони та ліквідації найгірших форм дитячої праці.

Стаття 2

В цілях цієї Конвенції термін «дитина» застосовується до всіх осіб віком до 18 років.

Стаття 3

В цілях цієї Конвенції термін «найгірші форми дитячої праці» включає:

a) усі форми рабства або практику, подібну до рабства, як наприклад, продаж дітей та торгівля ними, боргова кабала та кріпосна залежність, а також примусова чи обов'язкова праця, включаючи примусове чи обов'язкове вербування дітей для використання їх у збройних конфліктах;

b) використання, вербування або пропонування дитини для заняття проституцією, виробництва порнографічної продукції чи для порнографічних вистав». [Конвенція про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці N 182 (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_166]

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо правопорушень в сфері сексуальної моралі

301.3.1. Справа «Müller and Others v. Switzerland»

Фактичні обставини:

Усі заявники, за винятком пана Müller, були в 1981 р. організаторами виставки сучасного мистецтва м. Фрейбурга. Виставка «Fri-Art 81» була організована з приводу 500-річчя входження кантону Фрейбург до складу Швейцарської конфедерації. Пан Müller, художник був запрошений взяти в ній участь і представив три картини. 4 вересня 1981 р. уповноважений судовий слідчий розпорядився видалити картини пана Müller з виставки і піддати їх конфіскації. Вони підпадали, в його уявленні, під дію ст. 204 Кримінального кодексу Швейцарії про непристойні публікації.

24 лютого 1982 р. кримінальний суд засудив до покарання у вигляді стягнення з кожного заявника штрафу в розмірі 300 швейцарських франків за вчинення злочину за ст. 204 КК Швейцарії. Заявники подали апеляційну скаргу, але кантональний суд Фрейбурга як касаційна інстанція, відхилив її 26 квітня 1982 р.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«27. Заявники, безперечно, використовували своє право на свободу вираження поглядів – першого заявника, писати картини, а потім виставляти їх, та дев'ять інших, надавати змогу публічно демонструвати картини на виставці.

Слід визнати, що стаття 10 Конвенції не визначає, що свобода художнього вираження, яка розглядається тут, поширюється на її сферу застосування; але, з іншого боку, не робить різниці між різними формами вираження. Усі сторони в Суді визнали, що ст. 10 Конвенції включає свободу художнього вираження, зокрема свободу одержувати та передавати інформацію та ідеї, що дає можливість брати участь у громадському обміні культурною, політичною та соціальною інформацією та всілякими ідеями. Підтвердження того, що таке тлумачення є необхідним, передбачено в другому реченні пункту 1 статті 10, що стосується «радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств», тобто засобів масової інформації, діяльність яких поширюється на область мистецтва.

28. Заявники, безумовно, зазнали «втручання державної влади» в здійснення своєї свободи вираження поглядів – по-перше, через те, що їх було засуджено кримінальним судом, по-друге, внаслідок конфіскації картин, яке згодом було скасовано.

Такі заходи, які становлять «покарання» або «обмеження», не суперечать Конвенції виключно за умовах, передбачених у пункті 2 ст. 10 Конвенції. Отже, обидва заходи, на які скаржаться, не порушили статтю 10, якщо вони були «встановлені законом», мали одну або більше законних

цілей відповідно до пункту 2 ст. 10 і були «необхідні в демократичному суспільстві» для досягнення поставленої мети або цілей.

Як і Комісія, Суд знову розглядатиме засудження заявників та конфіскацію фотографій із цієї точки зору.

1. «Визначено законом»

29. З точки зору заявників, положення пункту 1 статті 204 Кримінального кодексу Швейцарії, зокрема, слово «непристойні», були надто невизначеними, з тим щоб людина могла регулювати свою поведінку, і отже, ні художник, ні організатор виставки не могли передбачити, що вони будуть вчиняти злочин. Цю думку не поділили уряд та Комісія.

Відповідно до прецедентної практики Суду, «передбачуваність» є однією з вимог до поняття «встановлені законом» у пункті 2 статті 10 Конвенції. Норма не може розглядатися як «закон», якщо вона не сформульована з достатньою точністю, з тим щоб надати громадянину – за потреби, з належною порадою – передбачити наслідки, які може мати певна дія. Однак Суд уже наголосив на неможливості досягти абсолютної точності у формулюванні законів, особливо у сферах, де ситуація змінюється відповідно до пануючих поглядів суспільства. Необхідність уникнути надмірної визначеності означає, що багато законів неминуче більшою чи меншою мірою є нечіткими. Положення кримінального права про непристойність належать до цієї категорії.

У даному випадку також слід зазначити, що Федеральний суд Австрії прийняв ряд послідовних рішень щодо «публікації» предметів «непристойного характеру». Ці рішення, доступні через опублікування доповнили зміст пункту 1 статті 204 Кримінального кодексу Австрії. Тому засудження заявників було здійснено відповідно до обмежень, що «встановлені законом» у значенні пункту 2 статті 10 Конвенції.

2. Легітимність досягнутої мети

30. Уряд стверджував, що мета втручання, яке оскаржувалося, полягала в захисті моралі та прав інших осіб. Щодо останнього вони посилалися насамперед на реакцію чоловіка та його доньки, які відвідали виставку «Fri-Art 81».

Суд визнає, що стаття 204 Кримінального кодексу Швейцарії спрямована на захист суспільної моралі, і немає підстав вважати, що при її застосуванні у цій справі швейцарські суди мали будь-які інші цілі, які були б несумісними з Конвенцією. Крім того, як зазначала Комісія, існує природний зв'язок між захистом моралі та захистом прав інших людей.

Отже, засудження заявників мало законну мету відповідно до пункту 2 статті 10 Конвенції.

3. «Необхідні в демократичному суспільстві»

31. Подання тих, які постали перед Судом, зосереджувались на питанні, чи оскаржуване втручання було «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення вищезазначеної мети.

На думку заявників, свобода художнього вираження мала настільки принципово важливе значення, що заборона твору або засудження за злочин завдало шкоди суті права, гарантованого статтею 10 Конвенції, і мала негативні наслідки для демократичного суспільства. Безсумнівно, що оскаржувані картини відобразили концепцію сексуальності, яка суперечила існуючій соціальній моралі, проте заявники стверджували, що їхній символічний зміст слід розглянути як твори мистецтва. Свобода художньої експресії буде позбавлена суті, якщо картини, подібні до творів Йозефа Фелікса Мюллера, не можуть бути показані людям, які цікавляться експериментальним сучасним мистецтвом.

З іншого боку, за твердженням уряду, втручання було необхідним, зокрема з огляду на предмет картини та конкретні обставини, у яких вони були виставлені.

З аналогічних причин і незалежно від будь-якої оцінки художньої чи символічної цінності, Комісія вважала, що швейцарські суди обґрунтовано стверджували, що картини були непристойними і мали право визнати заявників винними за статтею 204 Кримінального кодексу Швейцарії.

32. Суд постійно постановив, що в пункті 2 статті 10 Конвенції припис «необхідний» передбачає існування «нагальної соціальної потреби». Договірні держави мають певну свободу в оцінці того, чи існує така потреба, але це пов'язано з європейським наглядом, що охоплює як законодавство, так і рішення, що застосовують його, навіть ті, що надаються незалежним судом. Таким чином, Суд має повноваження приймати остаточне рішення щодо того, що «обмеження» або «покарання» узгоджуються зі свободою слова, як це захищено статтею 10 Конвенції.

Виконуючи свою наглядову юрисдикцію, Суд не може обмежуватися розглядом оскаржуваних судових рішень окремо; він повинен розглядати їх у контексті справи в цілому, включаючи картини, про які йде мова, та обставини, за якими вони були виставлені. Суд повинен визначити, чи

було втручання, що розглядається, «пропорційно поставленої законної мети» та чи були обставини, на які посилалися швейцарські суди «актуальними та достатніми».

(…)

34. Художники та ті, хто пропагує їх роботу, безумовно, не позбавлені обмежень, передбачених п. 2 ст. 10 Конвенції. Той, хто користується своєю свободою слова, обмежений, відповідно до чітких умов цього пункту, «обов'язками і відповідальністю»; їх обсяг буде залежати від ситуації та засобів, які він використовує. Розглядаючи, чи було покарання «необхідним у демократичному суспільстві», Суд не може не помітити цей аспект цього питання.

35. Засудження заявників на підставі статті 204 Кримінального кодексу Швейцарії мало на меті захист моралі. Сьогодні (…) неможливо знайти в юридичних та суспільних нормах Договірних Держав єдину європейську концепцію моралі. Погляд на вимоги моралі час від часу змінюється, і від місця до місця, особливо в нашу епоху, характеризується тим, що це далекосяжні еволюції думок на цю тему. Через безпосередній і безперервний зв'язок із життєво важливими силами своїх держав, органи державної влади загалом мають кращі позиції, ніж міжнародні суди, щоб висловити думку щодо точного змісту цих вимог, а також про «необхідність обмеження».

36. У цій справі слід підкреслити, що, як встановили швейцарські суди на рівні кантону в першій інстанції і на рівні апеляції, а також на федеральному рівні, ці картини зображують брутальні стосунки, зокрема, між чоловіками і тваринами. Вони були написані на місці – відповідно до цілей виставки, яка мала бути стихійною, і широка громадськість мала вільний доступ до них, оскільки організатори не наклали жодного дозволу на в'їзд або будь-які вікові обмеження. Дійсно, картини були виставлені на виставці, яка була необмежено відкрита та прагнула залучити громадськість у цілому.

Суд визнає, як і швейцарські суди, що концепції сексуальної моралі останнім часом змінилися. Тим не менш, оглянувши оригінальні картини, Суд не вважає нерозумною точку зору швейцарських судів, що ці картини, причому їх акцент на сексуальності в деяких його брутальніших формах, мав образити почуття сексуальної гідності людей звичайної чутливості. За цих обставин, беручи до уваги свободу, надану їм відповідно до п. 2 ст. 10 Конвенції, швейцарські суди мали право вважати «необхідними» для захисту моралі накладання штрафу на заявників за публікацію непристойного матеріалу.

Заявники стверджували, що виставка фотографій не призвела до жорстокого публічного опротестування і преса в цілому була на їх боці. Може бути і правдою, що пан Müller зміг виставити роботи у подібній обстановці в інших частинах Швейцарії та за кордоном, як до, так і після виставки «Fri-Art 81». Проте з цього не слідує, що засудження заявників за всіх обставин справи не мало нагальної соціальної потреби, як це було підтверджено всіма швейцарськими судами, які розглядали справу.

37. На закінчення, оскаржуваний захід не порушив статтю 10 Конвенції». [Müller and Others v. Switzerland (10737/84). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57487]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 301–303 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

301.4.1. Формою розповсюдження зображень порнографічного характеру слід визнавати, зокрема, їх показ на художніх виставках.

(Див.: 301.3.1)

301.4.2. Ввезення в Україну, виготовлення, зберігання, перевезення чи інше переміщення творів, зображень або інших предметів порнографічного характеру (у т.ч. – за допомогою комп'ютерних систем і таких предметів, що містять дитячу порнографію) не утворюють складу злочину, передбаченого ст. 301 КК України, якщо такі дії вчинені без мети збуту чи розповсюдження. Цей висновок обумовлений змістом частин 1–5 ст. 301 КК України, а також застереженням, зробленим Україною при ратифікації Конвенції про кіберзлочинність.

(Див.: 301.1.3)

301.4.3. Під проституцією (ст. 302 і ст. 303 КК України) слід розуміти діяльність сексуального характеру за винагороду або будь-яку іншу форму відшкодування, – коли грошова чи інша

форма винагороди або відшкодування надаються чи обіцяються як оплата, незалежно від того, чи здійснюється ця оплата, ця обіцянка або це відшкодування особі, що надала сексуальні послуги, чи третій особі.

(Див.: 301.1.4; 301.1.5)

301.4.4. Втягнення особи в заняття проституцією або примушування її до зайняття проституцією з використанням обману, шантажу чи уразливого стану цієї особи, або із застосуванням чи погрозою застосування насильства, якщо такі дії вчинені з метою отримання матеріальної вигоди від заняття потерпілою особою проституцією, слід кваліфікувати за відповідними частинами ст. 149 КК України – як торгівлю людьми або іншу незаконну угоду щодо людини у формі вербування з метою сексуальної експлуатації.

(Див.: 301.1.4 та 149.4.5)

301.4.5. Якщо примушування до зайняття проституцією із застосуванням чи погрозою застосування насильства вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного військового чи невійськового нападу на цивільних осіб з метою проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення цього нападу, таке діяння за нормами міжнародного права розглядається як злочин проти людяності. Однак у зв'язку з тим, що зазначені норми міжнародного права не імплементовані до КК України, кожне примушування до зайняття проституцією із застосуванням чи погрозою застосування насильства, що вчиняється в рамках широкомасштабного або систематичного нападу з метою проведення політики держави або організації, кваліфікується як окремий злочин за ч. 3 або ч. 4 ст. 303 КК України.

(Див.: XX.1.5; XX.4.2; XX.4.3)

301.4.6. Розповсюдження творів, зображень або інших предметів порнографічного характеру, якщо таке розповсюдженя здійснюється з використанням інформаційних інтернет-порталів, які надають у комерційних цілях платформу для користувацьких коментарів щодо раніше опублікованого контенту, може поставити питання про відповідальність провайдерів (власників компаній, адміністраторів) таких інтернет-порталів.

(Див.: 0.4.11).

Стаття 304. Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність

1. Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність, у пияцтво, у заняття жебрацтвом, азартними іграми –

карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

2. Ті самі дії, вчинені щодо малолітньої особи або батьком, матір'ю, вітчимом, мачухою, опікуном чи піклувальником, або особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого чи піклування про нього, –

караються позбавленням волі на строк від чотирьох до десяти років.

(Стаття 304 із змінами, внесеними згідно із Законом № 616-VI від 01.10.2008)

Розділ XIII. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ОБІГУ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ, ПСИХОТРОПНИХ РЕЧОВИН, ЇХ АНАЛОГІВ АБО ПРЕКУРСОРІВ ТА ІНШІ ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЗДОРОВ'Я НАСЕЛЕННЯ

Стаття 305. Контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів або фальсифікованих лікарських засобів

1. Контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів або фальсифікованих лікарських засобів, тобто їх переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, а також якщо предметом цих дій були особливо небезпечні наркотичні засоби чи психотропні речовини або наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги чи прекурсори або фальсифіковані лікарські засоби у великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до десяти років з конфіскацією майна.

3. Контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів або фальсифікованих лікарських засобів, вчинена організованою групою, а також якщо предметом контрабанди були наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги чи прекурсори або фальсифіковані лікарські засоби в особливо великих розмірах, –

карається позбавленням волі на строк від десяти до дванадцяти років з конфіскацією майна.

Примітка. Поняття великий та особливо великий розмір наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, а також отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, або фальсифікованих лікарських засобів, що застосовується в цьому розділі, визначається центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, спільно з центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів, протидії їх незаконному обігу.

(Стаття 305 із змінами, внесеними згідно із Законом № 875-V від 05.04.2007; в редакції Закону № 3718-VI від 08.09.2011; із змінами, внесеними згідно із Законом № 5065-VI від 05.07.2012, № 5460-VI від 16.10.2012, № 770-VIII від 10.11.2015)

Стаття 306. Використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, прекурсорів, отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів

1. Розміщення коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, прекурсорів, отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, у банках, на підприємствах, в установах, організаціях та їх підрозділах або використання таких коштів для придбання об'єктів, майна, що підлягають приватизації, чи обладнання для виробничих чи інших потреб, або використання таких доходів (коштів і майна) з метою продовження незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, прекурсорів, отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів –

караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або у великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

Примітка. Під великим розміром слід розуміти кошти, сума яких становить двісті та більше неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(Стаття 306 із змінами, внесеними згідно із Законами № 430-IV від 16.01.2003, № 485-IV від 06.02.2003, № 3826-VI від 06.10.2011, № 4016-VI від 04.11.2011, № 770-VIII від 10.11.2015)

Стаття 307. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів

1. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання з метою збуту, а також незаконний збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів –

караються позбавленням волі на строк від чотирьох до восьми років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 308–310, 312, 314, 315, 317 цього Кодексу, або із залученням неповнолітнього, а також збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів у місцях, що призначені для проведення навчальних, спортивних і культурних заходів, та в інших місцях масового перебування громадян, або збут чи передача цих речовин у місця позбавлення волі, або якщо предметом таких дій були наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги у великих розмірах чи особливо небезпечні наркотичні засоби або психотропні речовини, –

караються позбавленням волі на строк від шести до десяти років з конфіскацією майна.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою, а також якщо предметом таких дій були наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги в особливо великих розмірах, або вчинені із залученням малолітнього або щодо малолітнього, –

караються позбавленням волі на строк від дев'яти до дванадцяти років з конфіскацією майна.

4. Особа, яка добровільно здала наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги і вказала джерело їх придбання або сприяла розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом, звільняється від кримінальної відповідальності за незаконне їх виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання (частина перша цієї статті, частина перша статті 309 цього Кодексу).

(Стаття 307 із змінами, внесеними згідно із Законом № 3826-VI від 06.10.2011)

Стаття 308. Викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем

1. Викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом шахрайства –

караються позбавленням волі на строк від трьох до шести років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або із застосуванням насильства, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства, або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 306, 307, 310, 311, 312, 314, 317 цього Кодексу, або у великих розмірах, а також заволодіння наркотичними засобами, психотропними речовинами або їх аналогами шляхом зловживання службової особи своїм службовим становищем –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони вчинені в особливо великих розмірах, або організованою групою, розбій з метою викрадення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, а також вимагання цих засобів чи речовин, поєднане з насильством, небезпечним для життя і здоров'я, –

караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років з конфіскацією майна.

Стаття 309. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту

1. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту –

караються штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб чи особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 307, 308, 310, 317 цього Кодексу, або якщо предметом таких дій були наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги у великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені із залученням неповнолітнього, а також якщо предметом таких дій були наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги в особливо великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

4. Особа, яка добровільно звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування від наркоманії, звільняється від кримінальної відповідальності за дії, передбачені частиною першою цієї статті.

(Стаття 309 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 310. Посів або вирощування снотворного маку чи конопель

1. Незаконний посів або незаконне вирощування снотворного маку в кількості від ста до п'ятисот рослин чи конопель у кількості від десяти до п'ятдесяти рослин –

караються штрафом від ста до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Незаконний посів або незаконне вирощування снотворного маку чи конопель особою, яка була засуджена за цією статтею чи яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 307, 309, 311, 317 цього Кодексу, або вчинені за попередньою змовою групою осіб з метою збуту, а також незаконний посів або незаконне вирощування снотворного маку в кількості п'ятисот і більше рослин чи конопель у кількості п'ятдесят і більше рослин –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

(Стаття 310 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1165-VI від 19.03.2009)

Стаття 311. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів

1. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів з метою їх використання для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин –

караються штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або у великих розмірах, або з метою збуту, а також незаконний збут прекурсорів –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Дії, передбачені частиною першою, вчинені організованою групою або в особливо великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з конфіскацією майна.

4. Особа, яка добровільно здала прекурсори, що призначалися для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин, і вказала джерело їх придбання або сприяла розкриттю злочинів, пов'язаних із незаконним обігом прекурсорів, наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, звільняється від кримінальної відповідальності за незаконні їх виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання (частина перша цієї статті).

(Стаття 311 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 312. Викрадення, привласнення, вимагання прекурсорів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем

1. Викрадення, привласнення, вимагання прекурсорів або заволодіння ними шляхом шахрайства з метою подальшого збуту, а також їх збут для виробництва або виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів –

караються штрафом до сімдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або із застосуванням насильства, що не є небезпечним для життя або здоров'я, чи з погрозою застосування такого насильства, або у великих розмірах, а також заволодіння прекурсорами шляхом зловживання службової особи своїм службовим становищем, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою або в особливо великих розмірах, розбій з метою викрадення прекурсорів, а також їх вимагання, поєднане з насильством, небезпечним для життя і здоров'я, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

(Стаття 312 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 313. Викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем та інші незаконні дії з таким обладнанням

1. Викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом шахрайства, а також незаконне виготовлення, придбання, зберігання, передача чи продаж іншим особам такого обладнання –

караються штрафом від п'ятдесяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк від трьох до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 306, 312, 314, 315, 317, 318 цього

Кодексу, а також заволодіння обладнанням, призначеним для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем –

караються позбавленням волі на строк від двох до шести років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони вчинені організованою групою або з метою виготовлення особливо небезпечних наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, розбій з метою викрадення обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, а також його вимагання, поєднане з насильством, небезпечним для життя і здоров'я, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років з конфіскацією майна.

(Стаття 313 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 314. Незаконне введення в організм наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів

1. Незаконне введення будь-яким способом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів в організм іншої особи проти її волі –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

2. Ті самі дії, якщо вони призвели до наркотичної залежності потерпілого або вчинені повторно або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 306–312 та 314–318 цього Кодексу, або вчинені щодо двох чи більше осіб, або якщо вони заподіяли середньої тяжкості чи тяжке тілесне ушкодження потерпілому, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до десяти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені щодо неповнолітнього або особи, яка перебуває в безпорадному стані, чи вагітної жінки, або якщо вони були пов'язані з введенням в організм іншої особи особливо небезпечних наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, а також якщо внаслідок таких дій настала смерть потерпілого, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

Стаття 315. Схиляння до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів

1. Схиляння певної особи до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

2. Та сама дія, вчинена повторно або щодо двох чи більше осіб, або щодо неповнолітнього, а також особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 307, 308, 310, 314, 317 цього Кодексу, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

Стаття 316. Незаконне публічне вживання наркотичних засобів

1. Публічне або вчинене групою осіб незаконне вживання наркотичних засобів у місцях, що призначені для проведення навчальних, спортивних і культурних заходів, та в інших місцях масового перебування громадян –

карається обмеженням волі на строк до чотирьох років або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 307, 310, 314, 315, 317, 318 цього Кодексу, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

Стаття 317. Організація або утримання місць для незаконного вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів

1. Організація або утримання місць для незаконного вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, а також надання приміщення з цією метою –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або з корисливих мотивів, або групою осіб, або із залученням неповнолітнього, –

караються позбавленням волі на строк від чотирьох до восьми років з конфіскацією майна.

(Стаття 317 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008)

Стаття 318. Незаконне виготовлення, підроблення, використання чи збут підроблених документів на отримання наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів

1. Незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут підроблених чи незаконно одержаних документів, які дають право на отримання наркотичних засобів чи психотропних речовин або прекурсорів, призначених для вироблення або виготовлення цих засобів чи речовин, –

караються штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 306–317 цього Кодексу, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

Стаття 319. Незаконна видача рецепта на право придбання наркотичних засобів або психотропних речовин

1. Незаконна видача рецепта на право придбання наркотичних засобів або психотропних речовин з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах –

карається штрафом до сімдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста шістдесяти до двохсот сорока годин, або арештом на строк від трьох до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Та сама дія, вчинена повторно, –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 319 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 3826-VI від 06.10.2011)

Стаття 320. Порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів

1. Порушення встановлених правил посіву або вирощування снотворного маку чи конопель, а також порушення правил виробництва, виготовлення, зберігання, обліку, відпуску, розподілу, торгівлі, перевезення, пересилання чи використання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, призначених для виробництва чи виготовлення цих засобів чи речовин, –

караються штрафом до сімдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до чотирьох років, або позбавленням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно, або якщо вони спричинили нестачу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів у великих розмірах, або призвели до викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів або заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовою особою своїм службовим становищем, –

караються штрафом від сімдесяти до ста двадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк від трьох до шести місяців, або позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 320 із змінами, внесеними згідно із Законом № 3826-VI від 06.10.2011)

§1. Норми міжнародного права
щодо обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів

305.1.1. Єдина конвенція про наркотичні засоби 1961 року
(ООН, від 30.03.1961)
(підписано Україною 27.09.2001)
*«**Статья 1***
Определения
1. Поскольку в отдельных случаях определенно не указано иное или контекст не требует обратного, нижеследующие определения применяются ко всем постановлениям Конвенции:
(…)
к) «Наркотическое средство» означает любое из веществ, включенных в Списки I и II, – естественных или синтетических.
(…)
о) «Изготовление» означает все процессы, за исключением производства, при помощи которых могут быть получены наркотические средства, в том числе рафинирование, а также превращение наркотических средств в другие наркотические средства.
(…)
ф) «Производство» означает отделение опия, листьев кока, каннабиса и смолы каннабиса от растений, от которых или из которых они получаются.
х) «Список I», «Список II», «Список III» и «Список IV» означают соответственно пронумерованные перечни наркотических средств или препаратов, приложенные к настоящей Конвенции, с изменениями, которые могут быть время от времени внесены в них в соответствии со статьей 3.
(…)
Статья 32
Специальные постановления, касающиеся провоза наркотических средств в аптечках первой помощи судов и самолетов международного сообщения
1. Провоз на судах или самолетах международного сообщения ограниченных количеств наркотических средств, необходимых во время путешествий или рейсов для оказания первой помощи или в экстренных случаях, не считается ввозом, вывозом или транзитом по смыслу настоящей Конвенции.
2. Существующие меры предосторожности принимаются страной регистрации для предупреждения ненадлежащего использования наркотических средств, упомянутых в пункте 1, или перехода их в незаконный оборот. Комиссия, по совещанию с надлежащими международными организациями, рекомендует такие меры предосторожности.
3. К наркотическим средствам, провозимым на судах или самолетах в соответствии с пунктом 1, применяются законы, правила и постановления о разрешениях и лицензиях страны регистрации, без ущерба для каких-либо прав компетентных местных властей производить проверку, инспекцию и применять другие меры контроля на борту судов или самолетов. Применение таких наркотических средств в экстренных случаях не рассматривается как нарушение требований подпункта 2 «б» статьи 30.

Статья 33

Хранение наркотических средств

Стороны не разрешают хранения наркотических средств, иначе как на основании законного права.

(…)

Статья 36

Постановления о наказаниях

1. a) С соблюдением своих конституционных ограничений каждая Сторона принимает меры, которые обеспечат, что культивирование и производство, изготовление, извлечение, приготовление, хранение, предложение, предложение с коммерческими целями, распределение, покупка, продажа, доставка на каких бы то ни было условиях, маклерство, отправка, переотправка транзитом, перевоз, ввоз и вывоз наркотических средств в нарушение постановлений настоящей Конвенции и всякое другое действие, которое, по мнению Сторон, может являться нарушением постановлений настоящей Конвенции, будут признаваться наказуемыми деяниями в тех случаях, когда они совершены умышленно, а также что серьезные преступления будут подлежать соответствующему наказанию, в частности тюремным заключением или иным способом лишения свободы.

(…)

2. С соблюдением конституционных ограничений Сторон, их системы права и внутреннего закона

a) i) каждое из перечисленных в пункте 1 преступлений, если они совершены в разных странах, будет рассматриваться как отдельное преступление;

ii) умышленное соучастие в каком-либо из таких преступлений, участие в сообществе с целью совершения и покушения на совершение какого-либо из таких преступлений и подготовительные действия и финансовые операции в связи с преступлениями, перечисленными в настоящей статье, будут признаваться наказуемыми деяниями, предусмотренными в пункте 1;

iii) приговоры иностранных судов за такие преступления будут учитываться для целей установления рецидивизма;

iv) упомянутые выше серьезные преступления, если они совершены либо гражданами данной страны, либо иностранцами, преследуются Стороной, на территории которой совершено данное преступление, или Стороной, на территории которой обнаружен преступник, если выдача недопустима по законам Стороны, к которой обращена соответствующая просьба, и если этот преступник еще не подвергся судебному преследованию и приговор по его делу еще не состоялся.

б) i) Каждое из перечисленных в пунктах 1 и 2 «a»ii» настоящей статьи преступлений считается подлежащим включению в качестве преступления, влекущего выдачу, в любой договор о выдаче, заключенный между Сторонами. Стороны обязуются включать такие преступления в качестве преступлений, влекущих выдачу, в любой договор о выдаче, заключаемый между ними.

ii) Если Сторона, обусловливающая выдачу наличием договора, получает просьбу о выдаче от другой Стороны, с которой она не имеет договора о выдаче, она может по своему усмотрению рассматривать настоящую Конвенцию в отношении преступлений, перечисленных в пунктах 1 и 2 «a»ii» настоящей статьи, в качестве юридического основания для выдачи. Выдача осуществляется в соответствии с другими условиями, предусматриваемыми законодательством Стороны, к которой обращена просьбе о выдаче.

iii) Стороны, не обусловливающие выдачу наличием договора, рассматривают в отношениях между собой преступления, перечисленные в пунктах 1 и 2 «a»ii» настоящей статьи, в качестве преступлений, влекущих выдачу в соответствии с условиями, предусмотренными законодательством Стороны, к которой обращена просьба о выдаче.

iv) Выдача разрешается в соответствии с законодательством Стороны, к которой обращена просьба о выдаче, и, независимо от положений подпунктов «б»i», «ii» и «iii» настоящего пункта, данная Сторона имеет право отказать в выдаче в тех случаях, когда компетентные власти этой Стороны считают, что данное преступление не является достаточно серьезным.

3. В вопросах юрисдикции постановления уголовного права заинтересованной Стороны имеют преимущественную силу перед постановлениями настоящей статьи.

4. Ничто содержащееся в настоящей статье не затрагивает принципа, что преступления, к которым она относится, определяются, преследуются и караются Стороной согласно внутреннему праву данной Стороны.

(…)

Статья 37

Наложение ареста и конфискация

Любые наркотические средства, вещества и предметы оборудования, использованные или предназначенные для совершения преступлений, о которых говорится в статье 36, подлежат наложению ареста и конфискации.

(…)

Статья 39

Применение более строгих мер контроля над наркотическими средствами, чем мер, требуемых на основании настоящей Конвенции

Независимо от каких-либо постановлений настоящей Конвенции ничто не препятствует, или считается препятствующим, Сторонам принимать более строгие или более суровые меры контроля, чем те, которые предусматриваются настоящей Конвенцией, и, в частности, требовать, чтобы препараты, включенные в Список III, или наркотические средства, включенные в Список II, подлежали всем или таким мерам контроля, применяемым к наркотическим средствам Списка I, которые, по мнению данной Стороны, необходимы или желательны для охраны народного здоровья и благополучия». [Єдина конвенція про наркотичні засоби (ООН, від 30.03.1961) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_177]

305.1.2. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин

(ООН, від 20.12.1988)

(ратифіковано Постановою ВР № 1000-XII від 25.04.91)

*«**Стаття 1. Визначення***

За винятком тих випадків, коли прямо зазначено інше або за змістом тексту мається на увазі інше, в цій Конвенції використовуються наступні визначення:

(…)

b) «Рослина каннабіс» означає будь-яку рослину роду Cannabis;

c) «Кокаїновий кущ» означає рослину будь-якого виду роду Erythroxylon;

(…)

m) «Незаконний обіг» означає правопорушення, зазначені в пунктах (1) і (2) статті 3 цієї Конвенції;

n) «Наркотичний засіб» означає будь-яку з речовин, природних або синтетичних, внесених до Списків I і II Конвенції про наркотичні засоби 1961 року і цієї Конвенції з поправками;

o) «Опійний мак» означає рослину виду Papaver somniferum L.;

(…)

r) «Психотропна речовина» означає будь-яку речовину, природну або синтетичну, або будь-який природний матеріал, внесені до Списків I, II, III і IV Конвенції 1971 року;

(…)

t) «Таблиця I» і «Таблиця II» означають відповідно пронумеровані переліки речовин, що містяться в Додатку до цієї Конвенції, до яких час від часу вносяться поправки відповідно до статті 12;

(…)

Стаття 3. Правовідносини і санкції

(1) Кожна Сторона вживає такі заходи, які можуть бути потрібні, з тим, щоб визнати кримінальними злочинами згідно зі своїм законодавством наступні дії, коли вони здійснюються навмисно:

a) (i) виробництво, виготовлення, екстрагування, приготування, пропозиція, пропозиція з метою продажу, розповсюдження, продажу, постачання на будь-яких умовах, посередництво, пере-

правлення, транзитне переправлення, транспортування, імпорт або експорт будь-якого наркотичного засобу чи будь-якої психотропної речовини на порушення положень Конвенції 1961 року, цієї Конвенції з поправками або Конвенції 1971 року;

(ii) культивування опійного маку, кокаїнового куща або рослини каннабіс з метою виробництва наркотичних засобів на порушення положень Конвенції 1961 року і цієї Конвенції з поправками;

(iii) зберігання або купівлю будь-якого наркотичного засобу або психотропної речовини для цілей будь-якого з видів діяльності, перелічених у підпункті (i) вище;

(iv) виготовлення, транспортування або розповсюдження обладнання, матеріалів або речовин, зазначених у Таблиці I і Таблиці II, якщо відомо, що вони призначені для використання з метою незаконного культивування, виробництва або виготовлення наркотичних засобів або психотропних речовин;

(v) організацію, керівництво або фінансування будь-яких правопорушень, перелічених у підпунктах (i), (ii), (iii) або (iv) вище;

b) (i) конверсію або переведення власності, якщо відомо, що така власність отримана внаслідок будь-якого правопорушення або правопорушень, визнаних такими відповідно до підпункту a) цього пункту, або внаслідок участі в такому правопорушенні чи правопорушеннях, з метою приховання або утаювання незаконного джерела власності або з метою надання допомоги будь-якій особі, яка бере участь у вчиненні такого правопорушення або правопорушень, з тим, щоб вона могла ухилитися від відповідальності за свої дії;

(ii) приховання або утаювання справжнього характеру, джерела, місцезнаходження, способу розпорядження, переміщення, справжніх прав стосовно власності або її належності, якщо відомо, що така власність одержана внаслідок правопорушення або правопорушень, визнаних такими згідно з підпунктом a) цього пункту, або внаслідок участі в такому правопорушенні або правопорушеннях;

c) з урахуванням своїх конституційних положень і основних принципів своєї правової системи:

(i) придбання, володіння або використання власності, якщо в момент її одержання було відомо, що така власність отримана внаслідок правопорушення або правопорушень, визнаних такими згідно з підпунктом a) цього пункту, або внаслідок участі в такому правопорушенні або правопорушеннях;

(ii) володіння обладнанням або матеріалами чи речовинами, зазначеними у Таблиці I і Таблиці II, якщо відомо, що вони використовуються або призначені для використання з метою незаконного культивування, виробництва або виготовлення будь-яких наркотичних засобів або психотропних речовин;

(iii) публічне підбурювання або спонукання інших будь-якими засобами до вчинення будь-якого з правопорушень, визнаних такими згідно з цією статтею, або до незаконного використання наркотичних засобів або психотропних речовин;

(iv) участь, причетність або вступ у злочинну змову з метою вчинення будь-якого правопорушення або правопорушень, визнаних такими згідно з цією статтею, спроби вчинити таке правопорушення або такі правопорушення, а також пособництво, підбурювання, сприяння або надання порад при їх вчиненні.

(2) З урахуванням своїх конституційних положень і основних принципів своєї правової системи кожна Сторона вживає такі заходи, які можуть бути потрібні, для того, щоб визнати правопорушеннями згідно зі своїм законодавством, коли вони вчиняються навмисно, зберігання, придбання або культивування будь-якого наркотичного засобу або психотропної речовини для особистого споживання на порушення положень Конвенції 1951 року, Конвенції 1961 року з поправками або Конвенції 1971 року.

(3) Усвідомлення, намір або мета як складові елементи правопорушення, зазначеного в пункті (1) цієї статті, можуть бути встановлені з об'єктивних фактичних обставин справи.

(4) a) Кожна Сторона за вчинення правопорушень, визнаних такими згідно з пунктом (1) цієї статті, передбачає застосування таких санкцій, що враховують серйозний характер цих правопорушень, як тюремне ув'язнення або інші види позбавлення волі, штрафні санкції і конфіскації.

b) Сторони можуть передбачити на доповнення до засудження або покарання за правопорушення, визнане таким згідно з пунктом (1) цієї статті, застосування щодо правопорушника таких заходів, як лікування, перевиховання, наступне спостереження за ним, відновлення працездатності або соціальна реінтеграція.

c) Незважаючи на положення попередніх підпунктів, у певних випадках, коли скоюються незначні правопорушення, Сторони можуть передбачити як альтернативу засудженню або покаранню такі заходи, як перевиховання, відновлення працездатності або соціальна реінтеграція, а також, якщо правопорушник є наркоманом, його лікування і наступне спостереження за ним.

d) Сторони можуть передбачити або замість засудження, або покарання, або на доповнення до засудження, або покарання за правопорушення, визнане таким згідно з пунктом (2) цієї статті, заходи для лікування, виховання, спостереження після закінчення лікування, відновлення працездатності і соціальної реінтеграції правопорушника.

(5) Сторони забезпечують, щоб їхні суди та інші компетентні органи, які мають юрисдикцію, могли брати до уваги як обставини, що обтяжують правопорушення, визнані такими згідно з пунктом (1) цієї статті, такі фактичні обставини, як:

a) участь у правопорушенні організованої злочинної групи, до складу якої входить правопорушник;

b) участь правопорушника в інших видах міжнародної організованої злочинної діяльності;

c) участь правопорушника в інших незаконних видах діяльності, яким сприяло вчинення даного правопорушення;

d) застосування правопорушником насильства або зброї;

e) той факт, що правопорушник є посадовою особою і дане правопорушення пов'язане з його посадою;

f) втягнення або використання неповнолітніх;

g) той факт, що правопорушення, вчинене у виправній установі або в навчальному закладі, або громадській установі, або в безпосередній близькості від них, або в інших місцях, що використовуються школярами і студентами для проведення навчальних, спортивних і громадських заходів;

h) попереднє засудження, особливо за аналогічні правопорушення, за кордоном або в своїй країні, наскільки це допустимо згідно з національним законодавством відповідної Сторони.

(6) Сторони прагнуть забезпечити використання згідно з їхнім національним законодавством будь-яких дискреційних юридичних повноважень, які стосуються до кримінального переслідування осіб за правопорушення, визнані такими відповідно до цієї статті, для досягнення максимальної ефективності правоохоронних заходів щодо цих правопорушень і з належним врахуванням необхідності перешкодити вчиненню таких правопорушень.

(7) Сторони забезпечують, щоб їхні суди або інші компетентні органи враховували серйозний характер правопорушень, перелічених у пункті (1) цієї статті, і обставин, перелічених у пункті (5) цієї статті, при розгляді питання про можливість дострокового або умовного звільнення осіб, засуджених за такі правопорушення.

(8) Кожна Сторона в необхідних випадках встановлює згідно з її національним законодавством тривалий строк давності для кримінального переслідування за будь-яке правопорушення, визнане таким відповідно до пункту (1) цієї статті, і більш тривалий строк давності в тих випадках, коли гаданий правопорушник ухиляється від правосуддя.

(…)

(10) Для цілей співробітництва між Сторонами згідно з цією Конвенцією, включаючи, зокрема, співробітництво відповідно до статей 5, 6, 7 і 9, правопорушення, визнані такими згідно з цією статтею, не розглядаються як фінансові або політичні правопорушення або як правопорушення, вчинені з політичних мотивів, без шкоди для конституційних обмежень і основних національних законів Сторін.

(11) Ніщо в цій статті не зачіпає той принцип, що опис правопорушень, про які в ній говориться, належить до компетенції національного законодавства кожної Сторони і що переслідування і покарання за такі правопорушення здійснюються відповідно до цього законодавства.

(…)

Стаття 19. Використання поштових відправлень

(1) Згідно зі своїми зобов'язаннями за Конвенцією Всесвітнього поштового союзу і згідно з основними принципами своїх національних правових систем Сторони вживають заходи по запобіганню використанню поштових відправлень для незаконного обігу і з цією метою співробітничають одна з одною.

(2) Заходи, згадані в пункті (1) цієї статті, включають, зокрема:

a) скоординовані дії по відвертанню і запобіганню використанню поштових відправлень для незаконного обігу;

b) впровадження і використання уповноваженими працівниками правоохоронних органів методів і засобів розшуку і контролю, призначених для виявлення в пошті незаконних відправлень наркотичних засобів, психотропних речовин і речовин, включених до Таблиці I і Таблиці II;

c) законодавчі заходи, що дозволяють використовувати відповідні засоби з метою отримання доказів, необхідних для кримінального переслідування.

Додаток

Таблиця I

Лізергінова кислота

Псевдоефедрин 1-феніл-2-пропанон Ергометрин Ерготамін Ефедрин

Солі всіх речовин, перелічених у цій Таблиці, в тих випадках, коли утворення таких солей можливе.

Таблиця II

Ангідрид оцтової кислоти

Антранілова кислота

Ацетон

Піперидін

Етиловий ефір

Фенілоцтова кислота

Солі всіх речовин, перелічених у цій Таблиці, в тих випадках, коли утворення таких солей можливе». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин. (ООН, від 20.12.1988). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_096]

305.1.3. Конвенція про психотропні речовини

(ООН, від 21.02.1971)

(ратифіковано 27.10.1978)

*«**Статья 1. Использование терминов***

Если определенно не указано иное или контекст не требует иного, нижеследующие термины, используемые в настоящей Конвенции, имеют следующие значения:

(…)

e) «Психотропное вещество» означает любое вещество, природное или синтетическое, или любой природный материал, включенные в Список I, II, III или IV.

f) «Препарат» означает: i) любой раствор или смесь в любом физическом состоянии, содержащие одно или несколько психотропных веществ, или ii) одно или несколько психотропных веществ в терапевтических дозах.

g) «Список I», «Список II», «Список III» и «Список IV» означают соответственно пронумерованные перечни психотропных веществ, приложенные к настоящей Конвенции, в которые могут вноситься изменения в соответствии со статьей 2.

(…)

i) «Изготовление» означает все процессы, с помощью которых могут быть получены психотропные вещества, и включает как рафинирование, так и превращение одних психотропных веществ в другие психотропные вещества. Этот термин включает также изготовление препаратов, кроме препаратов, приготовляемых по рецепту в аптеках.

j) «Незаконный оборот» означает изготовление психотропных веществ, или их сбыт, или приобретение в нарушение положений настоящей Конвенции.

(…)

l) «Помещения» означают здания или части зданий, включая обслуживающий их земельный участок.

(…)

Статья 3. Специальные положения, касающиеся контроля над препаратами

1. За исключением случаев, предусмотренных в нижеследующих пунктах настоящей статьи, к препарату применяются те же меры контроля, что и к содержащемуся в нем психотропному веществу; если препарат содержит не одно, а несколько таких веществ, он подпадает под действие мер, применяемых к тому из веществ, которое подлежит наиболее строгим мерам контроля.

(…)

Статья 4. Прочие специальные положения, касающиеся сферы применения контроля

В отношении психотропных веществ, кроме веществ, включенных в Список I, Стороны могут разрешать:

а) лицам, путешествующим из одной страны в другую, иметь при себе для их личного пользования небольшое количество препаратов; каждая Сторона, однако, имеет право удостовериться в том, что эти препараты были получены законным путем;

(…)

Статья 7. Специальные положения, касающиеся веществ, включенных в Список I

В отношении веществ, включенных в Список I, Стороны:

а) запрещают всякое их использование, за исключением использования в научных и в очень ограниченных медицинских целях должным образом уполномоченными лицами в медицинских или научно-исследовательских учреждениях, находящихся непосредственно под контролем их правительств, или по специально выдаваемому ими разрешению;

(…)

Статья 9. Рецепты

1. Стороны требуют, чтобы вещества, включенные в Списки II, III и IV, поставлялись или отпускались для использования их отдельными лицами только по рецепту врача, за исключением случаев, когда отдельные лица могут на законных основаниях получать, использовать, выдавать или назначать такие вещества при выполнении ими должным образом разрешенных врачебных или научных функций.

(…)

Статья 14. Специальные положения, касающиеся провоза психотропных веществ в аптечках первой помощи на судах, в самолетах или на других видах общественного транспорта, курсирующего по международным линиям

1. Провоз на судах, в самолетах или на других видах международного общественного транспорта, таких как международные железнодорожные поезда и автобусы, таких ограниченных количеств веществ, включенных в Список II, III или IV, которые могут потребоваться для оказания первой помощи или в экстренных случаях во время их передвижения, не рассматривается как экспорт, импорт или транзит через страну в контексте настоящей Конвенции.

2. Страна регистрации принимает надлежащие меры предосторожности для предотвращения использования веществ, упомянутых в пункте 1, не по назначению или их утечки для использования в незаконных целях. Комиссия по консультации с соответствующими международными организациями рекомендует такие меры предосторожности.

3. В отношении веществ, провозимых в соответствии с пунктом 1 на судах, в самолетах или на других видах международного общественного транспорта, таких как международные железнодорожные поезда и автобусы, действуют законы, постановления, разрешения и лицензии страны регистрации без ущерба для каких-либо прав компетентных местных органов на проведение проверок, инспекций и других мер контроля на этих транспортных средствах. Применение таких веществ в экстренном случае не рассматривается как нарушение положений пункта 1 статьи 9.

(…)

Статья 22. Положения о наказаниях

1. a) С соблюдением своих конституционных ограничений каждая Сторона рассматривает как наказуемое правонарушение в тех случаях, когда оно совершено умышленно, любое деяние, противоречащее какому-либо закону или постановлению, принятому во исполнение ее обязательств по настоящей Конвенции, и обеспечивает, чтобы серьезные правонарушения подлежали соответствующему наказанию, в частности, тюремному заключению или наказанию иным способом лишения свободы;

b) независимо от положений предыдущего подпункта настоящей статьи, в тех случаях, когда лица, злоупотребляющие психотропными веществами, совершают такие правонарушения, Стороны могут предусмотреть либо в качестве замены осуждения или наказания, либо в дополнение к наказанию, чтобы в отношении таких лиц применялись в соответствии с пунктом 1 статьи 20 меры, направленные на их лечение, воспитание, наблюдение за ними после окончания ими лечения, восстановления их трудоспособности и возвращение их в общество.

2. С соблюдением конституционных ограничений той или иной Стороны, ее правовой системы и внутреннего права,

a) i) если ряд взаимосвязанных деяний, составляющих правонарушения в соответствии с пунктом 1, был совершен в разных странах, каждое на этих деяний рассматривается как отдельное правонарушение;

ii) умышленное участие в совершении, сговор с целью совершения и попытки совершения любого из таких правонарушений, а также подготовительные действия и финансовые операции в связи с правонарушениями, упомянутыми в настоящей статье, являются наказуемыми правонарушениями, как это предусматривается в пункте 1;

iii) приговоры иностранных судов за такие правонарушения учитываются для целей установления рецидивизма;

(…)

3. Любое психотропное вещество или другое вещество, а также любое оборудование, использовавшиеся или предназначавшиеся для совершения любого из правонарушений, упомянутых в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, подлежат изъятию и конфискации.

(…)

ПЕРЕЧЕНЬ ВЕЩЕСТВ, ВКЛЮЧЕННЫХ В СПИСОК I

(…)

ПЕРЕЧЕНЬ ВЕЩЕСТВ, ВКЛЮЧЕННЫХ В СПИСОК II

(…)

ПЕРЕЧЕНЬ ВЕЩЕСТВ, ВКЛЮЧЕННЫХ В СПИСОК III

(…)

ПЕРЕЧЕНЬ ВЕЩЕСТВ, ВКЛЮЧЕННЫХ В СПИСОК IV

(…)»

[Конвенція про психотропні речовини. (ООН, від 21.02.1971). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_176]

305.1.4. Всесвітня поштова конвенція

(Всесвітній поштовий союз, від 11.10.2012).11.10.2012)

(Конвенцію затверджено Указом № 316/2017 від 10.10.2017)

*«**Стаття 11***

Правопорушення

1. Поштові відправлення:

1.1 країни-члени беруть на себе зобов'язання вживати всіх необхідних заходів для запобігання, а також для переслідування і покарання будь-якої особи, яку визнано винною у вчиненні таких дій:

1.1.1 укладення в поштові відправлення наркотиків, психотропних або вибухонебезпечних, горючих чи інших небезпечних речовин, якщо їхнє вкладення чітко не дозволене Конвенцією;

(…)

Стаття 18

Відправлення, що не допускаються. Заборони

(…)

2. Заборони для всіх категорій відправлень:

2.1 вкладення зазначених нижче предметів забороняється в усіх категоріях відправлень:

2.1.1 наркотиків та психотропних речовин, визначених Міжнародним комітетом з контролю за наркотиками (МККН), або інших незаконних речовин, заборонених у країні призначення». [Всесвітня поштова конвенція (Всесвітній поштовий союз, від 11.10.2012). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/055_001-12]

Конвенція про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці N 182

(ООН, від 20.11.1989)

(ратифіковано Законом від 05.10.2000)

*«**Стаття 1***

Кожна держава-член, яка ратифікує цю Конвенцію, негайно вживає ефективних заходів щодо забезпечення в терміновому порядку заборони та ліквідації найгірших форм дитячої праці.

Стаття 2

В цілях цієї Конвенції термін «дитина» застосовується до всіх осіб віком до 18 років.

Стаття 3

В цілях цієї Конвенції термін «найгірші форми дитячої праці» включає:

(…)

с) використання, вербування або пропонування дитини для незаконної діяльності, зокрема, для виробництва та продажу наркотиків, як це визначено у відповідних міжнародних договорах». [Конвенція про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці N 182. (ООН, від 20.11.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_166]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів

305.3.1. Справа «Teixeira de Castro v. Portugal»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«31. Пан Teixeira de Castro скаржився, що у нього не було справедливого судового розгляду у зв'язку з тим, що він був спровокований поліцейськими в штатському вчинити злочин, за який він згодом був засуджений. (…) Він стверджував, що у нього немає злочинних переконань і ніколи б він не вчинив злочин, якби не втручання цих «агентів-провокаторів». Крім того, співробітники поліції діяли за власною ініціативою без будь-якого нагляду з боку судів і без попереднього розслідування.

32. Уряд стверджував, що велике число держав, включаючи більшість членів Ради Європи, визнали законним використання спеціальних слідчих заходів, зокрема в боротьбі з незаконним обігом наркотиків. Суспільство повинно знайти методи для протидії такого роду злочинної діяльності, яка руйнує основи демократичних суспільств. (…)

(…)

36. Використання таємних агентів повинно бути обмежено, а гарантії мають бути передбачені навіть у випадках, що стосуються боротьби з незаконним обігом наркотиків. Хоча зростання організованої злочинності, безсумнівно, вимагає вжиття належних заходів, право на справедливе правосуддя, проте, займає чільне місце, і не може бути принесене в жертву заради доцільності. Загальні вимоги справедливості, закріплені в статті 6 Конвенції, застосовуються до проваджень, що стосуються всіх видів кримінальних злочинів, від найпростіших до найскладніших. Суспільні інтереси не можуть виправдати використання доказів, отриманих у результаті підбурювання з боку поліції.

(…)

38. У даному випадку необхідно визначити, чи була діяльність двох поліцейських більше, ніж діяльність таємних агентів. Суд зазначає, що уряд не стверджував, що втручання посадових осіб проводилося в рамках операції по боротьбі з незаконним обігом наркотиків, яка була призначена і контролювалася судом. Не схоже, що в компетентних органів влади були вагомі підстави підозрювати, що пан Teixeira de Castro був торговцем наркотиками; навпаки, у нього не було судимості і ніяких попередніх розслідувань по ньому не було. Насправді він не був відомий співробітникам поліції в момент, коли вони вступили в контакт з ним за посередництвом пана ВС і пана ФО. Крім того, наркотики не були в будинку заявника; він отримав їх від третьої сторони, яка, в свою чергу, отримала їх від іншої особи. У постанові Верховного суду Португалії від 5 травня 1994 року також не вказано, що під час арешту у заявника було більше наркотичних засобів, ніж кількість, яку запросили співробітники поліції, і що його дії вийшли за рамки того, до чого його підбурювали співробітники поліції. Немає доказів, що підтверджують аргумент уряду про те, що заявник був схильний до вчинення правопорушень.

Нарешті, Суд зазначає, що заявник був засуджений головним чином на підставі заяв двох поліцейських.

39. У світлі всіх цих міркувань Суд доходить висновку про те, що дії двох поліцейських перевершували дії таємних агентів, оскільки вони провокували до злочину, і немає нічого, що підтверджувало би, що без їхнього втручання злочин був вчинений. Це втручання і його використання в оспорюваному кримінальному процесі означали, що з самого початку заявник остаточно позбувся справедливого судового розгляду. Отже, було допущено порушення пункту 1 статті 6 Конвенції». [Teixeira de Castro v. Portugal (44/1997/828/1034). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58193]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 305–320 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

305.4.1. Згідно і ст. 36 Єдиної конвенції про наркотичні засоби та ст. 22 Конвенції про психотропні речовини, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, двома різними злочинами слід визнавати виготовлення особою з метою збуту наркотичних засобів чи психотропних речовин на території однієї країни (наприклад, в Україні) з наступним їх збутом цією особою на території іншої країни. Це суперечить позиції з цього питання, яка сформульована (щоправда без уточнення місць вчинення діянь) у п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки». У той же час така кваліфікація не суперечить частині 3 ст. 3 КК, оскільки в даному випадку конвенційні норми не визначають злочинність і караність діяння, а вказують лише на правило кваліфікації вчиненого за нормами національного кримінального закону.

(Див.305.1.1 і 305.1.3; 32.4.3)

305.4.2. Особливістю злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів є широке використання правоохоронними органами оперативно-розшукових заходів, які інколи можуть визнаватися рішенням ЄСПЛ провокацією злочинів.

(Див.: 305.3.1; 26.4.2)

305.4.3. Визначення поняття «виробництво наркотичних засобів» у законодавстві України відрізняється від визначення цього поняття в міжнародних конвенціях.

Згідно із Законом від 15.02.1995 «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори» виробництво наркотичних засобів, психотропних речовин – усі дії, пов'язані з серійним одержанням наркотичних засобів, психотропних речовин з хімічних речовин та (або) рослин, включаючи відокремлення частин рослин або наркотичних засобів, психотропних речовин від рослин, із яких їх одержують. Натомість Єдина конвенція про наркотичні засоби виробництво наркотичних засо-

бів визначає як «відділення опію, листя коки, канабісу та смоли канабісу від рослин, від яких або з яких вони виходять».

(Див.: 305.3.1)

305.4.4. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («незаконне виробництво», «незаконна видача» тощо), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати вірогідність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

305.4.5. Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів слід відмежовувати від адміністративних правопорушень, відповідальність за які передбачена статтями 44, 106[2] КпАП. Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» в розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за вказаними статтями КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за відповідними статтями розділу XII Особливої частини КК України, існує імовірність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 321. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання з метою збуту або збут отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів

1. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання з метою збуту, збут отруйних або сильнодіючих речовин, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, а також здійснення таких дій щодо обладнання, призначеного для виробництва чи виготовлення отруйних або сильнодіючих речовин, або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, вчинені без спеціального на те дозволу, –

караються штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк від трьох до шести місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Порушення встановлених правил виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, відпуску, обліку, перевезення, пересилання отруйних чи сильнодіючих речовин, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів –

карається штрафом до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк від трьох до шести місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені повторно, за попередньою змовою групою осіб, або якщо предметом таких дій були отруйні чи сильнодіючі речовини, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або отруйні чи сильнодіючі лікарські засоби у великих розмірах –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

4. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою, або якщо предметом таких дій були отруйні чи сильнодіючі речовини, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або отруйні чи сильнодіючі лікарські засоби в особливо великих розмірах –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

5. Особа, яка добровільно здала отруйні чи сильнодіючі речовини, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або отруйні чи сильнодіючі лікарські засоби та вказала джерело їх придбання або сприяла розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом, звільняється від кримінальної відповідальності за незаконне виробництво, виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання отруйних чи сильнодіючих речовин, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, а також за вчинення таких дій без спеціального на те дозволу (частина перша цієї статті) щодо обладнання, призначеного для виробництва чи виготовлення отруйних чи сильнодіючих речовин, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів.

(Стаття 321 в редакції Закону № 875-V від 05.04.2007; із змінами, внесеними згідно із Законом № 3826-VI від 06.10.2011)

Стаття 321[1]. Фальсифікація лікарських засобів або обіг фальсифікованих лікарських засобів

1. Виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання з метою збуту або збут завідомо фальсифікованих лікарських засобів –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або у великих розмірах, або якщо вони спричинили тривалий розлад здоров'я особи, а так само виробництво фальсифікованих лікарських засобів –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з конфіскацією майна.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили смерть особи або інші тяжкі наслідки, або вчинені в особливо великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до десяти років або довічним позбавленням волі, з конфіскацією майна.

4. Особа, яка добровільно здала фальсифіковані лікарські засоби та вказала джерело їх придбання або сприяла розкриттю злочинів, пов'язаних з їх обігом, звільняється від кримінальної відповідальності за придбання, перевезення, пересилання чи зберігання з метою збуту, збут завідомо фальсифікованих лікарських засобів, їх ввезення на територію України, вивезення з території України, транзит через її територію (частина перша цієї статті, якщо такі дії не створили загрози для життя чи здоров'я людей).

(Кодекс доповнено статтею 321[1] згідно із Законом № 3718-VI від 08.09.2011; в редакції Закону № 5065-VI від 05.07.2012; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1019-VIII від 18.02.2016)

Стаття 321[2]. Порушення встановленого порядку доклінічного вивчення, клінічних випробувань і державної реєстрації лікарських засобів

1. Умисне порушення встановленого порядку доклінічного вивчення, клінічних випробувань лікарських засобів, фальсифікація їх результатів, а також порушення встановленого порядку державної реєстрації лікарських засобів –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від одного до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від двох до трьох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили смерть потерпілого або інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від двох до трьох років.

(Кодекс доповнено статтею 321[2] згідно із Законом № 5065-VI від 05.07.2012)

Стаття 322. Незаконна організація або утримання місць для вживання одурманюючих засобів

Незаконна організація або утримання місць для вживання з метою одурманювання лікарських та інших засобів, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, а також надання приміщень з такою метою –

караються штрафом від сімдесяти до ста двадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

(Стаття 322 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 3826-VI від 06.10.2011)

Стаття 323. Спонукання неповнолітніх до застосування допінгу

1. Спонукання неповнолітніх до застосування допінгу –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Та сама дія, вчинена батьком, матір'ю, вітчимом, мачухою, опікуном чи піклувальником або особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого чи піклування про нього, його тренером, або повторно, або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 314, 315, 317, 324 цього Кодексу, –

карається обмеженням волі на строк до двох років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені щодо двох чи більше осіб, або якщо вони заподіяли шкоду здоров'ю потерпілого, –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

4. Дії, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, якщо вони заподіяли істотну шкоду здоров'ю потерпілого або інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

Примітка. Допінг – це засоби і методи, які входять до переліку заборонених Антидопінговим кодексом Олімпійського руху.

(Стаття 323 із змінами, внесеними згідно із Законом № 616-VI від 01.10.2008)

Стаття 324. Схиляння неповнолітніх до вживання одурманюючих засобів

Схиляння неповнолітніх до вживання одурманюючих засобів, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, –

карається обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

Стаття 325. Порушення санітарних правил і норм щодо запобігання інфекційним захворюванням та масовим отруєнням

1. Порушення правил та норм, встановлених з метою запобігання епідемічним та іншим інфекційним захворюванням, а також масовим неінфекційним захворюванням (отруєнням)

і боротьби з ними, якщо такі дії спричинили або завідомо могли спричинити поширення цих захворювань, –

карається штрафом до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

(Стаття 325 в редакції Закону № 1125-VI від 17.03.2009)

Стаття 326. Порушення правил поводження з мікробіологічними або іншими біологічними агентами чи токсинами

1. Порушення правил зберігання, використання, обліку, перевезення мікробіологічних або інших біологічних агентів чи токсинів, інших правил поводження з ними, якщо воно створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого, –

караються штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Стаття 327. Заготівля, перероблення або збут радіоактивно забруднених продуктів харчування чи іншої продукції

1. Заготівля, перероблення з метою збуту або збут продуктів харчування чи іншої продукції, радіоактивно забруднених понад допустимі рівні, якщо вони створили загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяли шкоду здоров'ю потерпілого, –

караються штрафом до сімдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Заготівля, перероблення з метою збуту або збут продуктів харчування чи іншої продукції, радіоактивно забруднених понад допустимі рівні, якщо вони спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

§1. Норми міжнародного права
щодо злочинів проти здоров'я населення

321.1.1. Конвенція Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я

(Рада Європи, від 28.10.2011)

(ратифіковано Законом від 07.06.2012)

«Глава I. ЦІЛІ, ПРИНЦИП НЕДИСКРИМІНАЦІЇ, СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ, ВИЗНАЧЕННЯ

Стаття 1. Цілі

1. Метою цієї Конвенції є запобігання загрозі охороні здоров'я та боротьба із цим явищем шляхом:

а) забезпечення криміналізації певних дій;

(…)

Стаття 3. Сфера застосування

Ця Конвенція стосується медичної продукції, незалежно від того, чи захищена вона правами інтелектуальної власності, чи ні або незалежно від того, чи є вона непатентованою, чи ні, у тому числі аксесуарів, призначених для використання разом з пристроями медичного призначення,

а також активних речовин, ексципієнтів, частин та матеріалів, призначених для використання у виробництві медичної продукції.

Стаття 4. Визначення

Для цілей цієї Конвенції:

a) термін «медичний продукт» означає лікарські препарати та пристрої медичного призначення;

b) термін «лікарський препарат» означає лікарські засоби для людського та ветеринарного використання, що може включати:

i) будь-яку речовину або поєднання речовин, які представлено як такі, що мають властивості для лікування чи недопущення хвороби в людей або тварин;

ii) будь-яку речовину або поєднання речовин, які можуть використовуватися людьми або тваринами чи які можуть допомагати людям або тваринам для відновлення, виправлення чи зміни фізіологічних функцій шляхом здійснення фармакологічної, імунологічної або метаболічної дії чи для встановлення медичного діагнозу;

iii) експериментальний лікарський препарат;

c) термін «активна речовина» означає будь-яку речовину або суміш речовин, які призначені для використання у виробництві лікарського препарату та які під час використання у виробництві медичного продукту стають активним інгредієнтом лікарського препарату;

d) термін «ексципієнт» означає будь-яку речовину, яка не є активною речовиною або готовим лікарським препаратом, але є частиною складу лікарського препарату для людського або ветеринарного використання та є суттєвою для цілісності готового препарату;

e) термін «пристрій медичного призначення» означає будь-який інструмент, апарат, обладнання, програмне забезпечення, матеріальний або інший предмет, який використовується самостійно або в поєднанні, у тому числі програмне забезпечення, яке призначене його виробником для використання спеціально для діагностичних та (або) терапевтичних цілей та яке є необхідним для його належного застосування, та який призначений виробником для людського використання для:

i) діагностики, недопущення, моніторингу, лікування або полегшення хвороби;

ii) діагностики, моніторингу, лікування, полегшення або компенсації тілесного ушкодження чи фізичної вади;

iii) дослідження, заміни або видозміни анатомії чи фізіологічного процесу;

iv) контролю концепції;

та який не досягає своєї основної наміченої дії всередині або на людському тілі фармакологічними, імунологічними або метаболічними засобами, але якому у своєму функціонування такі засоби можуть допомогти;

f) термін «аксесуар» означає предмет, який хоча й не є пристроєм медичного призначення, є спеціально призначеним виробником для використання разом з пристроєм медичного призначення для уможливлення його використання відповідно до використання визначеного пристрою медичного призначення виробником пристрою медичного призначення;

g) терміни «частини» та «матеріали» означають усі частини та матеріали, які розробленні та призначені для використання для пристроїв медичного призначення та які є важливими для їхньої цілісності;

h) термін «документ» означає будь-який документ, який має стосунок до медичного продукту, активної речовини, ексципієнту, частини, матеріалу або аксесуару, у тому числі пакування, маркування, інструкції з використання, сертифікат про походження чи будь-який інший супровідний сертифікат, або який іншим чином безпосередньо пов'язаний з їхнім виготовленням та (або) розповсюдженням;

i) термін «виготовлення» означає:

i) стосовно лікарського препарату – будь-яку стадію процесу виробництва лікарського препарату або активної речовини, або ексципієнту такого препарату, чи приведення лікарського препарату, активної речовини або ексципієнту до кінцевого стану;

ii) стосовно пристрою медичного призначення – будь-яку стадію процесу виробництва пристрою медичного призначення, а також частини або матеріали такого пристрою, у тому числі

проектування пристрою, частин або матеріалів, чи приведення пристрою медичного призначення, частин або матеріалів до кінцевого стану;

iii) стосовно аксесуару – будь-яку стадію процесу виробництва аксесуару, у тому числі проектування аксесуару чи приведення аксесуару до його кінцевого стану;

j) термін «підроблення» означає умисне введення в оману стосовно дійсності та (або) джерела;

k) термін «жертва» означає будь-яку фізичну особу, яка страждає від несприятливих фізичних або психологічних впливів у результаті використання підробленого медичного продукту або медичного продукту, виготовленого, поставленого або розміщеного на ринку без дозволу або без дотримання вимог відповідності, описаних у статті 8.

Глава II

МАТЕРІАЛЬНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Стаття 5. Виготовлення підробок

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих та інших заходів для визнання злочинами за своїм національним законодавством умисного виготовлення підробленої медичної продукції, активних речовин, ексципієнтів, частин, матеріалів та аксесуарів.

2. Стосовно лікарських препаратів та, у разі необхідності, пристроїв медичного призначення, активних речовин та ексципієнів пункт 1 також застосовується до будь-якої їхньої фальсифікації.

3. Кожна держава або Європейський Союз під час підписання або передачі на зберігання своєї ратифікаційної грамоти або документа про прийняття чи затвердження може в заяві, адресованій Генеральному секретарю Ради Європи, залишити за собою право не застосовувати пункту 1 або застосовувати його тільки в окремих випадках або за певних умов, що стосується ексципієнтів, частин та матеріалів, а також не застосовувати пункту 2 або застосовувати його тільки в окремих випадках або за певних умов, що стосується ексципієнтів.

Стаття 6. Постачання, пропозиція стосовно постачання та торгівля підробками

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих та інших заходів для визнання злочинами за своїм національним законодавством умисно скоєного постачання або пропозиції стосовно постачання, у тому числі посередництва, торгівлі, у тому числі зберігання на складі, імпорту та експорту підробленої медичної продукції, активних речовин, ексципієнтів, частин, матеріалів та аксесуарів.

2. Кожна держава або Європейський Союз під час підписання або передачі на зберігання своєї ратифікаційної грамоти або документа про прийняття чи затвердження може в заяві, адресованій Генеральному секретарю Ради Європи, залишити за собою право не застосовувати пункту 1 або застосовувати його тільки в окремих випадках або за певних умов, що стосується ексципієнтів, частин та матеріалів.

Стаття 7. Підроблення документів

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих та інших заходів для визнання злочинами за своїм національним законодавством умисно скоєного створення підроблених документів або підроблення документів.

2. Кожна держава або Європейський Союз під час підписання або передачі на зберігання своєї ратифікаційної грамоти або документа про прийняття чи затвердження може в заяві, адресованій Генеральному секретарю Ради Європи, залишити за собою право не застосовувати пункту 1 або застосовувати його тільки в окремих випадках або за певних умов, що стосується документів, які мають стосунок до ексципієнтів, частин та матеріалів.

Стаття 8. Подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих та інших заходів для визнання злочинами за своїм національним законодавством такої умисно скоєної дії настільки, наскільки така дія не охоплюється статтями 5, 6 та 7:

a) виготовлення, зберігання на складі для постачання, імпорт, експорт, постачання, пропозиція стосовно постачання або розміщення на ринку:

i) лікарських препаратів без дозволу у випадках, коли такий дозвіл вимагається відповідно до національного законодавства Сторони, або

ii) пристроїв медичного призначення без дотримання вимог відповідності у випадках, коли така відповідність вимагається за національним законодавством Сторони;

b) комерційне використання автентичних документів поза їхнім використанням за призначенням у рамках законного ланцюжка постачання медичного продукту, визначеного національним законодавством Сторони.

(…)

Стаття 12. Санкції та заходи

1. Кожна Сторона вживає законодавчих та інших заходів для забезпечення покарання за скоєння злочинів, установлених відповідно до цієї Конвенції, ефективними, пропорційними та переконливими санкціями, у тому числі кримінальними та некримінальними грошовими санкціями, з урахуванням ступеню їхньої тяжкості. Ці санкції за установлені згідно зі статтями 5 та 6 злочини, які скоєні фізичними особами, охоплюють покарання, що передбачають позбавлення свободи, що може стати причиною екстрадиції.

(…)

Стаття 13. Обтяжуючі обставини

Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих та інших заходів для забезпечення можливості врахування таких обставин, якщо вони вже не є частиною складових елементів злочину, згідно з відповідними положеннями національного законодавства як обтяжуючі обставини під час визначення санкцій стосовно злочинів, установлених відповідно до цієї Конвенції:

a) злочин спричинив смерть жертви або завдав шкоди фізичному чи психічному здоров'ю жертви;

b) злочин скоєний особами, які зловживали довірою, наданою їм як професіоналам;

c) злочин скоєний особами, які зловживали довірою, наданою їм як виробникам, а також постачальникам;

d) злочини, які полягають у постачанні та пропозиції стосовно постачання, скоєні за допомогою засобів великомасштабного поширення, зокрема інформаційних систем, у тому числі Інтернету;

e) злочин скоєний у рамках злочинної організації;

f) правопорушника вже було попередньо засуджено за злочин подібного характеру». [Конвенція Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я. (Рада Європи, від 28.10.2011) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_a91]

321.1.2. Антидопінгова конвенція

(Рада Європи, від 16.11.1989)

(ратифіковано Законом від 15.03.2001)

*«**Стаття 2. Визначення та сфера застосування конвенції***

1. Для цілей цієї Конвенції:

a) «допінг у спорті» означає призначення спортсменам або спортсменкам чи використання ними фармакологічних класів допінгових препаратів або допінгових методів;

b) «фармакологічні класи допінгових препаратів або допінгові методи» означає, з урахуванням пункту 2 нижче, такі класи допінгових препаратів або допінгові методи, які заборонені відповідними міжнародними спортивними організаціями та які містяться у переліках, затверджених Групою контролю згідно з положеннями статті 11.1b;

c) «спортсмени та спортсменки» означає тих осіб, які регулярно беруть участь в організованій спортивній діяльності.

2. До затвердження Групою контролю згідно з положеннями статті 11.1b переліку заборонених фармакологічних класів допінгових препаратів і допінгових методів застосовується перелік, що міститься у додатку до цієї Конвенції.

(…)

Стаття 10. Група контролю

1. Для цілей цієї Конвенції створюється Група контролю.

2. Будь-яка Сторона може бути представлена в Групі контролю одним або більше представниками. Кожна Сторона має один голос.

(…)

Стаття 11

1. Група контролю здійснює нагляд за застосуванням цієї Конвенції. Вона, зокрема, може:

(…)

b) затверджувати перелік і будь-які зміни до переліку фармакологічних класів допінгових препаратів і допінгових методів, які заборонені відповідними міжнародними спортивними організаціями (…)

(…)

Додаток (1) Перелік заборонених класів препаратів і заборонених методів

I. Заборонені класи препаратів

A. Стимулятори

B. Наркотики

C. Анаболічні стероїди

D. Діуретики

E. Пептидні та глікопротеїнові гормони та аналоги

II. Заборонені методи

A. Кров'яний допінг

B. Фармакологічна, хімічна та фізична маніпуляція

(…)».

[Антидопінгова конвенція (Рада Європи, від 16.11.1989). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_228]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 321–327 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

321.4.1. Поняття лікарських засобів (лікарських препаратів) значно розрізнюються в нормах міжнародного права та нормах національного законодавства, що може обумовити колізію застосування статей 371, 371[1] і 371[2] КК України.

(Див.: 321.1.1 – п. b ст. 4)

321.4.2. Визначення поняття «допінг», що міститься у примітці до статті 323 КК України, не відповідає положенням чинних актів міжнародного права і документів Олімпійського руху.

Примітка до ст. 323 КК України, якою визначається поняття «допінг», є нормою відсилочною – відсилає до Антидопінгового кодексу Олімпійського руху, яким певні засоби і методи включені до переліку заборонених. Однак Міжнародний олімпійський комітет та міжнародні федерації усіх видів спорту у своїй діяльності керуються Всесвітнім антидопінговим кодексом, що був у 2003 р. прийнятий Всесвітнім антидопінговим агентством (World Anti-Doping Agency – WADA).

Всесвітній антидопінговий кодекс [Всесвітній антидопінговий кодекс. http://www.nadc.org.ua/pravo/dokumentaciya_vada/kodeks] є документом міжнародної неурядової організації, яка має юридичний статус приватного фонду. Проте велика кількість держав схвалили його як міжнародний документ, який становить частину національного законодавства. Статус цього документа визнала Організація Об'єднаних Націй. Олімпійська хартія наголошує (у ст. 43), що «Всесвітній антидопінговий кодекс є обов'язковим для всього Олімпійського руху». [Олімпійська хартія (МОК, від 02.08.2016). https://issuu.com/olympicua/docs/olympic_charter_2_august_2016_ukr].

Що стосується переліку заборонених Антидопінговим кодексом Олімпійського руху засобів і методів, то зараз його місце зайняв так званий «Заборонений список», який щорічно затверджується WADA і до якого входять методи та препарати, застосування яких вважається допінгом у спорті в розумінні Всесвітнього антидопінгового кодексу. Викладене свідчить про те, що примітка до ст. 323 КК України, якою визначається поняття «допінг», на сьогодні не відповідає положенням чинних актів міжнародного права і документам Олімпійського руху.

Судова практика в справах за ст. 323 КК представлена у Єдиному державному реєстрі судових рішень одним вироком (станом на 04.06.2018), у якому суд послався на «Заборонений список»

WADA 2014 р. та на Всесвітній антидопінговий Кодекс. [Див.: вирок Кузнецовського міського суду Рівненської області у справі № 565/671/15-к. http://reyestr.court.gov.ua/Review/51578085]

На перший погляд правомірність такого рішення суду може викликати сумніви, оскільки по-перше, в примітці до ст. 323 КК України відсутнє посилання на Заборонений список WADA 2014 р. та Всесвітній антидопінговий Кодекс. По-друге, Всесвітній антидопінговий кодекс, а також списки WADA не мають статусу міжнародного договору (ст. 2 Закону «Про міжнародні договори України») і тому їх застосування суперечить частині 3 ст. 3 КК України: «Закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України».

Однак у цьому питанні слід узяти до уваги, що всі ознаки міжнародного договору мають Антидопінгова конвенція Ради Європи від 16.11.1989 і Додатковий протокол до неї від 12.09.2002 *(див.: 221.1.2)*, якими визначені повноваження WADA та інших організацій з допінг-контролю, які здійснюють свою роботу під його контролем. Ратифікувавши ці два міжнародні договори Україна визнала тим самим Всесвітній антидопінговий кодекс.

Оскільки примітка до ст. 323 КК прямо не визначає, які діяння є злочинами і не встановлює за них покарання, стосовно неї має діяти принцип пріоритету норм міжнародного права, закріплений в ч. 2 ст. 18 Закону «Про міжнародні договори України»: «Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору».

321.4.3. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («незаконне виробництво», «порушення порядку» тощо), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати вірогідність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

321.4.4. Злочин (ст. 327 КК України) слід відмежовувати від адміністративного правопорушення «Заготівля, переробка або збут радіоактивно забруднених продуктів харчування чи іншої продукції» (ст. 42^2 КпАП). Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» у розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи за заготівлю, перероблення або збут радіоактивно забруднених продуктів харчування чи іншої продукції спочатку за ст. 42^2 КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за ст. 327 КК України, існує вірогідність визнання Європейським судом факту порушення конвенційного права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Розділ XIV. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ОХОРОНИ ДЕРЖАВНОЇ ТАЄМНИЦІ, НЕДОТОРКАННОСТІ ДЕРЖАВНИХ КОРДОНІВ, ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРИЗОВУ ТА МОБІЛІЗАЦІЇ

Стаття 328. Розголошення державної таємниці

1. Розголошення відомостей, що становлять державну таємницю, особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків, за відсутності ознак державної зради або шпигунства –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

Стаття 329. Втрата документів, що містять державну таємницю

1. Втрата документів або інших матеріальних носіїв секретної інформації, що містять державну таємницю, а також предметів, відомості про які становлять державну таємницю, особою, якій вони були довірені, якщо втрата стала результатом порушення встановленого законом порядку поводження із зазначеними документами та іншими матеріальними носіями секретної інформації або предметами, –

карається позбавленням волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

Стаття 330. Передача або збирання відомостей, що становлять службову інформацію, зібрану у процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони країни

1. Передача або збирання з метою передачі іноземним підприємствам, установам, організаціям або їх представникам відомостей, що становлять службову інформацію, зібрану у процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони країни, особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків, за відсутності ознак державної зради або шпигунства, –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Ті самі дії, вчинені з корисливих мотивів, або такі, що спричинили тяжкі наслідки для інтересів держави, або вчинені повторно, або за попередньою змовою групою осіб, –

караються позбавленням волі на строк від чотирьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 330 із змінами, внесеними згідно із Законами № 2939-VI від 13.01.2011, № 1170-VII від 27.03.2014)

(Статтю 331 виключено на підставі Закону № 1723-IV від 18.05.2004)

§1. Норми міжнародного права
щодо відповідальності за розголошення державної таємниці

328.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«Стаття 10. Свобода вираження поглядів

1. Кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної

влади і незалежно від кордонів. Ця стаття не перешкоджає державам вимагати ліцензування діяльності радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств.

2. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

328.1.2. Проблеми справедливого розгляду у судах кримінальних справ, що стосуються шпигунства і розголошення державної таємниці

(ПАРЄ, Резолюція 1551 (2007)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«1. Парламентская Ассамблея считает, что законное желание каждого государства охранять государственную тайну не должно становиться предлогом для чрезмерного ограничения свободы слова и распространения информации, международного научного сотрудничества, деятельности адвокатов и других правозащитников.

2. Ассамблея напоминает о важности свободы слова и распространения информации в демократическом обществе, где должна иметься возможность беспрепятственного разоблачения фактов коррупции, нарушения прав человека, разрушения окружающей среды и других случаев злоупотребления властью.

3. Научный прогресс во многом зависит от свободного обмена информацией между учеными, которые должны иметь возможность сотрудничать на международном уровне и участвовать в процессе развития науки, не опасаясь судебного преследования.

4. Адвокаты и другие правозащитники должны также, не опасаясь угрозы уголовного преследования, иметь возможность играть свою важную роль в установлении истины и привлечении к ответственности тех, кто нарушает права человека.

5. Ассамблея отмечает, что во многих государствах-членах Совета Европы законодательные акты, касающиеся охраны государственной тайны, сформулированы достаточно неопределенно или с другой стороны излишне широко – и могут толковаться таким образом, что под их действие подпадает широкий круг легальной деятельности журналистов, ученых, адвокатов и иных правозащитников.

6. При этом в большинстве государств-членов Совета Европы обвинения в разглашении государственной тайны выдвигаются чрезвычайно редко, и обычно, если и выносятся обвинительные приговоры, они оказываются весьма мягкими. Пан Шайлер – бывший британский секретный агент, разгласивший подробности своей работы, был приговорен к шестимесячному сроку заключения с частичной отсрочкой исполнения, в то время как в июле 2006 года германский суд вообще закрыл судебное дело в отношении г-на Ширры – журналиста, опубликовавшего информацию, являвшуюся утечкой из досье БНД. Со своей стороны Европейский суд по правам человека счел «несоразмерным» судебный запрет на публикацию в газетах Соединенного Королевства статей, раскрывающих содержание книги («Охотник за шпионами»), в которой якобы содержалась секретная информация, в то время, когда за рубежом эта книга имелась в свободной продаже.

7. Напротив, ряд громких судебных процессов по обвинению ученых, журналистов и адвокатов, прошедших в Российской Федерации, создали большие проблемы для тех, кого это коснулось, и это стало настоящим холодным душем для других членов этих профессиональных сообществ. Обстановка «шпиономании», подогретая этими судебными процессами и противоречивыми заявлениями высокопоставленных государственных чиновников, препятствует здоровому развитию гражданского общества в этой стране.

8. Ассамблея также озабочена тем, что администрация Соединенных Штатов, а также власти Германии, Швейцарии и Италии недавно угрожали и даже пытались привлекать к суду редакторов

средств массовой информации, журналистов и других «правдоискателей» в связи с предполагаемым разглашением государственной тайны, в частности, в контексте недавних докладов о незаконных операциях ЦРУ (см. резолюцию 1507 (2006) и рекомендацию 1754 (2006)) и других скандалах, связанных с деятельностью секретных служб.

9. Ассамблея обращается к судебным органам всех заинтересованных государств и Европейскому суду по правам человека с просьбой определить необходимый баланс между интересами страны в охране государственной тайны, с одной стороны, и свободой слова и правом на беспрепятственный обмен информацией по научным вопросам, а также заинтересованностью общества в освещении противоправного поведения представителей власти – с другой.

10. Ассамблея отмечает, что уголовные процессы по обвинению в разглашении государственной тайны являются особо чувствительным вопросом и могут использоваться в политических целях. В этой связи Ассамблея считает, что для всех тех, кто заинтересован в порядке, обеспечивающем справедливое рассмотрение таких дел, является жизненно важным соблюдение ниже перечисленных принципов:

10.1. информация, уже являющаяся достоянием общественности, не может считаться государственной тайной, и за разглашение такой информации не может быть назначено наказание, как за шпионаж, даже если обвиняемое лицо собирает, обобщает, анализирует или комментирует такую информацию. Этот же принцип применим к участию в международном научном сотрудничестве, а также к обнародованию информации о коррупции, нарушениях прав человека, разрушении окружающей среды и иных злоупотреблениях властей («правдоискательству»);

10.2. законодательные акты, касающиеся охраны государственной тайны, включая перечни секретных тем, являющиеся основанием для привлечения к уголовной ответственности, должны быть конкретными и при этом публично доступными. Секретные постановления, устанавливающие уголовную ответственность, не могут считаться соответствующими правовым стандартам Совета Европы и должны быть отменены во всех государствах-членах;

10.3. те службы органов безопасности, которым поручено охранять государственные тайны, и кто обычно является жертвами любых утечек, не должны заниматься расследованием таких преступлений и предъявлением обвинений предполагаемым виновникам. Ассамблея сожалеет, что Российская Федерация до сих пор не выполнила взятое при вступлении в Совет Европы обязательство внести соответствующие изменения в закон о ФСБ (см. резолюцию 1455 (2005), пункт 13.x.a.);

10.4. судебное рассмотрение дел должно быть оперативным; следует также избегать продолжительного предварительного заключения;

10.5. судам следует неусыпно блюсти справедливость при рассмотрении дел, уделяя особое внимание соблюдению принципа равенства сторон – обвинения и защиты, в частности:

10.5.1. защита должна быть адекватно представлена при выборе экспертов, консультирующих суды по вопросам секретности соответствующей информации;

10.5.2. в качестве экспертов должны выступать высококвалифицированные специалисты, независимые от секретных служб;

10.5.3. в суде защита должна иметь право задавать экспертам вопросы и оспаривать их показания, опираясь на мнения экспертов, предложенных защитой, в том числе экспертов из других ведомств;

10.6. судебные процессы должны быть максимально открытыми и прозрачными для того, чтобы поддержать уверенность общества в их справедливости; во всяком случае, судебные решения должны обнародоваться;

10.7. кроме того, дела гражданских лиц не должны, как правило, рассматриваться военными судами; при этом следует подчеркнуть, что судебные разбирательства должны проводиться компетентными независимыми и беспристрастными судами и трибуналами при полном соответствии процессуальных действий международным стандартам справедливого разбирательства;

10.8. замена судей и судебных коллегий должна быть разрешена только в самых исключительных и строго определенных случаях; она должна быть полностью обоснована для того, чтобы исключить предположения о подборе «удобного» состава суда или о его недостаточной независимости;

10.8. вопрос о том, стала ли уже рассматриваемая информация достоянием общественности, всегда должен устанавливаться судом по имеющимся фактам, и после того, как судейской коллегией будет вынесено положительное решение, судья в любом случае должен принимать решение об отсутствии состава преступления.

11. Ассамблея считает, что ряд громких дел о шпионаже в Российской Федерации, в том числе дела гг. Сутягина и Данилова, являются четкими индикаторами того, что упомянутые выше принципы (пункт 10) не были соблюдены, и отмечает, что вынесенные приговоры о тюремном заключении (14 и 15 лет соответственно) в любом случае не соответствуют практике, существующей в других государствах-членах Совета Европы, и в частности:

11.1. как и в более ранних делах гг. Никитина, Пасько (см. резолюцию 1354 (2003) и Моисеева, рассмотрение в суде дел гг. Сутягина и Данилова велось в течение многих лет, которые обвиняемые в основном провели в заключении, пока ФСБ вело расследование уголовных дел;

11.2. без объяснения причин неоднократно менялись судьи и состав судебных коллегий;

11.3. защита была лишена возможности опрашивать экспертов по вопросам секретности обсуждаемой информации в присутствии судейской коллегии;

11.4. судя по всему, ряд экспертов не обладал должной независимостью;

11.5. судебные заседания не были открытыми; в деле Данилова даже имя судьи было засекречено. В качестве основания для назначения уголовного наказания суд руководствовался секретным постановлением (№ 055–96).

12. Ассамблея горячо приветствует заявление Общественной палаты Российской Федерации от 30 июня 2006 года, в котором признается несостоятельность действующего законодательства об охране государственной тайны и выражается сожаление, что их жесткое применение оказало негативное воздействие на моральное состояние научного сообщества.

13. Ассамблея призывает международное научное сообщество разработать типологию допустимых форм международного научного сотрудничества по тематике, связанной с потенциально секретной информацией.

14. Ассамблея призывает все государства-члены воздерживаться от предъявления обвинений любым ученым, работа которых связана с такими допустимыми видами сотрудничества, и реабилитировать всех, кто был подвергнут наказанию за такое сотрудничество.

15. В частности, Ассамблея обращается к компетентным органам Российской Федерации с просьбой использовать все возможные правовые меры, чтобы незамедлительно освободить гг. Сутягина, Данилова и Трепашкина, а до того призывает оказать им необходимую медицинскую помощь.» [Проблеми справедливого розгляду у судах кримінальних справ, що стосуються шпигунства і розголошення державної таємниці (ПАРЄ, Резолюція 1551 (2007). https://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/[russian_documents]/[2007]/%5BApr2007%5D/Res1551_rus.asp]

328.1.3. Захист викривачів

(ПАРЄ, Резолюція 1729 (2010)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«1. Парламентская ассамблея признает значение разоблачителей – неравнодушных людей, подающих сигналы тревоги с тем, что бы пресечь нарушения, создающие угрозу для сограждан. Это является средством повышения подотчетности и усиления борьбы с коррупцией и бесхозяйственностью – как в государственном, так и в частном секторе.

2. Потенциальных разоблачителей зачастую отпугивает страх подвергнуться репрессиям или опасение того, что их сигналы останутся без ответа, что противоречит заинтересованности общества в обеспечении эффективности управления и подотчетности как в государственных делах, так и в частном бизнесе.

3. После целой серии бедствий, которые вполне можно было бы предотвратить, в Соединенном Королевстве было принято прогрессивное законодательство по защите разоблачителей, действующих в интересах общества. Аналогичное законодательство уже многие годы действует в США, и полученные благодаря ему результаты в целом положительны.

4. В большинстве государств-членов Совета Европы отсутствует комплексное законодательство о защите разоблачителей, хотя многие нормы, отражающие различные аспекты деятельнос-

ти разоблачителей, нашли свое отражение в законах, регулирующих трудовые отношения, уголовный процесс, деятельность СМИ, и в конкретных мерах по борьбе с коррупцией.

5. Разоблачение всегда требует смелости и решительности. Но разоблачители должны быть уверены, что их сигнал будет услышан, а сами они не будут подвергать опасности свое благополучие и благополучие своей семьи. В соответствующем законодательстве должна прежде всего обеспечиваться безопасная альтернатива молчанию, и при этом у потенциальных разоблачителей не должно создаваться ложной уверенности в собственной безопасности.

6. Ассамблея призывает все государства-члены провести анализ своего законодательства о защите разоблачителей, руководствуясь при этом следующими принципами:

6.1. Законодательство о защите разоблачителей должно быть комплексным:

6.1.1. под определение подлежащих защите сообщений должны подпадать добросовестные сигналы о разного рода незаконных деяниях включая все виды серьезных нарушений прав человека, затрагивающих или угрожающих жизни, здоровью, свободе и иным законным интересам граждан как субъектов государственного управления или налогоплательщиков, акционеров, сотрудников или клиентов частных компаний;

6.1.2. поэтому законодательство должно распространяться на разоблачителей как в государственном, так и в частном секторе, включая военнослужащих и сотрудников спецслужб, и

6.1.3. оно должно содержать кодифицирующие нормы в следующих сферах законодательства:

6.1.3.1. трудовое право – в частности, в вопросах защиты от несправедливого увольнения и других мер возмездия, затрагивающих трудовые отношения;

6.1.3.2. уголовное право и уголовный процесс – в частности, в вопросах защиты от уголовного преследования за клевету, раскрытие государственной или коммерческой тайны, а также защиты свидетелей;

6.1.3.3. законодательство о СМИ – в частности, в вопросах защиты источников информации, используемой журналистами; и

6.1.3.4. в отношении конкретных антикоррупционных мер, в том числе предусмотренных в Конвенции Совета Европы о гражданско-правовой ответственности за коррупцию (СЕД No. 174).

6.2. Законодательство о защите разоблачителей должно быть ориентировано на обеспечение безопасной альтернативы молчанию.

6.2.1. Оно должно создавать для руководителей государственных и частных структур должные стимулы к созданию внутренних процедур работы с разоблачителями, обеспечивающих, чтобы:

6.2.1.1. сведения, касающиеся возможных проблем, должным образом расследовались, а соответствующая информация своевременно доводилась до высшего руководства, при необходимости в обход обычной системы субординации; и

6.2.1.2. личности разоблачителей раскрывались только с их согласия или только в целях устранения серьезной опасности, непосредственно угрожающей интересам общества.

6.2.2. Данное законодательство должно обеспечивать любому лицу, добросовестно использующему существующие внутренние каналы разоблачения, защиту от любой формы возмездия (несправедливого увольнения, преследования или любого иного наказания или дискриминации).

6.2.3. Если внутренние каналы отсутствуют или не функционируют должным образом, или при наличии обоснованных сомнений в их надлежащем функционировании в силу проблемы, вскрытой разоблачителем, аналогичную защиту следует обеспечить для внешних каналов разоблачения, включая СМИ.

6.2.4. Должно считаться, что разоблачитель действует добросовестно, если у него имеются разумные основания полагать, что сообщенная им информация достоверна, даже если впоследствии оказывается, что это не так, при условии, что он не преследовал при этом противозаконных или неэтичных целей.

6.2.5. Соответствующее законодательство должно обеспечивать добросовестным разоблачителям надежную защиту от любой формы возмездия через правоприменительный механизм расследования поступающих от разоблачителей жалоб и предъявления работодателям требований о принятии корректирующих мер, в том числе с применением временных средств защиты до про-

ведения полного рассмотрения дела, а также выплатой надлежащей финансовой компенсации, если последствия возмездия не могут быть устранены в необходимой степени.

6.2.6. Оно также должно создавать отрицательные стимулы для тех, кто мстит разоблачителям. Подвергающиеся гонениям разоблачители должны иметь возможность предъявлять своим преследователям встречные иски с целью смещения их с должности или применения в отношении них иных санкций.

6.2.7. Система работы с разоблачителями также должна предусматривать надлежащую защиту от недобросовестных обвинений.

6.3. Что касается бремени доказательства, работодатель должен представить неопровержимые доказательства того, что меры, принятые в ущерб интересам разоблачителя, не обусловлены действиями разоблачителя.

6.4. Действие соответствующего законодательства и его влияние на эффективную защиту разоблачителей должно отслеживаться и регулярно оцениваться независимыми органами.

7. Ассамблея подчеркивает, что необходимое совершенствование законодательства должно сопровождаться общим улучшением отношения к деятельности разоблачителей, которая более не должна ассоциироваться с нелояльностью и предательством.

8. Она признает важную роль неправительственных организаций, которые способствуют общему позитивному изменению отношения к деятельности разоблачителей и консультируют работодателей, желающих внедрить у себя внутренние процедуры работы с разоблачителями, потенциальных разоблачителей, а также жертв возмездия.

9. С тем чтобы подать пример, Ассамблея предлагает Совету Европы внедрить у себя действенные процедуры работы с разоблачителями в системе как самого Совета, так и его частичных соглашений». [Захист викривачів (ПАРЄ, Резолюція 1729 (2010). https://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/[russian_documents]/[2010]/%5BApr2010%5D/Res1729_rus.asp]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо відповідальності за розголошення державної таємниці

328.2.1. Справа «Guja v. Moldova»

«70. Суд далі повторює, що стаття 10 застосовується також і до місця роботи, і що державні службовці, такі як заявник, мають право на свободу вираження поглядів. Водночас Суд усвідомлює, що працівники мають по відношенню до свого роботодавця обов'язок лояльності, стриманості та розважливості. Це особливо стосується державних службовців, оскільки сама природа державної служби вимагає того, щоб державний службовець був зв'язаний обов'язком лояльності та розважливості.

71. Оскільки місія державного службовця в демократичному суспільстві полягає у допомозі урядові при здійсненні його функцій і оскільки громадськість має право очікувати, що вони допомагатимуть, а не перешкоджатимуть демократично обраному урядові, обов'язок лояльності та стриманості набуває особливого значення для них. Крім того, з огляду на саму природу їхнього становища, державні службовці часто мають доступ до інформації, щодо якої уряд, з різних правомірних причин, може мати інтерес у збереженні її конфіденційності чи таємності. Отже, обов'язок розважливості, покладений на державних службовців, також загалом буде сильним.

72. (…) У цьому відношенні Суд зазначає, що державний службовець, під час своєї роботи, може довідатися про внутрішньовідомчу інформацію, у тому числі таємну інформацію, розголошення чи оприлюднення якої відповідає сильному суспільному інтересу. Тому Суд вважає, що сигналізування державним службовцем або працівником публічного сектора про незаконну поведінку або правопорушення за місцем роботи повинно, за певних обставин, користуватися захистом. Це може бути потрібним тоді, коли відповідний працівник чи державний службовець є єдиною особою, або частиною невеликої групи осіб, яка знає про те, що сталося на роботі, і тому має найкраще становище для того, щоб вчинити у суспільному інтересі, сповістивши свого роботодавця або ширшу громадськість. У цьому контексті, Суд бере до уваги такі положення Пояснювальної доповіді до Цивільної конвенції Ради Європи про боротьбу проти корупції:

«На практиці корупційні справи важко виявляти та розслідувати, і першими, хто дізнається про щось неналежне або підозрює це, є саме працівники або колеги (як у державному, так і у приватному секторі) осіб, причетних до корупції».

73. У світлі згаданого вище обов'язку розважливості, інформація повинна бути спочатку повідомлена керівнику особи або іншій уповноваженій особі чи органу. Лише тоді, коли це є явно неможливим, інформація може, як останній засіб, бути розголошена громадськості. Тому при оцінювання того, чи було обмеження свободи вираження поглядів пропорційним, Суд повинен врахувати, чи були заявникові доступні будь-які інші ефективні засоби реагування на правопорушення, яке він мав намір викрити.

74. Визначаючи пропорційність втручання у свободу вираження поглядів державного службовця у такому випадку, Суд повинен також взяти до уваги низку інших чинників. Насамперед, особлива увага повинна приділятися суспільному інтересу, якого стосується розголошена інформація. Суд повторює, що за пунктом 2 статті 10 Конвенції поле для обмеження дискусії з питань суспільного інтересу є незначним. У демократичній системі дії чи бездіяльність уряду повинні підлягати прискіпливому контролю не лише з боку законодавчих та судових органів, але й засобів масової інформації та суспільної думки. Інтерес, який громадськість може мати в отриманні певної інформації, може інколи бути таким сильним, що він переважає навіть покладений законом обов'язок конфіденційності.

75. Другим чинником, важливим для такого збалансування, є достовірність розголошуваної інформації. Уповноважені державні органи можуть приймати заходи, призначені для належного та ненадмірного реагування на дифамаційні звинувачення, що є необґрунтованими або сформульовані недобросовісно. Крім того, свобода вираження поглядів супроводжується обов'язками та відповідальністю, і будь-яка особа, яка вирішує розголосити інформацію, повинна уважно перевірити, тією мірою, якою це дозволяють обставини, те, щоб інформація була достовірною та надійною.

76. З іншого боку ваг, Суд повинен зважити ту шкоду (якщо наявна), яку зазнав державний орган внаслідок розголошення, про яке йдеться, та оцінити, чи переважала ця шкода суспільний інтерес в розкритті інформації.

77. Мотив, яким керувався працівник-інформатор, є іншим визначальним чинником при вирішенні того, чи слід надавати захист конкретному випадку розголошення. Наприклад, дії, мотивовані особистою образою, особистою неприязню або очікуванням особистої вигоди, у тому числі матеріальної, не будуть виправданням для особливо високого рівня захисту. Важливо встановити, що, розголошуючи інформацію, особа діяла з добрими намірами та була переконана в її достовірності, а також в тому, що розголошення відповідало суспільному інтересу, і що їй не були доступні інші, стриманіші засоби реагування на правопорушення.

78. Останнє: у зв'язку з дослідженням пропорційності втручання по відношенню до правомірної мети, що переслідується, необхідно уважно проаналізувати застосовану до заявника санкцію та її наслідки». [Guja v. Moldova (14277/04). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117575]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо відповідальності за розголошення державної таємниці

328.3.1. Справа «Hadjianastassiou v. Greece»
Фактичні обставини:

22 жовтня 1984 р. пану Hadjianastassiou, офіцеру грецьких Військово-повітряних сил, постійним судом Військово-повітряних сил було винесено обвинувальний вирок за розголошення військової таємниці. Він визнаний винним у передачі приватній компанії інформації, що містилася в науковій доповіді Військово-повітряних сил, де він був відповідальним за проектування і виробництво керованих ракет. Суд визначив йому покарання у вигляді позбавлення волі строком на два роки і шість місяців.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«38. У поданні пан Hadjianastassiou скаржиться, шо його засудження військовими судами порушило статтю 10 Конвенції.

39. (…) Звичайно, свобода вираження поглядів, гарантована статтею 10 Конвенції, поширюється і на військовослужбовців (…)

40. Відповідно, вирок (…) являє собою втручання у здійснення права заявника на свободу вираження поглядів. Таке втручання порушує статтю 10 Конвенції, якщо воно не було «встановлено законом», не переслідувало одне або декілька законних цілей, викладених у пункті 2 ст. 10 Конвенції, і не було «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення вищезазначених цілей.

42. (…) Наголошуючи на тому, що перш за все саме національні суди повинні тлумачити та застосовувати національне законодавство, Суд, як і Уряд та Комісія, вважає, що втручання було «встановлене законом».

43. Цілком очевидно, що оспорюване засудження мало на меті покарати розголошення інформації про проект зброї, яка класифікується як таємна, захистити «національну безпеку» – що є законною метою в розумінні пункту 1.10 статті 10 Конвенції.

(…)

45. У цьому випадку проект з виробництва керованої ракети був класифікований як «військова таємниця». Засудження заявника в апеляційному суді було засновано на розкритті «загальної інформації», в якій військові інтереси повинні зберігатися в таємниці; експерти, призначені апеляційним судом, дійшли висновку, що хоча в обох дослідженнях використовувалися різні методи, «певна частина технічних знань була передана».

Як і уряд, Суд вважає, що розкриття інтересу держави до конкретної зброї та відповідних технічних знань, які можуть дати вказівку на прогрес у його виробництві, можуть завдати значної шкоди національній безпеці.

46. Також необхідно враховувати особливі умови, пов'язані з військовим життям, і конкретні «обов'язки та відповідальність», які покладаються на військовослужбовців збройних сил. Заявник як посадова особа, відповідальна за експериментальну ракетну програму, був ознайомлений із зобов'язанням з питань, пов'язаних із виконанням своїх обов'язків.

47. Зважаючи на ці міркування, не можна сказати, що грецькі військові суди перевищили межі свободи розсуду, які повинні залишатися національним органам влади у питаннях національної безпеки. Також обставини справи не свідчать про відсутність розумного співвідношення пропорційності між використаними засобами та законною метою.

На закінчення, порушення статті 10 Конвенції не було встановлено». [Hadjianastassiou v. Greece (12945/87). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57779]

328.3.2. Справа «Bucur et tëoma c. Roumanie»

Фактичні обставини:

У 1996 році перший заявник працював у відділі моніторингу та запису телефонного зв'язку військової частини служби розвідки (Serviciul Român de Informaţii – SRI), що базується в Бухаресті. Його обов'язки полягали в забезпеченні безперервного моніторингу та реєстрації телефонних дзвінків осіб, внесених до спеціального реєстру, перевірці якості та безперервності записів і дотримання умов перехоплення. Під час своєї роботи перший заявник зазначив кілька порушень: усі записи в реєстрі відділу були зроблені олівцем, не вказувалось фактичне ім'я людини, якого прослуховували, номер дозволу прокурора на прослуховування, адреса провідного телефонного зв'язку, причина прослуховування тощо. Крім того, прослуховувалися телефони значної кількості журналістів, політиків і бізнесменів, особливо після того, як у пресі були висвітлені гучні справи. Заявник стверджує, що повідомив про ці порушення своїм колегам і начальнику відділу. Останній порадив йому відмовитися від своїх тверджень і сказав, що у нього є проблеми, і дітей ще треба виховувати, і «не нам змінювати порядки».

Заявник зв'язався з членом парламенту Румунії ТК. Останній повідомив йому, що кращий спосіб довести до громадськості інформацію про зазначені порушення полягав у проведенні прес-конференції. На підтвердження своїх тверджень і за рекомендацією ТК заявник записав одинадцять аудіокасет, що містять записи телефонних розмов кількох журналістів і політиків. 13 травня 1996 р. відбулася прес-конференція. У присутності кількох членів партії România Mareі заявник опри-

людив записи аудіокасет та поінформував про порушення, виявлені в діяльності SRI. Він пояснив свої дії бажанням забезпечити дотримання румунських законів і в першу чергу Конституції, Він також стверджував, що оприлюднена інформація не становила державної таємниці. Нарешті, заявник заявив, що ніхто не може вимагати збереження державної таємниці з метою приховування правопорушень. Прес-конференція заявника отримала гучне відлуння в місцевих і міжнародних ЗМІ. Політичні та неурядові організації зробили кілька заяв із цього питання.

31 липня 1996 року кримінальна справа була відкрита проти заявника по звинуваченню в збиранні та передачі секретної інформації при виконанні своїх обов'язків, а також у незаконному використанні конфіденційної інформації, що завдало шкоди приватному життю, честі й репутації третіх осіб. 5 серпня 1996 року заявнику було також пред'явлено звинувачення у крадіжці декількох аудіокасет з приміщень SRI.

Вироком військового суду від 20 жовтня 1998 р. заявника засуджено до двох років позбавлення волі умовно.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«82. У цьому випадку Суд зазначає, що заявник був засуджений на підставі статей Кримінального кодексу Румунії, згаданих урядом. Тому він вважає, що засудження заявника ґрунтувалося на внутрішньому законодавстві. Що стосується якості закону, про який іде мова, його доступність не ставиться під сумнів. З іншого боку, Суд не переконаний у тому, що внутрішнє законодавство відповідає вимозі передбачуваності. Однак він не вважає за необхідне вирішувати це питання, оскільки оспорюване засудження з інших причин несумісне зі статтею 10 Конвенції.

83. Перший заявник вважає, що втручання не мало законної мети. Зі свого боку, уряд вважає, що спірне засудження було спрямоване на запобігання та покарання злочинів, які зачіпають державну безпеку.

84. Суд вважає, що мета, на яку посилається уряд, є законною. Тепер необхідно з'ясувати, чи було втручання таким, що «є необхідним у демократичному суспільстві».

(…)

(a) Чи мав перший заявник інші засоби для розкриття інформації

95. Перший заявник стверджує, що у нього не було інших ефективних засобів для розкриття інформації. Уряд вважає, що заявник міг би підняти питання спочатку зі своїм начальством, а потім за необхідності з парламентським комітетом з контролю НДІ.

96. Що стосується першого аргументу, зазначеного урядом, Суд спочатку зазначає, що уряд не надав жодних доказів існування у той час румунського законодавства, що стосуються розкриття співробітниками порушень, вчинених за місцем їх роботи. Тому видається, що в цьому відношенні не передбачено ніякої процедури, за якою заявник був спроможний висловити свої побоювання начальству.

(…)

(b) Суспільні інтереси, представлені розкритою інформацією

101. Суд вважає, що інформація, надана заявником, безсумнівно, мала суспільний інтерес. Перехоплення телефонного зв'язку має особливе значення в суспільстві, яке під час комуністичного режиму знало політику постійного спостереження з боку секретних служб. Про це свідчить той факт, що прес-конференція від 13 травня 1996 року широко висвітлювалася засобами масової інформації, про що свідчать документи, подані заявником і урядом.

102. Крім того, сам Суд прагне постійно наголошувати щодо необхідності адекватних і реальних гарантій проти зловживань у цій галузі, оскільки секретна система нагляду, призначена для захисту національної безпеки, несе в собі ризик підірвати або навіть зруйнувати демократію на ґрунті захисту.

103. У світлі вищесказаного Суд вважає, що інформація, розкрита заявником, була пов'язана з порушеннями, вчиненими старшими посадовими особами, і стосувалася демократичних основ держави. Немає сумнівів у тому, що це дуже важливі питання політичних дебатів у демократичному суспільстві, у якому громадська думка має законний інтерес до інформації.

104. Слід, однак, відзначити, що національні суди не брали до уваги аргумент заявника, що стосується громадського інтересу до інформації, що розкривається, і її вплив на здійснення його свободи вираження, яке мало б сумісний зі стандартами Конвенції.

(c) Справжність розголошеної інформації

(…)

111. В даному випадку ясно, що суди відмовилися перевірити, чи є віднесення інформації до «надсекретної» виправданим з урахуванням даних, зібраних SRI, і відповісти на питання, чи має інтерес забезпечення конфіденційності інформації переважну силу над інтересами громадськості ознайомитися з передбачуваними незаконними перехопленнями. На думку Суду, національні суди не прагнули розглянути справу у всіх її аспектах, просто дотримуючись факту наявності чи відсутності дозволів, передбачених законом.

112. Крім того, уряд також не надав Суду відповідні і переконливі докази, які виправдовували б «надсекретну» класифікацію інформації, що була розголошена заявником; уряд відмовився представити весь внутрішній кримінальний файл, у який входять запити прохання SRI і дозволи прокурора. За цих обставин Суд може покладатися тільки на копії цих документів, наданих заявниками. Однак із цих документів видно, що як запити SRI, так і санкції прокурора не містили мотивувальної частини щодо необхідності прослуховування.

113. У світлі вищесказаного Суд вважає, що у першого заявника були розумні підстави вважати, що інформація, яку він розголошував, є справжньою. Відмова судової влади дозволити йому довести ці твердження не може бути висновком, що розголошена інформація позбавлена будь-якої фактичної основи або була фальшована.

(d) шкода, заподіяна SRI

(…)

115. Суд визнає, що в загальних інтересах підтримувати довіру громадян щодо принципу законності з боку державних розвідувальних служб. У той же час громадянин зацікавлений, щоб можливі порушення були розслідувані і роз'яснені. При цьому Суд вважає, що загальний інтерес до розкриття інформації про незаконні дії органів державної безпеки настільки важливий в демократичному суспільстві, що він переважує необхідність підтримувати довіру громадськості до цієї установи. У зв'язку з цим він нагадує, що вільне обговорення суспільних інтересів важливе в демократичній державі і що потрібно бути обережним, щоб не перешкоджати громадянам обговорювати такі проблеми.

(e) сумлінність першого заявника

(…)

117. Суд зазначає, що заявник заявив про свої наміри на прес-конференції 13 травня 1996 р., а потім у судах. Суд не бачить підстав вважати, що заявник був мотивований бажанням скористатися особистими вигодами свого акту, що це була особиста помста роботодавцю або що він діяв з будь-яким з інших прихованих мотивів. Це також підтверджується тим фактом, що він не вирішив відразу звернутися безпосередньо до преси, щоб охопити найширшу аудиторію, але спочатку звернувся до депутата парламенту, члена Комітету парламентського контролю за діяльністю SRI.

118. Таким чином, Суд дійшов висновку, що заявник мав позитивні наміри, зазначені ним, і що він діяв сумлінно.

(f) тяжкість покарання

119. Нарешті, Суд зазначає, що заявник був засуджений до умовного покарання у вигляді тюремного ув'язнення строком на два роки. Мало того, що ця санкція мала дуже негативний вплив на його кар'єру, але вона також мала потенціал, щоб вплинути на інших агентів SRI і перешкоджати їм повідомляти про неналежні дії. Крім того, з огляду на висвітлення справи заявника в засобах масової інформації вказана санкція може мати стримуючий ефект не тільки на агентів SRI, а й на інших посадових осіб і працівників.

120. Усвідомлюючи важливість права на свободу вираження поглядів із питань, що становлять суспільний інтерес, право державних службовців та інших працівників повідомляти про незаконну поведінку або дії, виявлені ними за місцем роботи, відповідальність співробітників перед їх роботодавцями, суд, зважуючи різні інші інтереси, поставлені тут на карту, вважає, що пору-

шення права заявника на свободу вираження, особливо його права на передачу інформації, не було «необхідним в демократичному суспільстві». Відповідно, мало місце порушення статті 10 Конвенції». [Bucur et toma c. Roumanie (40238/02). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–115844]

328.3.3. Справа «Pasko v. Russia»

Фактичні обставини:

Заявник, військовий журналіст, офіцер ВМФ Росії, засуджений у кримінальному порядку за розголошення відомостей, що становлять державну таємницю, скаржився до Європейського Суду на те, що в основі винесеного йому обвинувального вироку лежало надання Закону «Про державну таємницю» зворотної сили. Зокрема, він стверджував, що з 11 вересня 1997 року, коли він здійснив збір відомостей, про які йде мова у справі, до 9 жовтня 1997 року коли набули чинності зміни до Закону «Про державну таємницю», які включили в нього перелік відомостей, що становлять державну таємницю, в федеральному законодавстві такий перелік був відсутній, а тому винесення йому обвинувального вироку за те, що він нібито вчинив у цей період злочин, не мало під собою жодних правових підстав. На думку заявника, Перелік відомостей, віднесених до державної таємниці, затверджений Указом Президента Росії № 1203 від 30 листопада 1995 року, не можна вважати достатньою правовою підставою для його засудження, оскільки в частині 4 статті 29 Конституції Російської Федерації ясно сказано, що «перелік відомостей, що становлять державну таємницю, визначається федеральним **законом**». Крім того, заявник наполягає, що за відсутності такого переліку він не міг передбачити, що його дії є кримінально караними.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«64. Європейський Суд зазначає, що заявник був визнаний винним у збиранні відомостей, що становлять державну таємницю, починаючи з 11 вересня 1997 року, та в їх зберіганні аж до 20 листопада 1997 року, коли він був затриманий. По суті, заявник скаржиться на те, що винесений йому вирок був незаконним, оскільки з 11 вересня 1997 року до 8 жовтня 1997 року в російському законодавстві відсутній перелік відомостей, віднесених до державної таємниці, а з 9 жовтня 1997 року коли набули чинності зміни, у яких містився такий перелік, до 20 листопада 1997 року російські суди надто широко тлумачили застосовні положення російського законодавства і поклали в основу винесеного йому обвинувального вироку неопублікований наказ Міністерства оборони Російської Федерації. Заявник стверджує, що внаслідок цього він не міг передбачити, що його дії в будь-який із цих двох проміжків часу були кримінально караними.

65. Взявши до уваги обставини справи, Суд вважає, що головне спірне питання стосується передбачуваного порушення права заявника на свободу вираження поглядів. Тому Суд вважає доречним розглянути скарги заявника на порушення статті 10 Конвенції.

66. З огляду на те, що заявник був офіцером, що знаходяться на дійсній військовій службі, Європейський Суд нагадує, що свобода вираження поглядів, гарантована статтею 10 Конвенції, застосовується до військовослужбовців так само, як і до всіх інших осіб, які перебувають під юрисдикцією Договірних Держав. Крім того, інкриміноване заявнику розголошення секретних відомостей не виходить за рамки статті 10 Конвенції, застосування якої не обмежується конкретними категоріями інформації, ідей чи форм вираження думки.

Тому Суд дійшов переконання, що стаття 10 Конвенції може бути застосована в цій справі і що винесений заявнику вирок є акт втручання держави в здійснення особою її права на свободу вираження поглядів. Таке втручання порушує вимоги статті 10 Конвенції, якщо воно не «передбачено законом», не переслідує однієї або декількох законних цілей, перерахованих в пункті 2 статті 10 Конвенції, і не є «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення цих цілей.

1. Питання законності втручання держави в здійснення прав заявника

67. Суд нагадує, що вислів «передбачені законом» за змістом положень пункту 2 статті 10 Конвенції насамперед вимагає, щоб у оскаржуваних заходів були підстави в національному законодавстві держави-відповідача; проте він стосується і якості закону, вимагаючи, щоб він був доступний, досить чітко сформульований і давав людині можливість передбачити наслідки своїх дій.

(A) З питання про наявність в національному законодавстві держави-відповідача підстав для втручання в здійснення прав заявника

68. З приводу першого із зазначених аспектів Європейський Суд зазначає, що частина 4 статті 29 Конституції Російської Федерації від 12 грудня 1993 року говорить: «перелік відомостей, що становлять державну таємницю, визначається федеральним законом».

До 9 жовтня 1997 року в статті 5 Закону «Про державну таємницю», прийнятого на кілька місяців раніше Конституції, згадувався тільки перелік відомостей, які «можуть бути» віднесені до державної таємниці в установленому порядку. Повноваженнями щодо віднесення відомостей до державної таємниці були наділені керівники органів державної влади, а право затвердити перелік таких відомостей було надано Президенту Російської Федерації. Останній видав відповідний Указ 30 листопада 1995 року, а 6 жовтня 1997 року в статтю 5 Закону «Про державну таємницю» були внесені зміни, що включили в неї перелік відомостей, що становлять державну таємницю. Ці зміни були опубліковані і вступили в чинності 9 жовтня 1997 року.

71. Європейський Суд зазначає, що відповідно до частини 4 статті 29 Конституції Російської Федерації перелік відомостей, що становлять державну таємницю, визначається федеральним законом. Зазначене конституційне положення передбачає, що під час відсутності такого закону немає ніяких правових підстав для кримінального переслідування особи за розголошення державної таємниці. Проте Закон «Про державну таємницю» в редакції, що діяла в той час, містив лише перелік відомостей, що становлять державну таємницю, а не перелік відомостей, віднесених до державної таємниці; таким чином, не можна сказати, що він в явній формі перераховував ці відомості.

З іншого боку, в той час, про який іде мова, перелік таких відомостей визначався Указом Президента Російської Федерації № 1203 від 30 жовтня 1995 року Російські суди поклали ці два нормативні правові акти в основу винесеного заявнику обвинувального вироку. Тому питання, яке потрібно вирішити в цій справі, полягає в тому, чи були з урахуванням вимог Конституції Російської Федерації достатні правові підстави для передбачуваного втручання держави в здійснення прав заявника, передбачених статтею 10 Конвенції, при тому, що зазначений у федеральному законі перелік відомостей, що становлять державну таємницю, був конкретизований Указом Президента – нормативно-правовим актом, що має меншу юридичну силу, ніж закон.

(…)

73. Далі, Європейський Суд нагадує, що відповідно до його усталеної прецедентної практики термін «закон» повинен розумітися в «змістовному», а не в «формальному» сенсі. Отже, він включає в себе все, що становить писане право, в тому числі і акти, що мають меншу юридичну силу, ніж закони, а також рішення судів, у яких дається їх тлумачення. У цій справі Суд зазначає, що Конституція Російської Федерації містить принцип, згідно з яким перелік відомостей, що становлять державну таємницю, визначається федеральним законом, і що згодом до Закону «Про державну таємницю» були внесені зміни для приведення його у відповідність із цією конституційною вимогою. Зрозуміло, що з 12 грудня 1993 року, коли набула чинності Конституція Російської Федерації, до 9 жовтня 1997 року, коли почали діяти зміни до Закону «Про державну таємницю», існувала нагальна потреба в правовому акті, який дав би компетентним органам влади юридичні підстави «для виконання свого обов'язку щодо захисту безпеки держави, суспільства і громадян». Суд схиляється до висновку, що влада Російської Федерації обґрунтовано задовольнила цю потребу шляхом введення в дію Указу Президента, оскільки процедура видання такого нормативного правового акта простіше і швидше, ніж процедура прийняття федерального закону – з огляду на, зокрема, свободу розсуду, якою користуються національні влади при регулюванні питань охорони державної таємниці.

У виданому Указі ясно перераховувалися категорії відомостей, віднесених до державної таємниці; крім того, цей Указ був загальнодоступним, тому будь-яка людина, в тому числі і заявник, міг скорегувати свої дії відповідно до нього.

(…)

78. Нарешті, Європейський Суд зазначає, що у справі заявника російські суди незмінно посилалися на Закон «Про державну таємницю» та на Указ Президента Російської Федерації від

30 листопада 1995 року як на підставу для винесення заявнику обвинувального вироку. У зв'язку з цим Суд нагадує, що тлумачення і застосування національного законодавства має здійснюватися насамперед національними властями, особливо судами, і що Суд не буде висловлювати думку, що суперечить зайнятій ними позиції, якщо тільки дане ними тлумачення не представляється довільним або явно необґрунтованим. З урахуванням викладених вище міркувань Суд не бачить підстав не погоджуватися з тлумаченням, даним російськими судами. Суд зазначає, що перелік відомостей, які можуть бути віднесені до державної таємниці, що міститься в Законі «Про державну таємницю» від 21 липня 1993 року був доповнений Указом Президента Російської Федерації № 1203 від 30 листопада 1995 року, досить докладно перераховують види відомостей, віднесених до державної таємниці. Обидва документи були загальнодоступними і дозволяли заявнику передбачити наслідки своїх дій. Тому Суд вважає, що вони були достатньою правовою підставою для втручання в здійснення прав заявника, передбачених статтею 10 Конвенції, з 11 вересня 1997 року до 8 жовтня 1997 року.

(…)

83. У цілому Європейський Суд приходить до переконання, що в обставинах цієї справи російське законодавство відповідало вимогам доступності та передбачуваності, які визначають його якість, і що, отже, передбачуване втручання в здійснення прав заявника, передбачених статтею 10 Конвенції, було законним з точки зору Конвенції.

(…)

88. З урахуванням усього вищесказаного Європейський Суд доходить висновку, що в цій справі вимоги статті 10 Конвенції порушено не було». [Pasko v. Russia (69519/01), ECHR 2009-X. http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001–95318]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 328–330 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

328.4.1. Предмет злочинів («відомості, що становлять державну таємницю»), передбачених статтями 328 і 329 КК України конкретизується Зводом відомостей, що становлять державну таємницю, який затверджується наказом Служби безпеки України в порядку і на підставі Закону України «Про державну таємницю».

У диспозиції ч. 1 ст. 328 КК України предмет злочину визначено як «відомості, що становлять державну таємницю», а предметом злочину у диспозиції частини ст. 329 КК України названі «документи або інші матеріальні носії секретної інформації, що містять державну таємницю, а також предмети, відомості про які становлять державну таємницю. Таким чином, для кваліфікації вчиненого за ст. 328 чи ст. 329 КК України необхідно мати конкретний перелік відомостей, що становлять державну таємницю.

Стаття 34 Конституції України наголошує:

«Кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір.

Здійснення цих прав може бути обмежене **законом** в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя».

Так само ч. 2 ст. 10 Конвенції вказує на те, що свобода одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади «може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені **законом** і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду».

В юридичній літературі (зокрема, в деяких коментарях Кримінального кодексу України) стверджується, що перелік відомостей, що становлять державну таємницю, наведений у Законі від 21.01.1994 р. «Про державну таємницю». Проте в ньому такий перелік відсутній. Насправді ст. 8 цього Закону містить перелік інформації, що може бути віднесена до державної таємниці у порядку, встановленому цим Законом. Згідно зі статтями 10–12 Закону від 21.01.1994 р. інформація вважається державною таємницею з часу опублікування Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, який формує Служба безпеки України на підставі рішень державних експертів з питань таємниць. Зазначений Звід та зміни до нього набирають чинності з моменту опублікування в офіційних виданнях України.

З огляду на викладене виникає питання щодо законності обмеження підзаконним актом (наказом СБУ) конституційного права вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію. Вирішення цього питання безпосередньо стосується кваліфікації відповідних діянь за статтями 328–329 КК України, а також кваліфікації шпигунства (ст.114) та державної зради у формі шпигунства (ст.111 КК України).

Судова практика ЄСПЛ дає підстави стверджувати, що віднесення відомостей до таких, що містять державну таємницю, на підставі двох нормативних актів, Закону та наказу СБУ, – не суперечить Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У випадку, коли при звинуваченні особи за ст. 328 КК України, слідство і суд для встановлення предмету злочину обмежаться нормами Закону «Про державну таємницю», це буде означати ситуацію, що подібна ситуації, яка наведена у рішенні ЄСПЛ «Пасько проти Росії».

(Див.: 328.1.3)

328.4.2. Засудження за розголошення державної таємниці визнано ЄСПЛ втручанням у право на свободу вираження поглядів (ст.10 Конвенції), з огляду на те, що заявник не мав іншої можливості довести до суспільства факти зловживань органів служби безпеки держави під час прослуховування телефонних розмов політиків, журналістів та інших громадян.

Розголошення відомостей, що становлять державну таємницю, особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків, за відсутності ознак державної зради або шпигунства, кваліфікується за ст. 328 КК України за наявності усіх ознак цього складу злочину. До обов'язкових ознак цього складу злочину не належить мета і мотив, з якими діє винна особа.

У той же час існує ймовірність, що особа вчинить розголошення державної таємниці з метою попередження чи припинення інших злочинів. У таких випадках не виключено, що ЄСПЛ може визнати засудження особи за ст. 328 КК України неправомірним – з відповідними репутаційними та матеріальними втратами держави.

Аналіз рішення у справі «Bucur et toma c. Roumanie» дозволяє дійти висновку, що фактично розгляд обставин зазначеної справи проведено ЄСПЛ за правилами крайньої необхідності. Дійсно ЄСПЛ сформулював такі критерії визнання розголошення заявником державної таємниці правомірними діями в контексті ст. 10 Конвенції:

(a) особа не мала інших засобів для досягнення суспільних інтересів окрім як розголошення державної таємниці (у ч. 1 ст. 39 КК України це сформульовано так: «небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами»);

(b) державна таємниця розголошена для досягнення суспільних інтересів (у ч. 1 ст. 39 КК України це сформульовано так: «для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави»);

(c) загроза для суспільних інтересів, на захист яких спрямовані дії особи, є реальною (не уявною);

(d) суспільні інтереси, на захист яких діяла особа, є більш вагомими, ніж інтереси збереження державної таємниці (у ч. 2 ст. 39 КК України це сформульовано так: « (…) якщо така шкода є більш значною, ніж відвернена шкода»;

(e) сумлінність особи, тобто відсутність бажання скористатися особистими вигодами свого акту.

Насамкінець, у випадку, коли національний суд дії особи, яка розголосила державну таємницю чи службову інформацію, визнає перевищенням меж крайньої необхідності, слід взяти до уваги, що ЄСПЛ констатує порушення ст. 10 Конвенції за додатковим критерієм: (f) тяжкість покарання. Тому задля усунення вірогідності звернення до ЄСПЛ особи, яка засуджена за розголошення відомостей, що становлять державну таємницю, з мотивів захисту певних суспільних інтересів, необхідно враховувати, що відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 8 КК України вчинення злочину з перевищенням меж крайньої необхідності визнається обставиною, яка пом'якшує покарання.

(Див.: 328.3.2, а також: 328.1.2 і 328.1.3)

328.4.3. Злочини у сфері охорони державної таємниці слід відмежовувати від адміністративного правопорушення «Порушення законодавства про державну таємницю» (ст. 212[2] КпАП). Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» у розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за ст. 212[2] КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за ст. 328 чи ст. 329 КК України, існує вірогідність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 332. Незаконне переправлення осіб через державний кордон України

1. Незаконне переправлення осіб через державний кордон України, організація незаконного переправлення осіб через державний кордон України, керівництво такими діями або сприяння їх вчиненню порадами, вказівками, наданням засобів або усуненням перешкод –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

2. Ті самі дії, вчинені способом, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яку незаконно переправляли через державний кордон України, чи вчинені щодо кількох осіб, або повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням службового становища, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до семи років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою або вчинені з корисливих мотивів, –

караються позбавленням волі на строк від семи до дев'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

(Стаття 332 в редакції Закону № 3186-VI від 05.04.2011; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1019-VIII від 18.02.2016)

Стаття 332[1]. Порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї

1. Порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї з метою заподіяння шкоди інтересам держави –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням службового становища, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Кодекс доповнено статтею 332[1] згідно із Законом № 1207-VII від 15.04.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1019-VIII від 18.02.2016)

Стаття 332[2]. Незаконне перетинання державного кордону України

1. Перетинання державного кордону України з метою заподіяння шкоди інтересам держави або особою, якій заборонено в'їзд на територію України, або представниками підрозділів збройних сил чи інших силових відомств держави-агресора у будь-який спосіб поза пунктами пропуску через державний кордон України або в пунктах пропуску через державний кордон України без відповідних документів, або за документами, що містять недостовірні відомості, –

карається позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або групою осіб, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, поєднані з насильством або із застосуванням зброї, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

(Кодекс доповнено статтею 332[2] згідно із Законом № 2599-VIII від 18.10.2018)

Стаття 333. Порушення порядку здійснення міжнародних передач товарів, що підлягають державному експортному контролю

1. Порушення встановленого порядку здійснення міжнародних передач товарів, що підлягають державному експортному контролю, –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Те саме діяння, вчинене повторно або організованою групою, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 333 в редакції Закону № 668-IV від 03.04.2003)

Стаття 334. Порушення правил міжнародних польотів

Вліт в Україну або виліт з України без відповідного дозволу, а також недодержання зазначених у дозволі маршрутів, місць посадки, повітряних трас, коридорів або ешелонів –

караються штрафом від двохсот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк.

(Стаття 334 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1019-VIII від 18.02.2016)

§1. Норми міжнародного права
щодо незаконного перетинання кордонів

332.1.1. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.1973)
«Стаття 12

1. Кожному, хто законно перебуває на території будь-якої держави, належить, у межах цієї території, право на вільне пересування і свобода вибору місця проживання.

2. Кожна людина має право покидати будь-яку країну, включаючи свою власну.

3. Згадані вище права не можуть бути об'єктом ніяких обмежень, крім тих, які передбачено законом, які є необхідними для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення або прав та свобод інших і є сумісними з іншими правами, визначеними в цьому Пакті.

4. Ніхто не може бути свавільно позбавлений права на в'їзд у свою власну країну». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

332.1.2. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 27 Стаття 12 (свобода пересування)»

(шістдесят сьома сесія – 1999)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«7. Согласно положениям пункта 3 статьи 12 право на проживание в любом месте по своему выбору на территории соответствующего государства включает защиту от всех форм принудительного перемещения внутри страны. Оно также исключает принятие мер, препятствующих въезду или пребыванию лиц на определенной части такой территории…

…

11. В пункте 3 статьи 12 оговариваются исключительные обстоятельства, при которых могут ограничиваться права, закрепленные в пунктах 1 и 2. Это положение разрешает государству ограничивать осуществление указанных прав лишь для охраны государственной безопасности, общественного порядка (ordre public), здоровья или нравственности населения или прав и свобод других лиц. Для того чтобы являться допустимыми, ограничения должны предусматриваться законодательством, должны являться необходимыми в демократическом обществе для защиты указанных целей и должны соответствовать всем другим правам, признаваемых в Пакте (см. пункт 18 ниже).

12. Условия, при которых права могут ограничиваться, должны быть оговорены в самом законодательстве. Поэтому в докладах государств следует указывать правовые нормы, на которых основываются ограничения. Ограничения, которые не предусмотрены законодательством или не соответствуют требованиям пункта 3 статьи 12, представляют собой нарушение прав, гарантируемых пунктами 1 и 2.

13. Принимая законы, предусматривающие ограничения, которые разрешены пунктом 3 статьи 12, государствам следует всегда руководствоваться принципом, согласно которому ограничения не должны ущемлять существа рассматриваемого права (ср. пункт 1 статьи 5); соотношение между правом и ограничением, между нормой и исключением, не должно видоизменяться. Законы, разрешающие применение ограничений, должны основываться на четких критериях и не должны наделять неограниченными дискреционными полномочиями лиц, которым поручено их осуществление.

14. В пункте 3 статьи 12 четко отмечается, что недостаточно лишь того, чтобы ограничения служили достижению разрешенных целей; они также должны являться необходимыми для их защиты. Ограничительные меры должны соответствовать принципу соразмерности; они должны являться уместными для выполнения своей защитной функции; они должны представлять собой наименее ограничительное средство из числа тех, с помощью которых может быть достигнут желаемый результат; и они должны являться соразмерными защищаемому интересу.

15. Принцип соразмерности должен соблюдаться не только в законодательстве, в котором предусматриваются ограничения, но и административными и судебными властями в процессе применения законодательства. Государства должны обеспечивать, чтобы любые процедуры, связанные с осуществлением или ограничением этих прав, осуществлялись в кратчайшие сроки и чтобы приводились причины, оправдывающие применение ограничительных мер.

16. (…) Применение ограничений в каждом конкретном случае должно объясняться четкими правовыми основаниями и соответствовать критерию необходимости и требованиям соразмерности. Эти условия не будут соблюдены, например, в том случае, если тому или иному лицу будет отказано в выезде из страны лишь на том основании, что ему известны «государственные секреты», или если соответствующему лицу будет отказано в передвижении по территории страны без

конкретного разрешения. С другой стороны, условия могут быть соблюдены в случае применения ограничений в отношении доступа к военным зонам по причине обеспечения национальной безопасности или ограничений, касающихся свободы расселения в районах, в которых проживают общины, состоящие из представителей коренных народов или меньшинств.

(…)

18. Применение ограничений, допускаемых в соответствии с положениями пункта 3 статьи 12, не должно противоречить осуществлению других прав, гарантируемых Пактом, а также основополагающим принципам равенства и недискриминации. Так, ограничение прав, закрепленных в пунктах 1 и 2 статьи 12, посредством проведения любых различий, например, по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущества, рождения или другого статуса, представляло бы собой явное нарушение Пакта. При рассмотрении докладов государств Комитет неоднократно приходил к выводу о том, что меры, ограничивающие права женщин на свободное передвижение или на выезд из страны, предусматривая требование, в соответствии с которым женщины должны получить согласие мужчины или передвигаться в сопровождении мужчины, представляют собой нарушение положений статьи 12». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №27 Стаття 12 (свобода пересування)» (шістдесят сьома сесія – 1999 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

332.1.3. Протокол проти незаконного ввозу мігрантів по суші, морю і повітрю, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності

(ООН, від 15.11.2000)

(ратифіковано Законом від 04.02.2004)

«Стаття 1. Зв'язок з Конвенцією Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності

1. Цей Протокол доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. Він тлумачиться разом з Конвенцією.

2. Положення Конвенції застосовуються mutatis mutandis до цього Протоколу, якщо в ньому не передбачене інше.

3. Злочини, визнані такими відповідно до статті 6 цього Протоколу, розглядаються як злочини, визнані такими відповідно до Конвенції.

(…)

Стаття 3. Терміни

Для цілей цього Протоколу:

a) «незаконний ввіз мігрантів» означає забезпечення з метою одержання, прямо або посередньо, будь-якої фінансової або іншої матеріальної вигоди, незаконного в'їзду до будь-якої Держави-учасниці будь-якої особи, яка не є її громадянином або не проживає постійно на її території;

b) «незаконний в'їзд» означає перетин кордонів без дотримання необхідних вимог для законного в'їзду до приймаючої держави;

c) «підроблений документ на в'їзд/виїзд або посвідчення особи» означає будь-який документ на в'їзд/виїзд або посвідчення особи, які:

i) були підроблені або змінені будь-яким матеріальним чином будь-якою особою або установою, крім тих, які в законному порядку уповноважені виготовляти або видавати документ на в'їзд/виїзд або посвідчення особи від імені держави; або

ii) були неналежним чином видані або отримані за допомогою подання невірних даних, корупції або примусу чи будь-яким іншим незаконним чином; або

iii) використовуються особою, іншою, ніж законний власник;

d) «судно» означає плавучі засоби будь-якого типу, включаючи судна неводотоннажного типу і гідролітаки, які використовуються або можуть бути використані в якості засобу транспортування по воді, за винятком військових кораблів, допоміжних військово-морських суден або інших суден, що належать державі або тих, що експлуатуються нею і використовуються, у відповідний момент, тільки на державній некомерційній службі.

Стаття 4. Сфера застосування

Цей Протокол, якщо в ньому не зазначене інше, застосовується до попередження, розслідування і кримінального переслідування у зв'язку зі злочинами, визнаними такими відповідно до статті 6 цього Протоколу, якщо ці злочини носять транснаціональний характер і вчинені за участю організованої злочинної групи, а також до захисту прав осіб, які стали об'єктом таких злочинів.

Стаття 5. Кримінальне переслідування мігрантів

Цей Протокол не застосовується для кримінального переслідування мігрантів у силу тільки тієї обставини, що вони стали об'єктом діянь, зазначених у статті 6 цього Протоколу.

Стаття 6. Криміналізація

1. Кожна Держава-учасниця вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть знадобитися для того, щоб визнати в якості кримінально карних такі діяння, коли вони вчиняються навмисне і з метою одержати, прямо або посередньо, фінансову або іншу матеріальну вигоду:

a) незаконний ввіз мігрантів;

b) коли вони вчиняються з метою створення умов для незаконного ввозу мігрантів: i) виготовлення підробленого документа на в'їзд/виїзд або посвідчення особи; ii) придбання або надання такого документа або володіння ним;

c) надання будь-якій особі, яка не є громадянином відповідної держави або не проживає постійно на її території, можливості знаходитися в цій державі без дотримання необхідних вимог для законного перебування в ній шляхом використання способів, згаданих у підпункті (b) цього пункту, або будь-яких інших незаконних засобів.

2. Кожна Держава-учасниця також вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть знадобитися для того, щоб визнати в якості кримінально карних такі діяння:

a) за умови дотримання основних принципів своєї правової системи – замах на вчинення будь-якого злочину, визнаного таким відповідно до пункту 1 цієї статті;

b) участь як спільника у вчиненні будь-якого злочину, визнаного таким відповідно до пункту 1 (a), (b) (i) або (c) цієї статті, і, за умови дотримання основних принципів своєї правової системи – участь як спільника у вчиненні будь-якого злочину, визнаного таким відповідно до пункту 1 (b) (ii) цієї статті;

c) організацію інших осіб або керівництво ними з метою вчинення будь-якого злочину, визнаного таким відповідно до пункту 1 цієї статті.

3. Кожна Держава-учасниця вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть знадобитися, для того щоб визнати в якості таких, що обтяжують злочини, обставини, визнані такими відповідно до пункту 1 (a), (b) (i) та (c) цієї статті, і, за умови дотримання основних принципів своєї правової системи, злочини, визнані такими відповідно до пункту 2 (b) і (c) цієї статті, обставини:

a) які ставлять або можуть поставити під загрозу життя або безпеку відповідних мігрантів; або

b) які зв'язані з нелюдським або принижуючим гідність поводження з такими мігрантами, у тому числі з метою експлуатації.

4. Ніщо в цьому Протоколі не перешкоджає Державі-учасниці вживати заходів щодо будь-якої особи, діяння якої є кримінально карним відповідно до її внутрішнього законодавства». [Протокол проти незаконного ввозу мігрантів по суші, морю і повітрю, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. (ООН, від 15.11.2000). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_790]

332.1.4. Протокол №4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який гарантує деякі права і свободи, не передбачені в Конвенції та у Першому протоколі до неї

(Рада Європи, від 16.09.1963)

(ратифіковано Законом від 17.07.97)

«***Стаття 2. Свобода пересування***

1. Кожен, хто законно перебуває на території будь-якої держави, має право вільно пересуватися і вільно вибирати місце проживання в межах цієї території.

2. Кожен є вільним залишати будь-яку країну, включно зі своєю власною.

3. На здійснення цих прав не можуть бути встановлені жодні обмеження, крім тих, що передбачені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної чи громадської безпеки, для підтримання публічного порядку, запобігання злочину, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб.

4. Права, викладені в пункті 1, також можуть у певних місцевостях підлягати обмеженням, що встановлені згідно із законом і виправдані суспільними інтересами в демократичному суспільстві.

Стаття 3. Заборона вислання громадянина

1. Нікого не може бути вислано, шляхом застосування індивідуальних або колективних заходів, з території держави, громадянином якої він є.

2. Нікого не може бути позбавлено права в'їзду на територію держави, громадянином якої він є». [Протокол №4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який гарантує деякі права і свободи, не передбачені в Конвенції та у Першому протоколі до неї. (Рада Європи, від 16.09.1963). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_059]

332.1.5. Конвенція про міжнародну цивільну авіацію

(ІКАО, від 07.12.1944)

(приєднання 10.08.1992)

«***Стаття 3. Цивільні і державні повітряні судна***

a) Ця Конвенція застосовується тільки до цивільних повітряних суден і не застосовується до державних повітряних суден.

b) Повітряні судна, що використовуються на військовій, митній і поліцейській службах, розглядаються як державні повітряні судна.

c) Жодне державне повітряне судно Договірної держави не здійснює польоту над територією іншої держави і не робить на ній посадку, окрім як з дозволу, що надається спеціальною угодою або іншим чином, і згідно з її умовами.

d) Договірні держави при встановленні правил для своїх державних повітряних суден зобов'язуються звертати належну увагу на безпеку навігації цивільних повітряних суден.

(…)

Стаття 5. Право нерегулярних польотів

Кожна Договірна держава погоджується, що всі повітряні судна інших Договірних держав, які не є повітряними суднами, зайнятими в регулярних міжнародних повітряних сполученнях, мають право, за умови дотримання положень цієї Конвенції, здійснювати польоти на її територію або транзитні безпосадочні польоти через її територію і здійснювати посадки з некомерційними цілями, без необхідності отримання попереднього дозволу і за умови, що держава, над територією якої здійснюється політ, має право вимагати здійснення посадки. Проте кожна Договірна держава зберігає за собою право з міркувань безпеки польотів вимагати від повітряних суден, які мають намір слідувати над районами, що є недосяжними або не мають належних аеронавігаційних засобів, слідувати за приписаними маршрутами або одержувати спеціальний дозвіл на такі польоти.

Такі повітряні судна, якщо вони зайняті в перевезенні пасажирів, вантажу або пошти за винагороду або за наймом, але не в регулярних міжнародних повітряних сполученнях, користуються також, з урахуванням положень Статті 7, привілеєм брати на борт або вивантажувати пасажирів, вантаж або пошту за умови, що будь-яка держава, де відбувається таке навантаження або вивантаження, має право встановлювати такі правила, умови або обмеження, які вона може визнати бажаними.

Стаття 6. Регулярні повітряні сполучення

Жодні регулярні міжнародні повітряні сполучення не можуть здійснюватися над територією або на територію Договірної держави, окрім як за спеціальним дозволом або з іншої санкції цієї Держави і згідно з умовами такого дозволу або санкції.

Стаття 8. Безпілотні повітряні судна

Жодне повітряне судно, здатне здійснювати польоти без пілота, не здійснює політ без пілота над територією Договірної держави, окрім як за спеціальним дозволом цієї держави і згідно з умовами такого дозволу. Кожна Договірна держава зобов'язується при польоті такого повітряного судна без пілота в районах, відкритих для цивільних повітряних суден, забезпечити такий контроль цього польоту, який дозволяв би усунути небезпеку для цивільних повітряних суден.

(…)

Стаття 11. Застосування правил про повітряні пересування

За умови дотримання положень цієї Конвенції закони і правила Договірної держави, що стосуються допуску на її територію або відбуття з її території повітряних суден, зайнятих у міжнародній аеронавігації, або експлуатації і навігації таких повітряних суден під час їх перебування в межах її території, застосовуються до повітряних суден усіх Договірних держав без розрізнення їх національності і дотримуються такими повітряними суднами при прибутті, відбутті або під час перебування в межах території цієї Держави.

Стаття 12. Правила польотів

Кожна Договірна держава зобов'язується вживати заходів для забезпечення того, щоб кожне повітряне судно, яке здійснює політ або маневрує в межах її території, а також кожне повітряне судно, яке має її національний знак, де б таке судно не знаходилося, дотримувалося чинних у даному місці правил і регламенту, що стосуються польотів і маневрування повітряних суден. Кожна Договірна держава зобов'язується підтримувати максимально можливу однаковість своїх власних правил у цій галузі і правил, які встановлюються час від часу на підставі цієї Конвенції. Над відкритим морем чинними є правила, встановлені згідно з цією Конвенцією. Кожна Договірна держава зобов'язується забезпечити притягнення до відповідальності всіх осіб, які порушують чинні регламенти». [Конвенція про міжнародну цивільну авіацію (ІКАО, від 07.12.1944). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_038]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 332–334 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

332.4.1. Особи, які були незаконно переправленні через державний кордон України, не є суб'єктами цього злочину, але притягаються до відповідальності за ст. 204[1] КпАП або за ст. 332[2] КК України (за наявності усіх передбачених нею ознак складу злочину).

(Див.: 332.1.3 – ст. 5)

Особи, які порушили порядок в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї (у т.ч. в'їхали на таку територію чи виїхали з неї перетнувши державний кордон України) притягаються до відповідальності за ст. 204[2] КпАП, а за наявності мети заподіяння шкоди інтересам держави – притягаються до відповідальності за ст. 332[1] КК України. Особи, які організували незаконний в'їзд на тимчасово окуповану територію України чи виїзд з неї, а також особи, які сприяли цьому порадами, вказівками, наданням засобів або усуненням перешкод, несуть відповідальність як організатори чи пособники.

332.4.2. Під правилами міжнародних польотів (ст. 334 КК України) слід розуміти не тільки норми Повітряного кодексу України, Положення про використання повітряного простору України, Авіаційні правила України та інші внутрішні нормативні акти, але також міжнародні договори, зокрема, положення Конвенції про міжнародну цивільну авіацію.

(Див.: 332.1.5)

332.4.3. Вліт в Україну або виліт з України безпілотного повітряного судна без відповідного дозволу, а також недодержання зазначених у дозволі маршрутів, місць посадки, повітряних трас, коридорів або ешелонів безпілотного повітряного судна, вчинені особами, які дистанційно керують такими суднами або запустили їх з метою порушення повітряного простору України, мають ознаки складу злочину, передбаченого ст. 334 КК України.

(Див.: 332.1.5 – ст. 8)

332.4.4. Порядок здійснення міжнародних передач товарів, що підлягають державному експортному контролю, регулює діяльність, пов'язану з державним контролем за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання, з метою забезпечення захисту національних інтересів України, дотримання нею міжнародних зобов'язань щодо нерозповсюдження зброї масового знищення, засобів її доставки (преамбула Закону України «Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання»). Тому певне значення в контексті ст. 333 КК України мають міжнародні договори про нерозповсюдження зброї масового знищення.

(Див.: 439.4.1)

332.4.4. Розглядувані злочини (статті 332–334 КК України) слід відмежовувати від адміністративних правопорушень, відповідальність за які передбачена статтями 113, 203[1], 204[1], 204[2], 212[4] КпАП. Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» в розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за вказаними статтями КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за відповідними статтями розділу XIV Особливої частини КК України, існує вірогідність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 335. Ухилення від призову на строкову військову службу, військову службу за призовом осіб офіцерського складу

Ухилення від призову на строкову військову службу, військову службу за призовом осіб офіцерського складу –

карається обмеженням волі на строк до трьох років.

(Стаття 335 в редакції Закону № 116-VIII від 15.01.2015)

Стаття 336. Ухилення від призову за мобілізацією

Ухилення від призову за мобілізацією –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

Стаття 336[1]. Ухилення від проходження служби цивільного захисту в особливий період чи у разі проведення цільової мобілізації

Ухилення від проходження служби цивільного захисту в особливий період (крім відбудовного періоду) чи у разі проведення цільової мобілізації –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

(Кодекс доповнено статтею 336[1] згідно із Законом № 186-VIII від 12.02.2015)

Стаття 337. Ухилення від військового обліку або спеціальних зборів

1. Ухилення військовозобов'язаного від військового обліку після попередження, зробленого відповідним військовим комісаріатом, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців.

2. Ухилення військовозобов'язаного від навчальних (чи перевірних) або спеціальних зборів –

карається штрафом до сімдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців.

§1. Норми міжнародного права
щодо військового обов'язку

335.1.1. Європейська конвенція про громадянство
(Рада Європи, від 06.11.1997)
(ратифіковано із застереженням та заявою [1] Законом від 20.09.2006)
«Глава VII Військовий обов'язок у випадках множинного громадянства
Стаття 21 Виконання військового обов'язку
1. Особи, що мають громадянство двох або більше держав-учасниць, повинні виконувати свій військовий обов'язок стосовно лише однієї із цих держав-учасниць». [Європейська конвенція про громадянство. (Рада Європи, від 06.11.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_004]

335.1.2. Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо участі дітей у збройних конфліктах
(ООН, від 01.01.2000)
(ратифіковано із заявою[2] Законом від 23.06.2004)
«Стаття 1
Держави-учасниці вживають всіх можливих заходів для забезпечення того, щоб військовослужбовці їхніх збройних сил, які не досягли 18-річного віку, не брали прямої участі у військових діях.
Стаття 2
Держави-учасниці забезпечують, щоб особи, які не досягли 18-річного віку, не підлягали обов'язковому призову до їхніх збройних сил.
Стаття 3
1. Держави-учасниці підвищують мінімальний вік добровільного призову осіб до їхніх національних збройних сил порівняно з віком, визначеним у пункті 3 статті 38 Конвенції про права дитини, враховуючи принципи, які містяться в цій статті, і визнаючи, що відповідно до Конвенції особи, які не досягли 18 років, мають право на особливий захист.
2. Кожна держава-учасниця під час ратифікації цього Протоколу або приєднанні до нього здає на зберігання заяву, що має обов'язковий характер, у якій вказується мінімальний вік, при якому вона допускає добровільний призов до її національних збройних сил, і викладаються гарантії, прийняті державою для забезпечення того, щоб такий призов не мав насильницького чи примусового характеру». [Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо участі дітей у збройних конфліктах (ООН, від 01.01.2000). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_795]

335.1.1. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)
«Стаття 18
1. Кожна людина має право на свободу думки, совісті і релігії. Це право включає свободу мати чи приймати релігію або переконання на свій вибір і свободу сповідувати свою релігію та переконання як одноосібно, так і спільно з іншими, публічно чи приватно, у відправленні культу, виконанні релігійних і ритуальних обрядів та вчень.
2. Ніхто не повинен зазнавати примусу, що принижує його свободу мати чи приймати релігію або переконання на свій вибір.

[1] «Україна заявляє, що згідно з пунктом 1 статті 25 Конвенції Україна виключає главу VII із сфери застосування Конвенції».

[2] «Україна підтверджує зобов'язання, взяті на себе відповідно до статті 38 Конвенції про права дитини у випадку збройних конфліктів і які мають відношення до дітей, та, посилаючись на пункт 2 статті 3 цього Протоколу, заявляє, що мінімальний вік добровільного вступу (за контрактом) на військову службу до національних збройних сил становить 18 років. Україна відповідно до положень національного законодавства гарантує додержання виключного принципу добровільності у процесі прийняття громадян на військову службу за контрактом, без будь-яких проявів насильницького чи примусового характеру».

3. Свобода сповідувати релігію або переконання підлягає лише обмеженням, які встановлено законом і які є необхідними для охорони суспільної безпеки, порядку, здоров'я і моралі, так само як і основних прав та свобод інших осіб. (…) ». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

335.1.3. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №22 (стаття 18)»
(ООН, від 20.07.1993)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«11. Многие лица заявляют о праве отказываться от военной службы (отказ по соображениям совести) на том основании, что источником этого права являются свободы, гарантированные в статье 18 [Міжнародного пакту про громадянські і політичні права]. В связи с такими отказами растет число государств, освобождающих по закону от обязательной военной службы граждан, которые действительно исповедуют религиозные или иные убеждения, запрещающие им несение военной службы, и заменяющих такую службу альтернативной национальной службой. В Пакте конкретно не говорится о праве на отказ от военной службы по соображениям совести, однако Комитет считает, что такое право вытекает из статьи 28, поскольку обязанности в отношении применения оружия могут находиться в серьезном противоречии со свободой совести и правом исповедовать религию или убеждения. В тех случаях, когда такое право признано законом или практикой, не должно проводиться никаких различий между лицами, отказывающимися от военной службы по соображениям совести на основании характера их конкретных убеждений; точно так же не должно быть никакой дискриминации в отношении таких лиц из-за их отказа нести военную службу». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №22 (стаття 18)» (ООН, від 20.07.1993). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

335.1.4. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №32 – Стаття 14 (Рівність перед судами і трибуналами і право кожного на справедливий судовий розгляд)»
(Дев'яноста сесія – 2007 рік)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«55. Неоднократное наказание лица, отказывающегося от военной службы со ссылкой на свои убеждения, за неподчинение новому приказу о явке на военную службу может считаться наказанием за одно и то же преступление, если подобный последующий отказ основан на той же самой постоянной решимости, опирающейся на убеждения». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №32 – Стаття 14 (Рівність перед судами і трибуналами і право кожного на справедливий судовий розгляд)» (Дев'яноста сесія – 2007 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо військового обов'язку

335.2.1. Справа «Grandrath v. Germany»
« (…) за змістом Конвенції, відмова від військової служби на підставі переконань не надає права бути звільненим від цивільної служби, призначеної замість обов'язкової військової служби». [Grandrath v. Germany (2299/64). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–73650] (Неофіційний авторський переклад).

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності
норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ в контексті статей 335–337 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

335.4.1. Україна гарантувала додержання виключного принципу добровільності у процесі прийняття громадян на військову службу за контрактом, без будь-яких виявів насильницького чи примусового характеру.

(Див.: 335.1.2 та Закон про ратифікацію від 23.06.2004)

Тому практика примусового продовження строку контракту після завершення його терміну чи переукладання такого контракту становить фактично порушення міжнародних зобов'язань країни, що створює підстави для оскарження таких дій у міжнародних судах.

335.4.2. Притягнення особи до кримінальної відповідальності за ухилення особи від призову після відбуття нею покарання за таке саме діяння за таких саме обставин, зокрема, щодо мотивів ухилення, слід розглядати як порушення ч. 3 ст. 2 КК України, а також ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

(Див.: 335.1.4 та 1.1.5)

Розділ XV. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ АВТОРИТЕТУ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ, ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ, ОБ'ЄДНАНЬ ГРОМАДЯН ТА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЖУРНАЛІСТІВ

(Назва розділу XV із змінами, внесеними згідно із Законом № 421-VIII від 14.05.2015)

Стаття 338. Наруга над державними символами

1. Публічна наруга над Державним Прапором України, Державним Гербом України або Державним Гімном України –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Публічна наруга над офіційно встановленим або піднятим прапором чи гербом іноземної держави –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців або позбавленням волі на строк до двох років.

(Стаття 338 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1441-VI від 04.06.2009)

§1. Норми міжнародного права
що стосуються ставлення до державних символів

338.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«Стаття 10. Свобода вираження поглядів

1. Кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Ця стаття не перешкоджає державам вимагати ліцензування діяльності радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств.

2. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

338.1.2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)
«Стаття 19

1. Кожна людина має право безперешкодно дотримуватися своїх поглядів.

2. Кожна людина має право на вільне вираження свого погляду; це право включає свободу шукати, одержувати і поширювати будь-яку інформацію та ідеї, незалежно від державних кордонів, усно, письмово чи за допомогою друку або художніх форм вираження чи іншими способами на свій вибір.

3. Користування передбаченими в пункті 2 цієї статті правами накладає особливі обов'язки і особливу відповідальність. Воно може бути, отже, пов'язане з певними обмеженнями, які, однак, мають встановлюватися законом і бути необхідними:

a) для поважання прав і репутації інших осіб;

b) для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

338.1.3. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 34 – Стаття 19 (Свобода поглядів і їх вираження)»

(сто друга сесія – 2011)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«38. Как было ранее отмечено в пунктах 13 и 20, касающихся форм участия в политической жизни, Комитет отмечает, что в Пакте уделяется особое внимание праву на беспрепятственное выражение мнений при проведении дискуссий с участием политических и государственных деятелей. Таким образом, одного лишь факта, что формы выражения мнений оскорбляют какого-либо общественного деятеля, недостаточно для того, чтобы обосновать установление наказаний, хотя общественные деятели также могут в своих интересах использовать положения Пакта. Более того, все общественные деятели, в том числе представители высшей политической власти, такие как главы государств и правительств, могут на законных основаниях становиться объектом критики и нападок политической оппозиции. По этой причине Комитет выражает обеспокоенность в связи с законами о таких действиях, как оскорбление высшего государственного лица, неуважение к суду, неуважение к представителям власти, неуважение к флагу и символике, клевета на главу государства, защита чести государственных должностных лиц; он также заявляет, что законом не должны устанавливаться более жесткие меры наказания исключительно в связи с положением личности индивида, чья репутация была якобы подвергнута сомнению. Государствам-участникам не следует запрещать критику таких структур, как армия или административный аппарат». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 34 – Стаття 19 (Свобода поглядів і їх вираження)» (сто друга сесія – 2011 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]]

§3. Рішення ЄСПЛ

що стосуються ставлення до державних символів

338.3.1. Справа «Özçelebi c. Turquie»

Фактичні обставини:

У визначену дату заявник, командувач військово-морським флотом, був звинувачений у військовому суді за неповагу до пам'яті Ататюрка. Заявник був звинувачений у тому, що в листопаді 1997 року він використовував слово «kelle» з посиланням на портрети Ататюрка до офіцера, який не вступив у дію. Кримінальний закон Туреччини встановлює відповідальність за наругу над пам'яттю Ататюрка та його символами: «Будь-хто, хто ображає або публічно зневажає пам'ять Ататюрка, буде покараний одним-трьома роками позбавлення волі. Будь-хто, хто розбиває, руйнує або пошкоджує статуї або зображення Ататюрка, або його могилу, буде покараний від одного до п'яти років позбавлення волі».

У червні 1998 року військовий суд засудив заявника до одного року позбавлення волі. Суд зазначив, що слово «kelle» вказує на тварину. Військовий суд визнав, що заявник використовував це слово замість слова «бюст» стосовно зображення Ататюрка навмисно з метою образити пам'ять засновника Турецької Республіки. У результаті подальших судових процесів позбавлення волі було змінено на штраф.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«31. Без посилання на конкретну статтю положення Конвенції, заявник стверджує, що вирок щодо нього був втручанням у його право на свободу вираження поглядів.

32. Суд вважає, що в цьому випадку скарга заявника вимагає розгляду на підставі статті 10 Конвенції.

(…)

44. Загальні принципи оцінки необхідності втручання у здійснення свободи вираження поглядів були узагальнені у попередніх рішеннях [Європейського Суду]:

«I. Свобода вираження поглядів є однією з найважливіших основ демократичного суспільства, і є однією з найважливіших умов його прогресу та розвитку кожного. Відповідно до п. 2 ст. 10 Конвенції, захищається право свободи вираження не тільки стосовно «інформації» або «ідей», які

суспільством сприймаються прихильно або розглядаються як необразливі чи нейтрально, але ті, що ображають, шокують або вселяють занепокоєння. Це є вимогою плюралізму, толерантності і відкритості, без яких не існує «демократичного суспільства». У статті 10 Конвенції вказано умови виключення з цього загального права, які, однак, повинні тлумачитися обмежувально, а необхідність втручання має бути переконливо доведена.

II. Прикметник «необхідні» у значенні пункту 2 статті 10 передбачає «нагальну соціальну потребу». Договірні держави користуються певною свободою розсуду при оцінці наявності такої необхідності, але це означає необхідність європейського нагляду щодо законодавства і практики застосування вказаних виключень. Таким чином, Суд має юрисдикцію розглядати питання про те, чи узгоджується втручання зі свободою вираження поглядів, яка захищена статтею 10 Конвенції.

III. Суд не має завдання, коли здійснює свій контроль, займати місце компетентних національних судів, але має повноваження розглядати згідно зі статтею 10 Конвенції рішення національних судів на відповідність їх Конвенції. Звідси не випливає, що він … повинен розглянути питання про втручання у світлі справи в цілому, включаючи зміст висловлених скарг та контекст, у якому відбулося втручання.

IV. Зокрема, Суд повинен визначити, чи відповідало втручання «законним цілям» і чи були причини, наведені національними властями в його виправдання, «необхідними і достатніми». При цьому Суд має переконатися, що національні органи влади застосували правила, що відповідають принципам статті 10 Конвенції, і це, крім того, ґрунтується на прийнятній оцінці наявних у справі фактів».

Характер і тяжкість покарань також є факторами, які повинні бути прийняті до уваги при оцінці пропорційності втручання. Покарання як санкція за втручання в свободу слова може мати стримуючий вплив на здійснення цієї свободи. У зв'язку з цим, Суд визнав, що відносно помірний характер санкцій, таких як штраф, може усунути ризик такого стримуючого фактора.

Застосування до цієї справи вищезазначених принципів

(a) наявність втручання

45. Суд зазначає, що засудження заявника національними судами за образу пам'яті Ататюрка за використання слова «kelle» для позначення зображення засновника Турецької Республіки склало втручання у право заявника на свободу вираження поглядів.

(b) Правова база та мета втручання

46. Заявника було засуджено на підставі статті 1 Закону 5816 про кримінальну відповідальність за порушення пам'яті Ататюрка, Суд вважає, що втручання, яке призвело до втручання в його право на свободу вираження поглядів можна розглядати як таке, що «передбачене законом».

47. Далі, що стосується мети втручання, Суд визнає, що метою засудження заявника було захистити репутацію і права інших осіб.

в) про необхідність демократичного суспільства

48. Питання в даному випадку полягає саме у необхідності втручання в демократичному суспільстві. Для того, щоб це оцінити, Суд має по суті розглянути аргументи, викладені національними судами.

49. Суд зазначає, що Ататюрк є знаковою постаттю сучасної Туреччини, а також те, що турецький парламент прийняв закон про кримінальну відповідальність за певні дії, які він вважає образливим для пам'яті Ататюрка і шкоду почуттям турецького суспільства.

50. У цій справі Європейський Суд зазначив, що, якщо що слово «kelle», безумовно, може мати негативний відтінок, то в рішеннях турецьких національних судів не доведено, що його використання в обставинах справи дійсно було спрямовано на образу пам'яті Ататюрка. (…) Вони не зробили аналізу контексту, у якому висловлення заявника були зроблені. Зокрема, вони не враховували той факт, що заявник виголосив їх у замкнутому просторі та перед обмеженим колом людей. У зв'язку з цим очевидно, що, крім унтер-офіцера, до якого він звертався і трьох інших солдатів, присутніх під час інциденту, ніхто не знав, що говорив заявник. Суд вважає, що обставини, при яких були зроблені висловлення заявника, обмежили їх вплив, тому вони не можуть вважатися репрезентативними самі по собі як порушення певної тяжкості пам'яті Ататюрка.

51. Що стосується характеру і тяжкості покарання, Суд зазначає: (…) засудження заявника до позбавлення волі на певний строк, навіть замінене на альтернативну міру, є непропорційним заявленій меті втручання.

52. Зважаючи на вищенаведене, Суд вважає, що докази, наведені національними судами, щоб виправдати втручання, були недостатні, і що втручання були непропорційні поставленій легітимній меті. Суд робить висновок, що засудження заявника за дискредитацію не було «необхідним у демократичному суспільстві».

53. Отже, у цій справі було порушення статті 10 Конвенції». [Özçelebi c. Turquie (34823/05). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–155354]

338.3.2. Справа «Murat Vural v. Turkey»

Фактичні обставини:

Заявник народився в 1975 році і проживає в Анкарі. У перші години 28 квітня 2005 року заявник на території початкової школи налив фарбу на статую Ататюрка. Увечері того ж дня він наливав фарбу на статую Ататюрка в іншій початковій школі. 6 травня 2005 року він зробив те ж саме в тих самих двох початкових школах. 8 липня 2005 року заявник налив фарбу на статую Ататюрка в центрі міста Сінчан. 12 вересня 2005 року заявник підійшов до цієї самої статуї в центрі міста Сінчан, маючи при собі фарбу і драбину. Коли він збирався відкрити банку фарби, його заарештували та доставили до поліції, де його допитували. У своїй заяві до прокурора заявник стверджував, що він здійснив свої дії, щоб виразити «відсутність любові» для Ататюрка.

Під час судового розгляду заявник визнав, що він наливав фарбу на статуї. Він повідомив суду першої інстанції про те, що він має університетську освіту й отримав кваліфікацію як учитель. Однак він довгий час був безробітним, оскільки його заявка на роботу як викладача не була прийнята Міністерством освіти. Він вчинив свої злочини, щоб протестувати проти рішення Міністерства освіти.

10 жовтня 2005 року суд першої інстанції визнав заявника винним і засудив його до тюремного строку двадцять два роки і шість місяців. Судами наступних інстанцій строк покарання зменшено до 13 років.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«65. Суд усвідомлює, що Ататюрк, засновник Турецької Республіки, є знаковою фігурою в сучасній Туреччині, і приймає до відома, що Парламент Туреччини передбачив кримінальну відповідальність за певну поведінку, яка ображає пам'ять Ататюрка і турецького суспільства.

66. Тим не менше, Суд вражений крайнім ступенем тяжкості покарання, передбаченого внутрішнім законодавством і призначеного заявнику, тобто понад тринадцять років позбавлення волі. (…) У принципі, Суд вважає, що мирні та ненасильницькі форми вираження поглядів не повинні піддаватися загрозі застосування вироку у вигляді позбавлення волі. Хоча в цій справі діяння заявника мали фізичну атаку на майно, Суд не вважає, що такі дії можуть бути виправданням такого тяжкого покарання, який передбачає Закон про злочини проти Ататюрка.

67. Отже, беручи до уваги надзвичайну жорстокість покарання, накладеного на заявника, Суд вважає, що немає необхідності з'ясувати, чи були підстави для засудження та винесення вироку заявника достатніми для виправдання втручання у його право на свободу вираження поглядів. (…) Він вважає, що жодних аргументів не може бути достатньо для обґрунтування накладення такого жорстокого покарання за вчинені дії.

68. З огляду на вищесказане Суд доходить висновку, що санкції, накладені на заявника, були суттєво непропорційними для досягнення легітимної мети і тому не були «необхідними в демократичному суспільстві». Отже, було порушення статті 10 Конвенції». [Murat Vural v. Turkey (9540/07). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–147284]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 338 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

338.4.1. Норми міжнародного права та практика ЄСПЛ допускають обмеження свободи вираження поглядів лише для досягнення певних цілей, перелік яких не може тлумачитися розширено. До зазначених цілей не включено захист державних символів. Відтак майже кожен вирок за ст. 338 КК (окрім діянь, вчинених з хуліганських мотивів) може розглядатися як уразливий щодо його оскарження до ЄСПЛ з посиланням на порушення ст. 10 Конвенції (Свобода вираження поглядів). Особливо, якщо відповідні дії мали мирні, ненасильницькі форми та вчинені перед обмеженим колом людей.

(Див.: 338.1.1–338.1.3; 338.3.1 – п. 50; 338.3.2 – п. 66)

Зниженню рівня такої уразливості відповідних вироків щодо їх оскарження до ЄСПЛ може слугувати відносно м'яке покарання призначене такими вироками за вчинення дій, передбачених ст. 338 КК України.

(Див.: 338.3.1 – п. 44; 338.3.2 – п. 67)

Стаття 339. Незаконне підняття Державного Прапора України на річковому або морському судні

Підняття Державного Прапора України на річковому або морському судні без права на цей Прапор –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців.

Стаття 340. Незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій

Незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій, якщо це діяння було вчинене службовою особою або із застосуванням фізичного насильства, –

карається виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк.

§1. Норми міжнародного права
щодо прав людини на мирні збори

340.1.1. Загальна декларація прав людини

(ООН, від 10.12.1948)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«Статья 20

1. Каждый человек имеет право на свободу мирных собраний и ассоциаций». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

340.1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

Стаття 11. Свобода зібрань та об'єднання

1. Кожен має право на свободу мирних зібрань і свободу об'єднання з іншими особами, включаючи право створювати профспілки та вступати до них для захисту своїх інтересів.

2. Здійснення цих прав не підлягає жодним обмеженням, за винятком тих, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб. Ця стаття не перешкоджає запровадженню законних обмежень на здійснення цих прав особами, що входять до складу збройних сил, поліції чи адміністративних органів держави». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

340.1.3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 16.12.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)
*«**Стаття 21***
Визнається право на мирні збори. Користування цим правом не підлягає ніяким обмеженням, крім тих, які накладаються відповідно до закону і які є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах державної чи суспільної безпеки, громадського порядку, охорони здоров'я і моральності населення або захисту прав та свобод інших осіб». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

340.1.4. Рамкова конвенція про захист національних меншин
(Рада Європи, від 01.02.1995)
(ратифіковано Законом від 09.12.97)
*«**Стаття 7***
Сторони забезпечують повагання прав кожної особи, яка належить до національної меншини, на свободу мирних зборів, свободу асоціації, свободу виявлення поглядів і свободу думки, совісті та релігії». [Рамкова конвенція про захист національних меншин (Рада Європи, від 01.02.1995). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_055]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій

340.2.1. Справа «Identoba and Others v. Georgia»
«95. Мирна демонстрація може дратувати або ображати осіб, які протистоять ідеям чи вимогам, які вона прагне демонструвати. Разом з тим учасники демонстрації повинні мати змогу за допомогою держави провести демонстрацію, не побоюючись, що їхні противники застосують фізичне насильство; такий страх може призвести до стримування асоціацій чи інших груп, що підтримують спільні ідеї чи інтереси, відкрито висловлювати свою думку щодо дуже суперечливих питань, які турбують суспільство. У демократії право на оспорювання цінностей учасників демонстрації не може перетворюватися на протидію здійснення права на демонстрацію». [Identoba and Others v. Georgia (73235/12). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–154400] (Неофіційний авторський переклад).

340.2.2. Справа «Gafgaz Mammadov v. Azerbaijan»
«50. Суд повторює, що втручання у здійснення свободи мирних зібрань [з боку влади] не слід розуміти лише як пряму заборону, але воно може полягати в різноманітних інших заходах, що вживаються владою. Термін «обмеження» в пункті 2 статті 11 Конвенції має тлумачитися як такий, що включає заходи, вжиті до або під час зборів, та такі як каральні заходи, вжиті пізніше. Наприклад, попередня заборона може мати приголомшуючий вплив на осіб, які мають намір брати участь у мітингу, і, таким чином, стають втручанням, навіть якщо мітинг згодом продовжується без перешкод з боку влади. Перешкоджання виїзду для участі у зборах також є втручанням. Так само заходи, вжиті владою під час мітингу, такі як розгін мітингу чи арешт учасників. А також санкції за участь у мітингу». [Gafgaz Mammadov v. Azerbaijan (60259/11). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–157705] (Неофіційний авторський переклад).

340.2.3. Справа «Карпюк та інші проти України»
«188. Згідно з усталеною практикою Суду свобода вираження поглядів є однією з важливих засад демократичного суспільства та однією з базових умов прогресу суспільства в цілому та самореалізації кожної окремої особи. Відповідно до пункту 2 статті 10 Конвенції вона стосується не тільки «інформації» чи «ідей», які сприймаються зі схваленням чи розглядаються як необразливі або нейтральні, але й тих, які можуть ображати, шокувати чи непокоїти. Саме такими є вимоги плюралізму, толерантності та широти поглядів, без яких немає «демократичного суспільства».

189. Схожим чином право на свободу зібрань є основоположним у демократичному суспільстві і, як і право на свободу вираження поглядів, є одним з підвалин такого суспільства. Таким чином, його не можна вузько тлумачити.

190. Проте стаття 11 Конвенції захищає лише право на «мирні зібрання». Це поняття не охоплює демонстрацію у випадку, якщо її організатори та учасники мають насильницькі наміри. Тим не менш, навіть якщо існує реальний ризик того, що громадська демонстрація внаслідок низки подій, які знаходяться поза контролем її організаторів, перетвориться на заворушення, така демонстрація також охоплюється сферою застосування пункту 1 статті 11 Конвенції, але будь-які обмеження, накладені на таке зібрання, повинні відповідати умовам пункту 2 статті 11 Конвенції.

(…)

202. Однак простого факту виникнення насильства під час зібрання самого по собі недостатньо для висновку про те, що організатори мали насильницькі наміри.

(…)

207. (…) Згідно з усталеною практикою Суду такі обструкційні мітинги загалом користуються захистом статей 10 і 11 Конвенції». [Карпюк та інші проти України (30582/04 і 32152/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b10]

340.2.4. Справа «Kudrevičius and Others v. Lithuania»

«100. Перш за все Суду необхідно встановити, чи мало місце втручання в здійснення заявниками права на свободу зібрань. Суд нагадує, що таке втручання не обов'язково має приймати форму абсолютної заборони юридичного або фактичного характеру і може полягати в інших прийнятих владою заходах. При тлумаченні терміна «обмеження», який вживається в пункті 2 статті 11 Конвенції, в нього слід включати як заходи, прийняті до або під час зібрання, так і заходи, наприклад, каральні, застосовані після того, як він завершився. Так, попередня заборона може змусити людину відмовитися від наміру брати участь у мітингу, що означає втручання, навіть якщо згодом влада не перешкоджає проведенню мітингу. Відмова дозволити людині поїздку з метою бути присутньою на мітингу також є втручанням. Втручання є також заходи, вжиті владою під час мітингу, наприклад, розгін мітингу або затримання його учасників, а також притягнення до відповідальності за участь у мітингу.

(…)

148. Попереднє повідомлення про проведення заходу служить не лише метою узгодження права на свободу мирних зібрань із правами та законними інтересами (включаючи свободу пересування) інших осіб, але також метою запобігання заворушень або злочину. Для того щоб збалансувати ці суперечливі інтереси, інститут попередніх адміністративних процедур, як видається, є загальноприйнятою практикою в державах-членах, коли проводяться демонстрації. Проте положення такого характеру не повинні являти собою приховану перешкоду для свободи мирних зібрань, яка захищена Конвенцією.

(…)

151. Відсутність попереднього повідомлення (чи дозволу) та наступна «незаконність» заходу не дають органам влади carte blanche; вони все ще обмежуються вимогою пропорційності в контексті статті 11 Конвенції. Таким чином, слід визначити (…) яким був громадський інтерес, і які ризики були представлені демонстрацією. Метод, який використовує поліція для того, щоб утримати демонстрантів у певному місці або розігнати демонстрацію, також є важливим фактором при оцінці пропорційності втручання. (…)

152. (…) в особливих обставинах, коли спонтанна демонстрація може бути виправдана, наприклад, у відповідь на політичну подію, розгін такої демонстрації виключно через відсутність необхідного попереднього повідомлення, без будь-якої протизаконної поведінки з боку учасників, може бути визнаним непропорційним обмеженням їхньої свободи мирних зібрань.

153. (…) Право проводити стихійні демонстрації може перевищувати зобов'язання попередньо повідомляти про захід лише за особливих обставин, а саме, якщо негайна відповідь на поточну подію є обґрунтованою у формі демонстрації. Зокрема, таке відхилення від загального правила може бути виправданим, якщо затримка могла призвести до того, що реакція громадськості на поточну подію застаріє.

154. Крім того, слід зазначити, що навіть законна демонстрація може бути розігнана, наприклад, коли вона перетворюється на масові заворушення.

(…)

158. Держави повинні не лише утримуватися від необґрунтованих непрямих обмежень на право збиратися мирним шляхом, а й захищати це право. Хоча основним об'єктом статті 11 Конвенції є захист особи від свавільного втручання державних органів у здійснення захищених прав, додатково можуть виникнути позитивні зобов'язання щодо забезпечення ефективного здійснення цих прав».

(…)

173. З наведеної вище прецедентної практики виходить, що умисне серйозне порушення мітингувальниками звичайного життя і діяльності, якою на законних підставах займаються інші особи, більшою мірою, ніж це зазвичай відбувається при здійсненні права на мирні зібрання в громадському місці, можна вважати «неприйнятними діями» за змістом прецедентної практики Європейського Суду. Отже, ці дії можуть виправдовувати призначення покарання, навіть якщо воно має кримінально-правовий характер». [Kudrevičius and Others v. Lithuania (37553/05). ECHR, 2015-X. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–158200] (Неофіційний авторський переклад).

340.2.5. Справа «Sergey Kuznetsov v. Russia»

«35. Спочатку Суд нагадує про те, що право на свободу зібрань стосується як приватних зібрань, так і зборів у громадських місцях, як статичних публічних заходів, так і публічних маніфестацій; це право може здійснюватися і окремими особами і групами людей, які організовують публічні заходи. Термін «обмеження» в пункті 2 статті 11 слід тлумачити як такий, що заходи, що вживаються як до, так і під час проходження громадських зборів, а також каральні заходи, що вживаються після зборів»

(…)

37. (…) втручання [у право на свободу мирних зібрань] становитиме порушення статті 11 Конвенції, якщо воно не «передбачено законом», не переслідує одну або більше легітимних цілей, передбачених пунктом 2, та не є «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення цих цілей.

(…)

39. (…) Виходячи з формулювання другого пункту статті 11, єдиною необхідністю, яка може виправдати втручання в здійснення права, закріпленого в цій статті, є необхідність, яка може виходити від самого «демократичного суспільства». Таким чином, Держави повинні не тільки забезпечувати право на мирні зібрання, а й утримуватися від застосування надмірних непрямих обмежень на здійснення цього права. З огляду на особливу важливість свободи зібрань і її безпосередній стосунок до поняття демократії, для обґрунтування втручання в здійснення цього права повинні бути дійсно вагомі причини.

(…)

45. (…) У зв'язку з цим Суд нагадує, що будь-які заходи, що перешкоджають здійсненню свободи зібрань і висловлення думки за винятком випадків, пов'язаних із розпалюванням насильства або порушення демократичних принципів – якими б шокуючими і неприйнятними не здавалися владі певні погляди і висловлювання – згубно позначаються на стані демократії, а часто навіть створюють для неї небезпеку. У демократичному суспільстві, заснованому на принципі верховенства права, повинна існувати можливість вираження ідей, що кидають виклик існуючому порядку, через здійснення права на проведення мирних зібрань, так само як і іншими законними засобами.

43. (…) Суд підкреслює, що свобода участі в мирних зібраннях настільки важлива, що людину не може бути піддано санкціями – хоча б і найбільш м'яким з дисциплінарних стягнень – за участь у незаборонені демонстрації, якщо тільки сама ця людина не вчинила що-небудь протиправне під час цього заходу». [Sergey Kuznetsov v. Russia (10877/04), ECHR 2008-X. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–89066] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій

340.3.1. Справа «Identoba and Others v. Georgia»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«97. Із самого початку зазначивши, що це питання навіть не оскаржується між сторонами, Суд підтверджує, що зрив участі заявників у мирному поході 17 травня 2012 року, організований для відзначення Міжнародного дня боротьби з гомофобією, безумовно, був втручанням у права людини відповідно до статті 11 Конвенції з урахуванням відповідних принципів, передбачених статтею 10 Конвенції. Дійсно, Конвенція захищає публічні форми вираження поглядів, у тому числі шляхом проведення мирних зібрань, а також свободу висловлення думок щодо агітації та переконання стосовно основних прав різних сексуальних меншин.

(…)

100. Загалом Суд вважає, що місцеві органи влади не змогли забезпечити, щоб демонстрація 17 травня 2012 року (…) могла відбутися мирно, в небезпеці від гомофобних та насильницьких контр-демонстрантів. Органи влади не дотримувалися своїх позитивних зобов'язань за статтею 11 [Свобода зібрань та об'єднання], взятими у поєднанні зі статтею 14 [Заборона дискримінації] Конвенції». [Identoba and Others v. Georgia (73235/12). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–154400]

340.3.2. Справа «Карпюк та інші проти України»

Фактичні обставини:

(Див.: 293.3.1)

Рішення ЄСПЛ:

«207. На підставі наявних матеріалів справи Суд вважає встановленим той факт, що організатори планували мітинг як мирне зібрання, метою якого було заповнити місця біля пам'ятника Шевченку і цим самим перешкодити Президенту України покласти квіти до пам'ятника. Згідно з усталеною практикою Суду такі обструкційні мітинги загалом користуються захистом статей 10 і 11 Конвенції.

208. Як видається, рішення органів влади заблокувати доступ до пам'ятника Шевченку вранці 9 березня 2001 року мало на меті випередити мітингарів та надати Президентові України можливість взяти участь у церемонії покладання квітів до пам'ятника. Як видається, це зруйнувало першочергову ціль протестувальників заблокувати доступ до пам'ятника та поклало край першій фазі подій 9 березня, яка характеризувалась мирною підготовкою до мітингу біля пам'ятника Шевченку. Згодом блокування доступу до пам'ятника призвело до другої фази подій, характерною рисою якої стали сутички біля пам'ятника Шевченку, а потім – і до третьої фази, яка ознаменувалась ходою до Міністерства внутрішніх справ України та на вулицю Банкову і сутичками, які виникли на зазначеній вулиці.

(…)

211. Суд зауважує, що сторони не оспорюють того факту, що затримання і засудження заявників становили втручання у їх права за статтею 11 Конвенції. Навіть якщо друга і третя фази подій 9 березня 2001 року ознаменувались сутичками протестувальників з міліцією, Суд готовий припустити, що впродовж другої і третьої фаз протестувальники все ще користувалися захистом статті 11 Конвенції. Зважаючи на ці міркування та з огляду на зауваження Уряду, Суд доходить висновку, що затримання та засудження заявників можуть небезпідставно вважатись випадком «втручання» в їх право на свободу мирних зібрань.

(e) Чи було втручання виправданим

212. Втручання у право на свободу мирних зібрань порушуватиме статтю 11 Конвенції, якщо не буде доведено, що воно «встановлене законом», переслідує одну або більше легітимних цілей за пунктом 2 цієї статті та є «необхідним в демократичному суспільстві».

(i) «Встановлене законом» і «легітимна ціль»

(…)

216. Отже, Суд погоджується з тим, що втручання було «встановлене законом», а саме статтею 71 Кримінального кодексу України.

217. Суд також приймає зауваження Уряду про те, що втручання переслідувало легітимну ціль підтримання громадської безпеки.

(ii) «Необхідне в демократичному суспільстві»

218. Суд нагадує, що вираз «є необхідними в демократичному суспільстві» означає, що втручання відповідає «нагальній соціальній потребі» і, зокрема, є пропорційним до переслідуваної

легітимної цілі. При оцінці пропорційності втручання переслідуваній цілі варто брати до уваги такі фактори, як характер і суворість застосованого покарання.

(…)

235. Отже, Суд доходить висновку, що хоча санкція за дії заявників щодо організації масових безпорядків та підбурювання до насильства під час подій 9 березня 2001 року могла бути зумовлена вимогами громадської безпеки, тривалі строки позбавлення волі, призначені їм в якості покарання, не були пропорційні легітимній цілі, яка переслідувалась.

237. З огляду на зазначене вище, Суд доходить висновку, що зазначене втручання не було необхідним у демократичному суспільстві.

238. Отже, було порушення статті 11 Конвенції стосовно перших трьох заявників. [Карпюк та інші проти України (30582/04 і 32152/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b10]

340.3.3. Справа «Sergey Kuznetsov v. Russia»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«43. У даній справі Заявник, безперечно, представив повідомлення про проведення пікету за вісім днів до його запланованої дати, тоді як застосовні правила вимагають дотримання 10-денного терміну повідомлення. Однак немає підстав вважати, що ця дводенна різниця якимось чином завадила владі здійснити всі необхідні приготування до пікету. Судячи з усього, з огляду на незначний масштаб запланованого заходу, міська адміністрація і не вважала затримку сповіщення чимось суттєвим або важливим. Вона не тільки швидко підтвердила отримання повідомлення про проведення пікету, але і за п'ять днів до пікету передала розпорядження міліції забезпечувати громадський порядок під час цього заходу. Ні в одному з офіційних документів ця затримка не була поставлена Заявнику в докір і не мала жодного впливу на законність пікету. Насправді це порушення вперше згадується в протоколі про адміністративне правопорушення, який був складений через шість тижнів після публічного заходу. У таких обставинах, суд вважає, що формальне порушення терміну сповіщення не є ні суттєвою, ні достатньою причиною для покладання адміністративної відповідальності на Заявника». [Sergey Kuznetsov v. Russia (10877/04), ECHR 2008-X. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–89066] (Неофіційний авторський переклад).

340.3.4. Справа «Організація «Платформа «Лікарі за життя» (Plattform "(Artze Fur) Das Leben») проти Австрії»

Фактичні обставини:

В декабре 1980 г. ассоциация врачей, выступающих против легализации абортов, «Платформа «Врачи за жизнь», приняла решение провести демонстрацию в Штадль-Паура. Получив уведомление, предписываемое Законом о собраниях, соответствующие органы власти разрешили демонстрацию и предприняли шаги по размещению полиции вдоль выбранного маршрута. Демонстрация была сорвана ее противниками, которые выкрикивали лозунги, бросали яйца и куски дерна в участников марша. Вмешательство полиции сводилось к тому, что она разделила враждующие группы, когда страсти так накалились, что возникла опасность физического насилия. Впоследствии прокуратура прекратила уголовное разбирательство, официально возбужденное против ряда противников демонстрации. Первого мая 1982 г. на площади перед собором в Зальцбурге «Платформа» провела вторую демонстрацию. Она также была сорвана действиями противников, которых полиция рассеяла лишь в самом конце, и никакого разбирательства после этих инцидентов не последовало.

Рішення ЄСПЛ:

«33. Соглашаясь с Правительством и Комиссией, Суд пришел к выводу, что австрийское право знает меры позитивного характера по защите демонстраций. Например, статьи 284 и 285 Уголовного кодекса запрещают лицу создавать помехи, разгонять или срывать собрание, проведение которого не запрещено; статьи 6, 13 и 14(2) Закона о собраниях, наделяющие власти по-

лномочиями в определенных случаях запрещать, прекращать или рассеивать собрание, используя силу, применимы к организации контр-демонстраций.

34. Хотя в обязанности государств – участников Конвенции и входит принятие разумных и надлежащих мер для обеспечения мирного характера разрешенных законом демонстраций, они не могут дать абсолютных гарантий в этом отношении, хотя и располагают широким полем усмотрения при выборе такого рода мер. В этой области статья 11 Конвенции обязывает государства принимать меры, но не обязывает их получать определенные результаты.

35. По утверждению заявителя, полиция во время проведения каждой из упомянутых двух демонстраций вела себя совершенно пассивно. Правительство и Комиссия не согласились; по их мнению, в условиях отсутствия каких-либо серьезных эксцессов прямое вмешательство не было оправданно и неизбежно спровоцировало бы акты физического насилия.

36. Суд не оценивал уместность или эффективность действий полиции в этих случаях, а лишь определил, была ли обоснована жалоба на то, что соответствующие власти не приняли необходимых мер». [Организация «Платформа «Врачи за жизнь» (Plattform «(Artze Fur) Das Leben») против Австрии. (21.06.1988). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_160]

340.3.5. Справа «Трофимчук проти України»

Рішення ЄСПЛ:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«38. Стосовно другого аспекту скарги заявниці за статтею 11 Конвенції, Суд зазначає, що сторони не оспорюють те, що відсутність заявниці на роботі 3 березня 1999 року (одна з підстав її звільнення) стала прямим результатом її участі в пікеті 3 березня 1999 року. Незважаючи на заперечення Уряду, Суд зазначає, що пікет був спрямований проти керівництва КТП «Комуненергія». Питання ступеня відповідальності цього підприємства за невиплату заробітної плати не має значення для розгляду цієї частини справи.

39. Суд далі зазначає, що участь заявниці у пікеті є здійсненням права на свободу мирних зібрань, а отже, підпадає під дію статті 11 Конвенції. Хоча заявниця не була de-jure піддана дисциплінарному стягненню за здійснення цього права, Суд вважає, що, беручи до уваги той факт, що пікет був спрямований проти керівництва її тогочасного роботодавця та стосувався пов'язаних із роботою питань, відокремлення участі заявниці в пікеті від його наслідків, а саме її двогодинної відсутності на роботі, буде занадто формалістичним і суперечитиме принципам практичного та ефективного застосування Конвенції. Відповідно Суд вважає, що було втручання у право заявниці на свободу мирних зібрань тепер слід з'ясувати, чи було таке втручання виправданим.

(…)

41. Суд зазначає, що заявниця оскаржила законність свого звільнення у національних судах, стверджуючи, зокрема, що вона не повинна була бути покарана за свою відсутність на робочому місці 3 березня 1999 року.

42. Суди відхилили скарги заявниці, встановивши, що звільнення відповідало національному трудовому законодавству. Незважаючи на висновки судів стосовно згаданих вище аргументів заявниці, які не були точними та ясними, видається, що їхня позиція стосовно відсутності заявниці 3 березня 1999 року ґрунтувалась на тому, що така відсутність не мала прийнятного виправдання і, відповідно, це є порушенням трудової дисципліни. Суд не вбачає достатніх підстав не погодитись із застосуванням судами відповідного національного законодавства до обставин справи заявниці.

43. Суд також зазначає, що українське законодавство передбачає право на страйк як один із засобів вирішення трудових спорів, який тягне тимчасове припинення роботи і встановлює порядок, відповідно до якого це право повинно здійснюватися. Ця процедура передбачає певні гарантії для працівників, включаючи імунітет від дисциплінарних заходів за участь у законному страйку.

44. У цій справі заявниця брала участь в акції протесту проти свого роботодавця, що спричинило її відсутність на роботі протягом двох годин. Однак заявниця не дотрималась процедури страйку, викладеної у статті 19 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових

спорів (конфліктів)» від 3 березня 1998 року, і не стверджувала, що їй якимось чином завадили дотриматись її. Більш того, заявниця не заперечувала відповідність процедури, встановленої національним законодавством, вимогам статті 11 Конвенції.

45. У світлі вищевикладеного Суд вважає, що дисциплінарне стягнення було накладено на заявницю законно і, отже, втручання було «передбачено законом» у розумінні пункту 2 статті 11 Конвенції. Суд також вважає, що втручання мало «легітимну мету» захисту прав колишнього роботодавця заявниці відповідно до національного трудового законодавства.

46. Суд також зазначає, що повідомлення, надіслане заявницею місцевим органам влади 22 лютого 1999 року, не містило вказівки на заплановану тривалість пікету та припущень, що заявниця мала намір страйкувати або з інших причин бути відсутньою на роботі через її участь у пікеті. У зв'язку з характером трудових обов'язків заявниці її двогодинна відсутність на роботі 3 березня 1999 року та неповідомлення її безпосереднього керівника заздалегідь про її відсутність призвели до серйозного порушення робочого процесу. Навіть якщо припустити, що один із колег заявниці погодився замінити її в той день, такий захід не є достатнім для того, щоб продемонструвати, що заявниця зробила все можливе для реалізації своєї свободи на мирні зібрання з належною повагою до прав та інтересів її роботодавця.

47. За таких обставин Суд вважає, що дисциплінарні заходи, застосовані до заявниці, не були непропорційними і тому порушення статті 11 Конвенції не було». [Трофимчук проти України (4241/03). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_846]

340.3.6. Справа «Ezelin v. France»

Фактичні обставини:

12 лютого 1983 року низка незалежних рухів в Гваделупі і профспілки провели публічну демонстрацію в Basse-Terre на знак протесту проти двох судових рішень, якими було засуджено до ув'язнення трьох бойовиків за пошкодження майна. Заявник, який був заступником голови профспілки адвокатів Гваделупи, брав участь в демонстрації і носив плакат з написом «Профспілка адвокатів Гваделупи проти Закону про безпеку і свободу».

Рада адвокатів Гваделупи 25.07.1972 року відмовилась підтримати вимогу прокуратури накласти дисциплінарне стягнення на заявника.

12 грудня 1983 року Апеляційний суд наклав дисциплінарне стягнення у вигляді догани пану Ezelin за порушення норм поведінки адвокатів.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«31. Заявник вважає, що дисциплінарне стягнення, накладене на нього Апеляційним судом Basse-Terre, несумісне з його свободою вираження думок і його свободою мирних зібрань, які захищені статтями 10 і 11 Конвенції.

(…)

37. Незважаючи на свою автономну роль і особливу сферу застосування, стаття 11 має в цьому випадку розглядатися в контексті статті 10. Захист особистих думок, закріплених у статті 10, є однією з цілей свободи мирних зібрань, закріпленої в статті 11 Конвенції.

38. Уряд вважає, що не було втручання в право заявника на свободу мирних зібрань та свободи думки: він безперешкодно брав участь у демонстрації 12 лютого 1983 року і публічно висловлював свої переконання. Йому було винесено догану тільки після цієї події і через особисту поведінку, яка є несумісною з обов'язками його професії.

39. Суд не приймає це заперечення. Термін «обмеження» в пункті 2 статті 11 і в статті 10 не може тлумачитися як таке, що включає каральні заходи, які застосовані до зборів.

(…)

42. Тому необхідно визначити, чи було втручання винятком «встановленим законом», чи відповідає цілям, викладеним у п. 2 ст. 11 Конвенції, чи є «необхідним у демократичному суспільстві» для їх досягнення.

(…)

45. Відповідно до прецедентної практики Суду, норма не може розглядатися як «закон», якщо вона не сформульована з достатньою точністю, щоб дозволити громадянинові – якщо необхідно, з відповідними рекомендаціями – передбачити тією мірою, яка розумна в даних обставинах, наслідки, які може спричинити собою порушення зазначеної норми. Однак досвід показує, що неможливо досягти абсолютної точності в розробці законів, особливо в тих областях, де ситуація змінюється відповідно до змін у поглядах суспільства.

У даному випадку правова основа санкцій, на які скаржився заявник, полягає виключно в спеціальних правилах, що регулюють професію адвоката. Стаття 106 відповідного декрету від 9 червня 1972 року однозначно підтверджує, що будь-який адвокат, навіть у своїй непрофесійної діяльності, має особливі зобов'язання, і Касаційний суд Гваделупи постановив, що вони включають повагу судових органів.

Таким чином, втручання було «встановлено законом».

(…)

47. Пан Ezelin поніс покарання за те, що він не відсторонився від інцидентів, які сталися під час демонстрації. Як зазначила Комісія, влада дійшла думки, що таке ставлення є відображенням того факту, що заявник, як адвокат, схвалив і активно підтримував такі ексцеси. Таким чином, втручання полягало в досягненні законної мети – «запобігання заворушень».

(…)

53. Слід визнати, що покарання, накладене на пана Ezelin, було в нижній частині шкали дисциплінарних стягнень, зазначених у статті 107 Декрету від 9 червня 1972 року Однак Суд вважає, що свобода брати участь у мирному зібранні – в даному випадку в демонстрації, що не була заборонена, – має таке значення, що її не можна якимось чином обмежити навіть для адвоката, якщо особа сама по собі не вчиняє правопорушення під час такого зібрання.

Коротше кажучи, санкція, на яку скаржилася, хоча і була мінімальна, не була «необхідна в демократичному суспільстві». Відповідно, це суперечило статті 11 Конвенції». [Ezelin v. France (11800/85). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57675]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 340 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

340.4.1. Обструкційні мітинги і демонстрації (контр-мітинги і контрдемонстрації), тобто які проводяться як протест стосовно ідей чи гасел іншого мітингу (демонстрації), також, як правило, користуються захистом ст. 10 (Свобода вираження поглядів) та ст. 11 Конвенції (Свобода зібрань). Однак коли політичні чи інші противники конкретної демонстрації (зборів, мітингів, походів) організують в той же час і в тому ж місці свою контр-демонстрацію, такі дії можуть розглядатися як незаконні, якщо вони фактично перешкоджають заходам, що організовані та проводяться з дотриманням чинного законодавства. У випадках, коли право на оспорювання цінностей учасників зборів перетворюється на протидію здійснення права на свободу зібрань шляхом застосування фізичного насильства, такі дії мають ознаки злочину (ст. 340 КК України).

(Див.: 340.2.3;340.3.4)

340.4.2. Навіть якщо існує реальний ризик того, що збори (мітинг, похід, демонстрація) внаслідок низки подій, які знаходяться поза контролем їх організаторів, перетвориться на заворушення, такий захід також охоплюється сферою застосування п. 1 ст. 11 Конвенції (кожен має право на свободу мирних зібрань).

(Див.: 340.2.3)

(Див., також: 293.3.1 і 293.3.2)

340.4.3. Об'єктивну сторону незаконного перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій можуть утворювати діяння, вчинені як до відповідного заходу, так і під час його проведення, а також після того, як захід був проведений і завершився. Безпідставна відмова дозволити людині поїздку для участі у мітингу чи демонстрації також є незаконним перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій.

(Див.: 340.2.4; 340.2.5; 340.3.6 – п. 39)

340.4.4. Відсутній склад незаконного перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій у випадку накладення стягнення на працівника за відсутність на роботі через участь у пікеті проти адміністрації підприємства, що був проведений з порушенням встановлених законом правил.

(Див.: 340.3.5)

340.4.5. Недотримання організаторами заходу норм національного законодавства щодо обов'язку своєчасно повідомити владу про проведення публічного заходу само по собі не свідчить про законність та правомірність перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій.

(Див.: 340.2.4; 340.3.3)

340.4.6. Правова позиція ЄСПЛ: незаконність обмеження права на свободу мирних зібрань наявна не лише тоді, коли відповідні дії прямо заборонені нормами законодавства чи не відповідають цілями, викладеним у п. 2 ст. 11 Конвенції, але і тоді, коли вони не є «необхідними в демократичному суспільстві» для досягнення зазначених цілей. Ключовим у таких випадках є аспект пропорційності вказаних дій суспільним цілям, в інтересах досягнення яких відбулось перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій. Занадто брутальний розгін учасників незаконної демонстрації чи застосування надто жорсткого покарання до її учасників можуть бути визнані ЄСПЛ незаконним обмеженням права на свободу мирних зібрань.

(Див.:340.2.5; 340.3.6; 340.3.2, а також 293.4.1)

340.4.7. Незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій, вчинене з мотивів ворожнечі за ознаками расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності чи за іншими ознаками, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів: відповідні частини ст. 340 та ст. 161 КК України (за наявності усіх об'єктивних і суб'єктивних ознак цих складів злочинів).

(Див.: 340.3.1)

340.4.8. Блокування учасниками зборів, мітингів, походів і демонстрацій транспортних комунікацій шляхом влаштування перешкод має ознаки злочину, передбаченого ст. 279 КК України. У таких випадках притягнення винних до відповідальності ЄСПЛ вважає таким обмеженням права на свободу мирних зібрань, яке встановлене законом і є необхідним в демократичному суспільстві в інтересах громадської безпеки, для запобігання заворушенням, для прав і свобод інших осіб.

(Див.: 279.4.1)

340.4.9. Місце вчинення діяння не є обов'язковою ознакою складу цього злочину. Право на свободу зібрань стосується як приватних зібрань, так і зборів у громадських місцях, як статичних публічних заходів, так і публічних маніфестацій; це право може здійснюватися й окремими особами і групами людей, які організовують публічні заходи.

(Див.: 340.2.5)

340.4.10. Правова позиція ЄСПЛ: особа не може бути піддано покаранню – хоча б і найбільш м'якому – за участь у незабороненій демонстрації (зборах, мітингу, вуличному поході), якщо тільки сама ця особа не вчинила що-небудь протиправне під час цього заходу.

(Див.:340.2.5)

340.4.11. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність», має здійснюватися з урахуванням правової позиціє ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони й підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані

з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підпункт 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати вірогідність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

340.4.12. У випадках, коли права і свободи людини обмежуються органами держави чи від її імені, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону вказаних прав, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

(Див: 04.13; 340.3.2)

Стаття 341. Захоплення державних або громадських будівель чи споруд

Захоплення будівель чи споруд, що забезпечують діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, з метою незаконного користування ними або перешкоджання нормальній роботі підприємств, установ, організацій –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

(Частину другу статті 341 виключено на підставі Закону № 767-VII від 23.02.2014)

(Стаття 341 із змінами, внесеними згідно із Законом № 642-VII від 10.10.2013, із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

§3. Рішення ЄСПЛ
у справі, що пов'язана із захопленням державних будівель

341.3.1. Справа «Taranenko v. Russia»
Див.: 294.3.2.

Стаття 342. Опір представникові влади, працівникові правоохоронного органу, державному виконавцю, приватному виконавцю, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцеві, уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб

1. Опір представникові влади, крім державного виконавця, приватного виконавця, під час виконання ним службових обов'язків –

карається штрафом до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Опір працівникові правоохоронного органу під час виконання ним службових обов'язків, державному виконавцю чи приватному виконавцю під час примусового виконання рішень, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцеві під час виконання цими особами покладених на них обов'язків щодо охорони громадського порядку або уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк від трьох до шести місяців, або обмеженням волі на строк до чотирьох років, або позбавленням волі на строк до двох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, поєднані з примушенням цих осіб шляхом насильства або погрози застосування такого насильства до виконання явно незаконних дій, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

(Стаття 342 в редакції Закону № 2677-VI від 04.11.2010; із змінами, внесеними згідно із Законами № 4452-VI від 23.02.2012, № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законами № 767-VII від 23.02.2014, № 1403-VIII від 02.06.2016)

Стаття 343. Втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, працівника державної виконавчої служби, приватного виконавця

1. Вплив у будь-якій формі на працівника правоохоронного органу, працівника органу державної виконавчої служби чи приватного виконавця, а також близького родича державного виконавця або приватного виконавця з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків або добитися прийняття незаконного рішення –

карається штрафом до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до одного року, або арештом на строк до трьох місяців.

2. Ті самі дії, якщо вони перешкодили запобіганню злочину чи затриманню особи, яка його вчинила, або вчинені службовою особою з використанням свого службового становища, –

караються позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до чотирьох років.

(Стаття 343 із змінами, внесеними згідно із Законами № 2677-VI від 04.11.2010, № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законами № 767-VII від 23.02.2014, № 1403-VIII від 02.06.2016)

Стаття 344. Втручання у діяльність державного діяча

1. Незаконний вплив у будь-якій формі на Президента України, Голову Верховної Ради України, народного депутата України, Прем'єр-міністра України, члена Кабінету Міністрів України, Голову Конституційного Суду України, суддю Конституційного Суду України, Голову чи члена Вищої ради правосуддя, Голову чи члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини або його представника, Директора Національного антикорупційного бюро України, Голову Рахункової палати або іншого члена Рахункової палати, Голову або члена Центральної виборчої комісії, Голову Національного банку України, члена Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення, Голову Антимонопольного комітету України, Голову Фонду державного майна України, Голову Державного комітету телебачення і радіомовлення України, члена Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, з метою перешкодити виконанню ними службових обов'язків або добитися прийняття незаконних рішень –

карається штрафом від двохсот до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк від трьох до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, якщо вони вчинені особою з використанням свого службового становища, –

караються штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Стаття 344 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1698-VII від 14.10.2014, № 576-VIII від 02.07.2015, № 1540-VIII від 22.09.2016, № 1798-VIII від 21.12.2016, № 2136-VIII від 13.07.2017)

Стаття 345. Погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу

1. Погроза вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна щодо працівника правоохоронного органу, а також щодо його близьких родичів у зв'язку з виконанням цим працівником службових обов'язків –

карається виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Умисне заподіяння працівникові правоохоронного органу чи його близьким родичам побоїв, легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень у зв'язку з виконанням цим працівником службових обов'язків –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Умисне заподіяння працівникові правоохоронного органу або його близьким родичам тяжкого тілесного ушкодження у зв'язку з виконанням цим працівником службових обов'язків –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

4. Дії, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, вчинені організованою групою, –

караються позбавленням волі на строк від семи до чотирнадцяти років.

(Стаття 345 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

Стаття 345[1]. Погроза або насильство щодо журналіста

1. Погроза вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна щодо журналіста, його близьких родичів чи членів сім'ї у зв'язку із здійсненням цим журналістом законної професійної діяльності –

карається виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Умисне заподіяння журналісту, його близьким родичам чи членам сім'ї побоїв, легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень у зв'язку із здійсненням цим журналістом законної професійної діяльності –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Умисне заподіяння журналісту, його близьким родичам чи членам сім'ї тяжкого тілесного ушкодження у зв'язку із здійсненням цим журналістом законної професійної діяльності –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

4. Дії, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, вчинені організованою групою, –

караються позбавленням волі на строк від семи до чотирнадцяти років.

Примітка. Під професійною діяльністю журналіста у цій статті та статтях 171, 347[1], 348[1] цього Кодексу слід розуміти систематичну діяльність особи, пов'язану із збиранням, одержанням, створенням, поширенням, зберіганням або іншим використанням інформації з метою її поширення на невизначене коло осіб через друковані засоби масової інформації, телерадіоорганізації, інформаційні агентства, мережу Інтернет. Статус журналіста або його належність до засобу масової інформації підтверджується редакційним або службовим посвідченням чи іншим документом, виданим засобом масової інформації, його редакцією або професійною чи творчою спілкою журналістів.

(Кодекс доповнено статтею 345[1] згідно із Законом № 421-VIII від 14.05.2015)

Стаття 346. Погроза або насильство щодо державного чи громадського діяча

1. Погроза вбивством, заподіянням шкоди здоров'ю, знищенням або пошкодженням майна, а також викраденням або позбавленням волі щодо Президента України, Голови Верховної Ради України, народного депутата України, Прем'єр-міністра України, члена Кабінету Міністрів України, Голови чи члена Вищої ради правосуддя, Голови чи члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Голови чи судді Конституційного Суду України або Верховного Суду України чи вищих спеціалізованих судів України, Генерального прокурора, Директора Національного антикорупційного бюро України, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, Голови або іншого члена Рахункової палати, Голови Національного банку України, керівника політичної партії України, а також щодо їх близьких родичів, вчинена у зв'язку з їх державною чи громадською діяльністю, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Умисне заподіяння особам, зазначеним в частині першій цієї статті, середньої тяжкості тілесних ушкоджень чи легких тілесних ушкоджень, нанесення побоїв чи вчинення інших насильницьких дій у зв'язку з їх державною або громадською діяльністю –

караються позбавленням волі на строк від чотирьох до семи років.

3. Умисне заподіяння особам, зазначеним в частині першій цієї статті, тяжких тілесних ушкоджень у зв'язку з їх державною або громадською діяльністю –

карається позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років.

(Стаття 346 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1698-VII від 14.10.2014, № 576-VIII від 02.07.2015, № 1798-VIII від 21.12.2016)

Стаття 347. Умисне знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу, працівника органу державної виконавчої служби чи приватного виконавця

1. Умисне знищення або пошкодження майна, що належить працівникові правоохоронного органу, працівникові органу державної виконавчої служби, приватному виконавцю (у тому числі після звільнення з посади) чи їхнім близьким родичам, у зв'язку з виконанням службових обов'язків працівником правоохоронного органу або примусовим виконанням рішень державним виконавцем чи приватним виконавцем (у тому числі у минулому) –

караються штрафом від п'ятдесяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до п'яти років.

2. Ті самі дії, вчинені шляхом підпалу, вибуху або іншим загальнонебезпечним способом, або такі, що спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від шести до п'ятнадцяти років.

(Стаття 347 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законами № 767-VII від 23.02.2014, № 1403-VIII від 02.06.2016)

Стаття 347[1]. Умисне знищення або пошкодження майна журналіста

1. Умисне знищення або пошкодження майна, що належить журналісту, його близьким родичам чи членам сім'ї, у зв'язку із здійсненням цим журналістом законної професійної діяльності –

караються штрафом від п'ятдесяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до п'яти років.

2. Ті самі дії, вчинені шляхом підпалу, вибуху або іншим загальнонебезпечним способом, або такі, що спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від шести до п'ятнадцяти років.

(Кодекс доповнено статтею 347[1] згідно із Законом № 421-VIII від 14.05.2015)

Стаття 348. Посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця

Вбивство або замах на вбивство працівника правоохоронного органу чи його близьких родичів у зв'язку з виконанням цим працівником службових обов'язків, а також члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця у зв'язку з їх діяльністю щодо охорони громадського порядку –

караються позбавленням волі на строк від дев'яти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

(Стаття 348 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

Стаття 348[1]. Посягання на життя журналіста

Вбивство або замах на вбивство журналіста, його близьких родичів чи членів сім'ї у зв'язку із здійсненням цим журналістом законної професійної діяльності –

караються позбавленням волі на строк від дев'яти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

(Кодекс доповнено статтею 348[1] згідно із Законом № 421-VIII від 14.05.2015)

Стаття 349. Захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як заручника

Захоплення або тримання як заручника представника влади, працівника правоохоронного органу чи їх близьких родичів з метою спонукання державної чи іншої установи, підприємства, організації або службової особи вчинити або утриматися від вчинення будь-якої дії як умови звільнення заручника –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

(Стаття 349 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

§1. Норми міжнародного права
щодо питань, пов'язаних з посяганнями на працівників правоохоронних органів

342.1.1. Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах

(Рада Європи, від 08.11.2001)

(ратифіковано Законом від 01.06.2011)

«Стаття 18. Контрольована поставка

1. Кожна Сторона зобов'язується забезпечити, щоб на прохання іншої Сторони можна було дозволити контрольовані поставки на її території в рамках кримінальних розслідувань злочинів, що можуть зумовлювати видачу.

(…)

Стаття 20. Спільні слідчі групи

1. За взаємною згодою компетентні органи двох чи більше Сторін можуть створити спільну слідчу групу з конкретною метою й на обмежений період, який може бути продовжений за взаємною згодою, для проведення кримінальних розслідувань на території однієї чи більше Сторін, що створили групу. Склад групи визначається в угоді.

Стаття 21. Кримінальна відповідальність, що стосується посадових осіб

Під час здійснення діяльності, зазначеної в статтях 17, 18, 19 і 20, якщо відповідні Сторони не домовилися про інше, посадові особи іншої Сторони, яка не є Стороною, на території якої має місце така діяльність, уважаються посадовими особами останньої стосовно правопорушень, учинених проти них або ними». [Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про

взаємну допомогу у кримінальних справах. (Рада Європи, від 08.11.2001). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_518]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо питань, пов'язаних із посяганнями на працівників правоохоронних органів
342.3.1. Справа «Яновський проти Польщі»

Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
«27. Заявник доводив, що засудження його за заподіяння образи муніципальним охоронцям не являє собою необхідного втручання, як того вимагає пункт 2 статті 10 Конвенції. Він наголошував на тому, що не мав наміру ображати охоронців, а хотів лише пояснити, що їхні дії незаконні. Хоч форма його висловлювань мала явно осудливий щодо охоронців характер, слова, які він вживав, слід вважати прийнятними. Крім того, оскільки охоронці діяли неправомірно, вони не могли розраховувати на якийсь особливий захист від критики.

Нарешті, заявник стверджував, що, оскільки він був журналістом, широкі кола громадськості розглядали його засудження як спробу органів влади поновити цензуру і відбити бажання висловлювати критику в майбутньому.

(…)

31. Щодо розгляду фактів цієї справи завдання Суду полягає в тому, щоб з'ясувати, чи відповідало, за всіма обставинами, обмеження права п. Яновського на свободу вираження поглядів «нагальній суспільній потребі», чи відповідало воно поставленій законній меті і чи були підстави, якими національні органи влади виправдовують це втручання, «доречними і достатніми».

32. У зв'язку з цим Суд зауважує, що заявника було визнано винним у заподіянні образи муніципальним охоронцям, яких під час інциденту на площі він назвав «дурнями» та «недоумками». Свідками цього інциденту були випадкові спостерігачі, і виник він у зв'язку з діями муніципальних охоронців, що вимагали від вуличних торговців перейти з площі на іншу вулицю. Отже, зауваження, висловлені заявником, не були частиною відкритої дискусії навколо предмета громадського інтересу; не стосувалися вони і проблеми свободи преси, оскільки заявник, хоч і журналіст за професією, у цьому випадку діяв як суто приватна особа. Суд також зазначає, що підставою для визнання заявника винним були два слова, які і суд першої інстанції, і апеляційний суд визнали образливими, а не той факт, що він висловив критику на адресу охоронців чи сказав, що їхні дії були незаконними.

Виходячи з цих обставин, Суд вважає непереконливими твердження заявника про те, що широкі кола громадськості розглядали його засудження як спробу органів влади поновити цензуру і відбити бажання висловлювати критику в майбутньому.

(…)

34. Суд вважає, що, з огляду на поставлену законну мету, підстави, на яких було засуджено заявника, були відповідними. Справді, під час гарячої суперечки заявник вдався до образливих слів, що було викликано його щирою турботою про добробут співвітчизників. Ці слова були спрямовані на правоохоронців, вишколених стосовно того, як реагувати на це. Проте він образив охоронців у громадському місці, на очах у групи випадкових спостерігачів і саме тоді, коли охоронці виконували свої службові обов'язки. Попри те, що правоохоронці діяли не на підставі чітко викладених розпоряджень муніципальної ради, а виходячи з міркувань забезпечення санітарного режиму і правил дорожнього руху, ці дії не давали підстав для образливих і грубих словесних нападок. Отже, навіть якщо існували якісь обставини, що свідчили на користь протилежного, все ж таки для рішення, зрештою постановленого національними судами, були достатні підстави.

35. Виходячи з викладеного вище, Суд переконався в тому, що підстави, наведені національними органами влади на своє виправдання, були «доречними і достатніми», як того вимагає пункт 2 статті 10. Суд також зазначає, що за конкретних обставин цієї справи втручання відповідало поставленій законній меті. У зв'язку з цим необхідно зважити на те, що міру покарання заявника

було значно зменшено після її оскарження і, що надзвичайно важливо, Сєрадзький регіональний суд скасував рішення про позбавлення його волі. Тому не можна стверджувати, що національні органи влади вийшли за межі критерію оцінки розумної доцільності, яким вони могли користуватися для визначення необхідності заперечуваної міри покарання. Отже, порушення статті 10 Конвенції не було». [Яновський проти Польщі (25716/94). http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/980_248]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 342–345, 347, 348, 349 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

342.4.1. Посягання на життя, завдання шкоди здоров'ю, власності працівників правоохоронних органів зарубіжних держав у зв'язку з виконанням цими працівниками на території України службових обов'язків у порядку, передбаченому статтями 18 і 20 Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах, а також опір чи втручання в діяльність зазначених працівників мають кваліфікуватися за статтями, відповідно, 342, 343, 345, 347, 348 КК України (за наявності усіх ознак передбачених ними складів злочинів).

(Див.: 342.1.1)

Згідно зі статтями 18 і 20 Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах на території України можуть здійснюватися на прохання іншої країни контрольовані поставки, а також створюватися слідчі групи за участю працівників правоохоронних органів зарубіжних держав.

При цьому Україна, ратифікувавши зазначений міжнародний договір, погодилась, що під час здійснення діяльності, зазначеної в статтях 18 і 20 договору, посадові особи іншої країни стосовно кримінальної відповідальності, що стосується вчинених проти них злочинів «уважаються посадовими особами».

Такі працівники виконуються свої обов'язки на території України на підставі міжнародного договору разом з українськими колегами. Наприклад, у випадку участі працівників іноземних правоохоронних органів на території України у складі спільних слідчих груп, вони підпорядковуються керівнику групи, яким може бути лише представник компетентного органу, який бере участь у кримінальному розслідуванні від України (ч. 3 ст. 20 Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах).

Зрозуміло, що опір чи втручання в діяльність зазначених працівників, а також посягання на їх життя, завдання шкоди здоров'ю, власності у зв'язку з виконанням ними на території України службових обов'язків, посягає на авторитет органів державної влади України. Поряд з обов'язком виконання міжнародних договорів, це є додатковим аргументом на користь сформульованого вище висновку про необхідність кваліфікації таких дій винних осіб за відповідними статтями розділу XV КК України.

Стаття 349[1]. Захоплення журналіста як заручника

Захоплення або тримання як заручника журналіста, його близьких родичів чи членів сім'ї з метою спонукання цього журналіста вчинити або утриматися від вчинення будь-якої дії як умови звільнення заручника –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

(Кодекс доповнено статтею 349[1] згідно із Законом № 421-VIII від 14.05.2015)

Стаття 350. Погроза або насильство щодо службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок

1. Погроза вбивством, заподіянням тяжких тілесних ушкоджень або знищенням чи пошкодженням майна загальнонебезпечним способом щодо службової особи чи її близьких або щодо громадянина, який виконує громадський обов'язок, застосована з метою припинення

діяльності службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок, або зміни її характеру в інтересах того, хто погрожує, –

карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до двох років.

2. Умисне нанесення побоїв або заподіяння легкого чи середньої тяжкості тілесного ушкодження службовій особі або громадянинові, який виконує громадський обов'язок, у зв'язку з їхньою службовою чи громадською діяльністю, а також вчинення таких дій щодо їх близьких –

караються обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження службовій особі або громадянинові, який виконує громадський обов'язок, у зв'язку з їхньою службовою чи громадською діяльністю, а також вчинення такої дії щодо їх близьких –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

Стаття 351. Перешкоджання діяльності народного депутата України та депутата місцевої ради

1. Невиконання службовою особою законних вимог народного депутата України, депутата місцевої ради, створення штучних перешкод у їх роботі, надання їм завідомо неправдивої інформації –

караються штрафом від ста до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Невиконання службовою особою законних вимог комітетів Верховної Ради України чи тимчасових слідчих комісій Верховної Ради України, створення штучних перешкод у їх роботі, надання недостовірної інформації –

караються штрафом від п'ятисот до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Стаття 351[1]. Перешкоджання діяльності Рахункової палати, члена Рахункової палати

1. Невиконання службовою особою законних вимог Рахункової палати, члена Рахункової палати, створення штучних перешкод у їх роботі, надання їм завідомо неправдивої інформації –

караються штрафом від ста до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

(Кодекс доповнено статтею 351[1] згідно із Законом № 576-VIII від 02.07.2015)

Стаття 351[2].Перешкоджання діяльності Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України

1. Невиконання законних вимог Вищої ради правосуддя, її органу чи члена Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України чи члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, створення штучних перешкод у їх роботі –

караються штрафом від ста до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

(Кодекс доповнено статтею 351[2] згідно із Законом № 1798-VIII від 21.12.2016)

Стаття 352. Умисне знищення або пошкодження майна службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок

1. Умисне знищення або пошкодження майна, що належить службовій особі чи громадянинові, який виконує громадський обов'язок, у зв'язку з їхньою службовою чи громадською діяльністю, а також вчинення таких дій щодо їх близьких родичів –

караються штрафом від п'ятдесяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк до чотирьох років.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені шляхом підпалу, вибуху або іншим загальнонебезпечним способом, або такі, що спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

Стаття 353. Самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи

1. Самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи, поєднане із вчиненням будь-яких суспільно небезпечних діянь, –

карається штрафом до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, пов'язане з використанням форменого одягу чи службового посвідчення працівника правоохоронного органу, –

карається обмеженням волі на строк до чотирьох років або позбавленням волі на строк до трьох років.

(Стаття 353 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1508-VI від 11.06.2009, № 2808-VI від 21.12.2010; в редакції Закону № 3207-VI від 07.04.2011)

Стаття 354. Підкуп працівника підприємства, установи чи організації

1. Пропозиція чи обіцянка працівникові підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою, або особі, яка працює на користь підприємства, установи чи організації, надати йому (їй) або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди за вчинення чи невчинення працівником будь-яких дій з використанням становища, яке він займає, або особою, яка працює на користь підприємства, установи чи організації, в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи –

караються штрафом від ста до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк до ста годин, або виправними роботами на строк до одного року, або обмеженням волі на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

караються штрафом від двохсот п'ятдесяти до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста до двохсот годин, або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

3. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання працівником підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою, або особою, яка працює на користь підприємства, установи чи організації, неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення будь-яких дій з використанням становища, яке займає працівник на підприємстві, в установі чи організації, або у зв'язку з діяльністю особи на користь підприємства, установи чи організації, в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи –

караються штрафом від двохсот п'ятдесяти до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста до двохсот годин, або обмеженням волі на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

4. Дії, передбачені частиною третьою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб чи поєднані з вимаганням неправомірної вигоди, –

караються штрафом від п'ятисот до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста шістдесяти до двохсот сорока

годин, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

5. Особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду, звільняється від кримінальної відповідальності за злочини, передбачені статтями 354, 368[3], 368[4], 369, 369[2] цього Кодексу, якщо після пропозиції, обіцянки чи надання неправомірної вигоди вона – до отримання з інших джерел інформації про цей злочин органом, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, – добровільно заявила про те, що сталося, такому органу та активно сприяла розкриттю злочину, вчиненого особою, яка одержала неправомірну вигоду або прийняла її пропозицію чи обіцянку. Зазначене звільнення не застосовується у разі, якщо пропозиція, обіцянка чи надання неправомірної вигоди були вчинені по відношенню до осіб, визначених у частині четвертій статті 18 цього Кодексу.

Примітка. 1. Під особою, яка працює на користь підприємства, установи, організації, слід розуміти особу, яка виконує роботу або надає послугу відповідно до договору з таким підприємством, установою, організацією.

2. У цій статті під неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти чи інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають чи одержують без законних на те підстав.

3. Під пропозицією у статтях 354, 368, 368[3]–370 слід розуміти висловлення працівнику підприємства, установи чи організації, особі, яка надає публічні послуги, або службовій особі наміру про надання неправомірної вигоди, а під обіцянкою – висловлення такого наміру з повідомленням про час, місце, спосіб надання неправомірної вигоди.

4. Повторним у статтях 354, 368, 368[3], 368[4] і 369 цього Кодексу визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених зазначеними статтями.

5. У статтях 354, 368, 368[3] і 368[4] цього Кодексу під вимаганням неправомірної вигоди слід розуміти вимогу щодо надання неправомірної вигоди з погрозою вчинення дій або бездіяльності з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища стосовно особи, яка надає неправомірну вигоду, або умисне створення умов, за яких особа вимушена надати неправомірну вигоду з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

(Стаття 354 в редакції Законів № 221-VII від 18.04.2013, № 1261-VII від 13.05.2014; із змінами, внесеними згідно із Законами № 198-VIII від 12.02.2015, № 770-VIII від 10.11.2015)

Стаття 355. Примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань

1. Примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань, тобто вимога виконати чи не виконати договір, угоду чи інше цивільно-правове зобов'язання з погрозою насильства над потерпілим або його близькими родичами, пошкодження чи знищення їх майна за відсутності ознак вимагання, –

карається виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань, вчинене повторно або за попередньою змовою групою осіб, або із погрозою вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, або поєднане з насильством, що не є небезпечним для життя і здоров'я, або з пошкодженням чи знищенням майна, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

3. Примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань, вчинене організованою групою або поєднане з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я, або таке, що завдало великої шкоди чи спричинило інші тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від чотирьох до восьми років.

Стаття 356. Самоправство

Самоправство, тобто самовільне, всупереч установленому законом порядку, вчинення будь-яких дій, правомірність яких оспорюється окремим громадянином або підприємством, установою чи організацією, якщо такими діями була заподіяна значна шкода інтересам громадянина, державним чи громадським інтересам або інтересам власника, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до трьох місяців.

Стаття 357. Викрадення, привласнення, вимагання документів, штампів, печаток, заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем або їх пошкодження

1. Викрадення, привласнення, вимагання офіційних документів, штампів чи печаток або заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання особи своїм службовим становищем, а так само їх умисне знищення, пошкодження чи приховування, а також здійснення таких самих дій відносно приватних документів, що знаходяться на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності, вчинене з корисливих мотивів або в інших особистих інтересах, –

караються штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, якщо вони спричинили порушення роботи підприємства, установи чи організації або вчинені щодо особливо важливих документів, штампів, печаток, –

караються штрафом до сімдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

3. Незаконне заволодіння будь-яким способом паспортом або іншим важливим особистим документом –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до трьох місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

Стаття 358. Підроблення документів, печаток, штампів та бланків, збут чи використання підроблених документів, печаток, штампів

1. Підроблення посвідчення або іншого офіційного документа, який видається чи посвідчується підприємством, установою, організацією, громадянином-підприємцем, нотаріусом, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, особою, яка уповноважена на виконання функцій держави щодо реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, державним виконавцем, приватним виконавцем, аудитором чи іншою особою, яка має право видавати чи посвідчувати такі документи, і який надає права або звільняє від обов'язків, з метою використання його підроблювачем чи іншою особою або збут такого документа, а також виготовлення підроблених печаток, штампів чи бланків підприємств, установ чи організацій незалежно від форми власності, інших офіційних печаток, штампів чи бланків з тією самою метою або їх збут –

караються штрафом до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Складання чи видача працівником юридичної особи незалежно від форми власності, який не є службовою особою, складання чи видача приватним підприємцем, аудитором, експертом, оцінювачем, адвокатом, нотаріусом, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, особою, яка уповноважена на виконання функцій держави щодо реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, державним виконавцем, приватним виконавцем або іншою особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних чи адміністративних послуг, завідомо підроблених офіційних документів, які посвідчують певні факти, що мають юридичне значення або надають

певні права чи звільняють від обов'язків, підроблення з метою використання або збуту посвідчень, інших офіційних документів, що складені у визначеній законом формі та містять передбачені законом реквізити, виготовлення підроблених офіційних печаток, штампів чи бланків з метою їх збуту або їх збут чи збут завідомо підроблених офіційних документів, у тому числі особистих документів особи, –

караються штрафом до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк від трьох до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

4. Використання завідомо підробленого документа –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років.

Примітка. Під офіційним документом у цій статті та статтях 357 і 366 цього Кодексу слід розуміти документи, що містять зафіксовану на будь-яких матеріальних носіях інформацію, яка підтверджує чи посвідчує певні події, явища або факти, які спричинили чи здатні спричинити наслідки правового характеру, чи може бути використана як документи – докази у правозастосовчій діяльності, що складаються, видаються чи посвідчуються повноважними (компетентними) особами органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми, а також окремими громадянами, у тому числі самозайнятими особами, яким законом надано право у зв'язку з їх професійною чи службовою діяльністю складати, видавати чи посвідчувати певні види документів, що складені з дотриманням визначених законом форм та містять передбачені законом реквізити.

(Стаття 358 із змінами, внесеними згідно з Законом № 1508-VI від 11.06.2009 – зміни втратили чинність на підставі Закону № 2808-VI від 21.12.2010; в редакції Закону № 3207-VI від 07.04.2011; із змінами, внесеними згідно із Законом № 1666-VIII від 06.10.2016)

Стаття 359. Незаконні придбання, збут або використання спеціальних технічних засобів отримання інформації

1. Незаконне придбання або збут спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, а також незаконне їх використання –

караються штрафом від двохсот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до чотирьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

караються позбавленням волі на строк від чотирьох до семи років.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою або якщо вони заподіяли істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб, –

караються позбавленням волі на строк від семи до десяти років.

(Стаття 359 в редакції Закону № 2338-VI від 15.06.2010)

§1. Норми міжнародного права
щодо права на свободу одержувати і передавати інформацію

359.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«***Стаття 10. Свобода вираження поглядів***

1. Кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної

влади і незалежно від кордонів. Ця стаття не перешкоджає державам вимагати ліцензування діяльності радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств.

2. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

§3. Рішення ЄСПЛ
у справах щодо використання спеціальних технічних засобів отримання інформації

359.1.3. Справа «Brambilla and others v. Italy»
Фактичні обставини:

Перший заявник є директором місцевої газети, а інші два заявники – журналісти, які працюють у газеті. У серпні 2002 року заявники прослухали розмову, під час якої карабінери вирішили відправити патруль до місця, де зброя зберігалася незаконно. Другий та третій заявники прибули на місце, коли там були карабінери. Після отримання ордера карабінери обшукали автомобіль журналістів та знайшли два предмети обладнання, здатного перехоплювати поліційний радіозв'язок. Пізніше вони зайшли в офіси газети та вилучили два прилади, налаштовані на радіочастоти, що використовуються карабінерами. Інші частоти, що використовуються поліцейськими операційними центрами, зберігалися в пам'яті обладнання.

Заявники були засуджені за скаргою та отримали покарання у вигляді позбавлення волі від шести місяців до одного року та трьох місяців. Спеціальне радіообладнання було конфісковане. Апеляційний суд призупинив покарання. Проте касаційний суд відхилив апеляції, подані заявниками.

Рішення ЄСПЛ:
(неофіційний авторський переклад)

«55. Усі особи, включаючи журналістів, які здійснюють свою свободу вираження, беруть на себе «обов'язки та відповідальність», масштаби яких залежать від їх положення і технічних засобів, які вони використовують. Таким чином, незважаючи на життєво важливу роль преси в демократичному суспільстві, журналісти не можуть в принципі звільнятися від свого обов'язку підкорятися звичайним кримінальним законам на тій підставі, що стаття 10 надає їм захист. Крім того, пункт 2 статті 10 Конвенції не гарантує повністю необмежену свободу вираження думок навіть щодо висвітлення в пресі питань, що становлять серйозний громадський інтерес.

(…)

61. У цій справі Суд зауважує, що заявникам не було заборонено публікувати новини для громадськості. Їх було засудження за володіння та використання радіообладнання для перехоплення поліцейських повідомлень, які були конфіденційними відповідно до національного законодавства. Межі заборони важливі для оцінки її пропорційності.

62. У зв'язку з цим Суд вважає, що рішення Міланського апеляційного суду та Касаційного суду про те, що повідомлення між правоохоронними органами були конфіденційними, і що дії заявників, таким чином, повинні бути класифіковані як кримінальна поведінка, були належним чином обґрунтовані. (…)

(…)

64. Суд нагадує, що концепція відповідальної журналістики вимагає, щоб коли журналістська поведінка порушує обов'язок дотримуватися звичайного кримінального законодавства, журналіст повинен знати, що він або вона підлягають юридичним санкціям, включаючи кримінальний характер.

65. У цій справі, намагаючись отримати інформацію для публікації в місцевій газеті, заявники діяли так, що відповідно до внутрішнього законодавства і врегульованого підходу Касаційно-

го суду це суперечить нормам кримінального права, якому міститься загальна заборона на перехоплення будь-яких розмов, не призначених для винної особи, у тому числі між працівниками правоохоронних органів. Заявники використовували спеціальне радіоустаткування для доступу до частот, що використовуються поліцією або карабінерами.

Беручи до уваги вищевказані фактори, Суд приходить до висновку про те, що в цій справі не було порушення статті 10 Конвенції». [Brambilla and others v. Italy (22567/09). ECHR 2016-VI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–164526]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 359 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

359.4.1. Правова позиція ЄСПЛ: притягнення до відповідальності журналістів за використання ними спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації для перехоплення радіопереговорів поліції не визнано порушенням ст. 10 Конвенції оскільки в таких випадках інтереси національної безпеки, запобігання заворушенням чи злочинам переважають інтереси оперативного інформування суспільства про вчинення злочинів.

(Див.: 359.3.1)

359.4.2. Кримінально-правова кваліфікація діянь за статтями Особливої частини КК, у яких для характеристики складу відповідних злочинів використана така ознака, як «незаконність» («незаконне придбання», «незаконне використання»), має здійснюватися з урахуванням правової позиції ЄСПЛ, за якою термін «закон» включає в себе також підзаконні акти (якщо інше не вказано безпосередньо законодавцем). При цьому вказані закони і підзаконні акти мають відповідати загальним принципам якості: бути сформульовані з достатньою чіткістю, щоб особа могла регулювати свою поведінку, мала можливість – за необхідності за належної правової допомоги – передбачити наслідки, до яких може призвести невиконання певної норми.

(Див.: 0.4.9; 0.4.10; 0.4.13 – підп. 2)

Кваліфікація порушення особою закону (підзаконного нормативного акта), який не відповідає зазначеним принципам, формально може бути правильною, але одночасно означати вірогідність вердикту ЄСПЛ про те, що притягнення до кримінальної відповідальності відбулося з порушенням Конвенції.

321.4.3. Цей злочин слід відмежовувати від адміністративного правопорушення «Незаконне зберігання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації» (ст.195[5] КпАП). Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» в розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за ст. 195[5] КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за ст. 359 КК України, існує вірогідність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 360. Умисне пошкодження ліній зв'язку

Умисне пошкодження кабельної, радіорелейної, повітряної лінії зв'язку, проводового мовлення або споруд чи обладнання, які входять до їх складу, якщо воно спричинило тимчасове припинення зв'язку, –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до одного року, або обмеженням волі на строк до двох років.

§1. Норми міжнародного права
щодо охорони ліній зв'язку

360.1.1. Конвенція про відкрите море
(ООН, від 29.04.1958)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«***Статья 27***
Каждое государство обязано принимать необходимые законодательные меры, предусматривающие, что разрыв или повреждение подводного кабеля в открытом море каким-либо судном, плавающим под его флагом, или каким-либо лицом, подчиненным его юрисдикции, совершаемые намеренно или в силу преступной небрежности таким образом, что могут прервать или затруднить телеграфную или телефонную связь, и, равным образом, разрыв или повреждение подводного трубопровода или высоковольтного кабеля при подобных обстоятельствах являются наказуемым деянием. Это постановление не относится к разрывам или повреждениям, причиняемым лицами, действующими исключительно с правомерной целью спасения своей жизни или своих судов, после принятия всех мер предосторожности для избежания таких разрывов или повреждений». [Конвенція про відкрите море. (ООН, від 29.04.1958). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_180]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності
норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 360 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

360.4.1. До предметів цього злочину належать лінії зв'язку як на території України, так і у відкритому морі. Відповідальність за пошкодження ліній зв'язку у відкритому морі настає за ст. 360 з урахуванням положень статей 7–9 КК України. У випадках, коли дії, що призвели до пошкодження ліній зв'язку, вчинені для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожувала особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави (наприклад, використання якоря для попередження катастрофи морського судна під час шторму), вчинене оцінюється за правилами ст. 39 КК України.
(Див.: 360.1.1)

360.4.2. Цей злочин слід відмежовувати від адміністративного правопорушення «Порушення правил охорони ліній і споруд зв'язку» (ст.147 КпАП). Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» в розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за ст. 147 КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за ст. 360 КК України, існує вірогідність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».
(Див.: 1.4.13)

Розділ XVI. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ЕЛЕКТРОННО-ОБЧИСЛЮВАЛЬНИХ МАШИН (КОМП'ЮТЕРІВ), СИСТЕМ ТА КОМП'ЮТЕРНИХ МЕРЕЖ І МЕРЕЖ ЕЛЕКТРОЗВ'ЯЗКУ

(Назва розділу XVI із змінами, внесеними згідно із Законом № 908-IV від 05.06.2003)

Стаття 361. Несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку

1. Несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку, що призвело до витоку, втрати, підробки, блокування інформації, спотворення процесу обробки інформації або до порушення встановленого порядку її маршрутизації, –

карається штрафом від шестисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, або позбавленням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до двох років або без такого.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони заподіяли значну шкоду, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. Значною шкодою у статтях 361-363[1], якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 361 в редакції Законів № 908-IV від 05.06.2003, № 2289-IV від 23.12.2004; із змінами, внесеними згідно із Законом № 770-VIII від 10.11.2015)

Стаття 361[1]. Створення з метою використання, розповсюдження або збуту шкідливих програмних чи технічних засобів, а також їх розповсюдження або збут

1. Створення з метою використання, розповсюдження або збуту, а також розповсюдження або збут шкідливих програмних чи технічних засобів, призначених для несанкціонованого втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку, –

караються штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони заподіяли значну шкоду, –

караються позбавленням волі на строк до п'яти років.

(Кодекс доповнено статтею 361[1] згідно із Законом № 2289-IV від 23.12.2004; із змінами, внесеними згідно із Законом № 770-VIII від 10.11.2015)

Стаття 361[2]. Несанкціоновані збут або розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка зберігається в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або на носіях такої інформації

1. Несанкціоновані збут або розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка зберігається в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або на носіях такої інформації, створеної та захищеної відповідно до чинного законодавства, –

караються штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк до двох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони заподіяли значну шкоду, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

(Кодекс доповнено статтею 361[2] згідно із Законом № 2289-IV від 23.12.2004; із змінами, внесеними згідно із Законом № 770-VIII від 10.11.2015)

(Статтю 361[3] виключено на підставі Закону № 767-VII від 23.02.2014)

(Статтю 361[4] виключено на підставі Закону № 767-VII від 23.02.2014)

Стаття 362. Несанкціоновані дії з інформацією, яка оброблюється в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї

1. Несанкціоновані зміна, знищення або блокування інформації, яка оброблюється в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах чи комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї, –

караються штрафом від шестисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років.

2. Несанкціоновані перехоплення або копіювання інформації, яка оброблюється в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, якщо це призвело до її витоку, вчинені особою, яка має право доступу до такої інформації, –

караються позбавленням волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на той самий строк.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони заподіяли значну шкоду, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 362 в редакції Закону № 2289-IV від 23.12.2004; із змінами, внесеними згідно із Законом № 770-VIII від 10.11.2015)

(Статтю 362[1] виключено на підставі Закону № 767-VII від 23.02.2014)

Стаття 363. Порушення правил експлуатації електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку або порядку чи правил захисту інформації, яка в них оброблюється

Порушення правил експлуатації електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку або порядку чи правил захисту інформації, яка в них оброблюється, якщо це заподіяло значну шкоду, вчинені особою, яка відповідає за їх експлуатацію, –

караються штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на той самий строк.

(Стаття 363 в редакції Закону № 2289-IV від 23.12.2004)

Стаття 363[1]. Перешкоджання роботі електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку шляхом масового розповсюдження повідомлень електрозв'язку

1. Умисне масове розповсюдження повідомлень електрозв'язку, здійснене без попередньої згоди адресатів, що призвело до порушення або припинення роботи електронно-обчислю-

вальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку, –

карається штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, якщо вони заподіяли значну шкоду, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Кодекс доповнено статтею 363[1] згідно із Законом № 2289-IV від 23.12.2004; із змінами, внесеними згідно із Законом № 770-VIII від 10.11.2015)

§1. Норми міжнародного права
щодо кіберзлочинності

361.1.1 Конвенція про кіберзлочинність
(Рада Європи, від 23.11.2001)
(ратифіковано із застереженнями і заявами [1] Законом від 07.09.2005)
*«**Стаття 1. Визначення***
Для цілей цієї Конвенції:
a. «комп'ютерна система» означає будь-який пристрій або групу взаємно поєднаних або пов'язаних пристроїв, один чи більш з яких, відповідно до певної програми, виконує автоматичну обробку даних;
b. «комп'ютерні дані» означає будь-яке представлення фактів, інформації або концепцій у формі, яка є придатною для обробки у комп'ютерній системі, включаючи програму, яка є придатною для того, щоб спричинити виконання певної функції комп'ютерною системою;
(…)
Заголовок 1- Правопорушення проти конфіденційності, цілісності та доступності комп'ютерних даних і систем
Стаття 2. Незаконний доступ
Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності відповідно до її внутрішнього законодавства за навмисний доступ до цілої комп'ютерної системи або її частини без права на це. Сторона може вимагати, щоб таке правопорушення було вчинене шляхом порушення заходів безпеки з метою отримання комп'ютерних даних або з іншою недобросовісною метою, або по відношенню до комп'ютерної системи, поєднаної з іншою комп'ютерною системою.
Стаття 3. Нелегальне перехоплення
Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності відповідно до її внутрішнього законодавства за навмисне перехоплення технічними засобами, без права на це, передач комп'ютерних даних, які не є призначеними для публічного користування, які проводяться з, на або всередині комп'ютерної системи, включаючи електромагнітні випромінювання комп'ютерної системи, яка містить в собі такі комп'ютерні дані. Сторона може вимагати, щоб таке правопорушення було вчинене з недобросовісною метою або по відношенню до комп'ютерної системи, поєднаної з іншою комп'ютерною системою.
Стаття 4. Втручання у дані
1. Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності відповідно до її внутрішнього законодавства за на-

[1] «Україна залишає за собою право не застосовувати пункт 1 статті 6 Конвенції в частині встановлення кримінальної відповідальності за виготовлення, придбання для використання, надання для використання іншим чином предметів, зазначених у підпункті 1.a.i, та виготовлення і придбання для використання предметів, зазначених у підпункті 1.a.ii статті 6 Конвенції»

вмисне пошкодження, знищення, погіршення, зміну або приховування комп'ютерної інформації без права на це.

2. Сторона може залишити за собою право вимагати, щоб поведінка, описана у пункті 1, завдавала серйозну шкоду.

Стаття 5. Втручання у систему

Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності відповідно до її внутрішнього законодавства за навмисне серйозне перешкоджання функціонуванню комп'ютерної системи шляхом введення, передачі, пошкодження, знищення, погіршення, заміни або приховування комп'ютерних даних без права на це.

Стаття 6. Зловживання пристроями

1. Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності відповідно до її внутрішнього законодавства за навмисне вчинення, без права на це:

a. виготовлення, продажу, придбання для використання, розповсюдження або надання для використання іншим чином:

i. пристроїв, включаючи комп'ютерні програми, створених або адаптованих, в першу чергу, з метою вчинення будь-якого зі злочинів, перерахованих у статтях 2–5 вище;

ii. комп'ютерних паролів, кодів доступу або подібних даних, за допомогою яких можна здобути доступ до усієї або частини комп'ютерної системи з наміром використання її для вчинення будь-якого зі злочинів, перерахованих у статтях 2–5; та

b. володіння предметом, перерахованим у підпунктах a.i або ii вище, з наміром його використання для вчинення будь-якого зі злочинів, перерахованих у статтях 2–5. Сторона може передбачити у законодавстві, що для встановлення кримінальної відповідальності необхідно володіти певною кількістю таких предметів.

2. Ця стаття не тлумачиться як така, що встановлює кримінальну відповідальність у разі, якщо виготовлення, продаж, придбання для використання, розповсюдження чи надання для використання іншим чином або володіння, зазначені у пункті 1 цієї статті, не призначені для вчинення будь-якого зі злочинів, перерахованих у статтях 2–5 цієї Конвенції, такі як дозволене випробування або захист комп'ютерної системи.

3. Кожна Сторона може залишити за собою право не застосовувати пункт 1 цієї статті, за умови, що таке застереження не стосується продажу, розповсюдження або надання для використання іншим чином предметів, перерахованих у підпункті 1.a.ii цієї статті.

Заголовок 2. Правопорушення, пов'язані з комп'ютерами

Стаття 7. Підробка, пов'язана з комп'ютерами

Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності відповідно до її внутрішнього законодавства за навмисне вчинення, без права на це, введення, зміни, знищення або приховування комп'ютерних даних, яке призводить до створення недійсних даних з метою того, щоб вони вважались або відповідно до них проводилися б законні дії, як з дійсними, незалежно від того, можна чи ні такі дані прямо прочитати і зрозуміти. Сторона може вимагати наявність наміру обману або подібної нечесної поведінки для встановлення кримінальної відповідальності.

Стаття 8. Шахрайство, пов'язане з комп'ютерами

Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності відповідно до її внутрішнього законодавства за навмисне вчинення, без права на це, дій, що призводять до втрати майна іншої особи шляхом:

a. будь-якого введення, зміни, знищення чи приховування комп'ютерних даних,

b. будь-якого втручання у функціонування комп'ютерної системи, з шахрайською або нечесною метою набуття, без права на це, економічних переваг для себе чи іншої особи». [Конвенція про кіберзлочинність (Рада Європи, від 23.11.2001). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_575/]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо вчинення злочинів у сфері використання комп'ютерів

361.3.1. Справа «K. U. v. Finland»
Фактичні обставини:

15 березня 1999 року невідома особа чи особи розмістили рекламне оголошення на сайті знайомств у інтернеті від імені заявника, якому тоді було 12 років, без його відома. У повідомленні згадувалися його вік та рік народження, давався детальний опис його фізичних характеристик, наводився лінк на веб-сторінку, яку він мав на той час, де було зображено його фото, а також телефонний номер, який був правильний за винятком однієї цифри. У повідомленні стверджувалося, що заявник прагнув інтимних відносин з хлопцем його віку чи старше, який би «показав би йому як це робиться».

Рішення ЄСПЛ:

«40. Суд передусім зазначає, що заявник, неповнолітня особа 12 років у відповідний період, був об'єктом оголошення сексуального характеру на інтернет-сайті знайомств. Інформацію про особу того, хто розмістив оголошення, проте, не можливо було отримати від постачальника інтернет-послуг через законодавство, яке діяло на той час.

41. Застосовність статті 8 не оспорюється: факти, які лежать в основі заяви, стосуються питання «приватного життя» – поняття, що охоплює фізичну та душевну недоторканність особи. Хоча ця справа розглядається за термінологією національного законодавства як зловмисне введення в оману, Суд волів би підкреслити саме ці аспекти поняття приватного життя, з огляду на потенційну загрозу фізичному та душевному спокою заявника, до якої призвела оскаржувана ситуація, та на його вразливість через його ранній вік.

42. Суд повторює, що хоча метою статті 8 є насамперед захист особи проти свавільного втручання з боку державних органів, вона не лише зобов'язує державу утриматися від такого втручання: на додаток до цього первинного негативного зобов'язання, можуть існувати позитивні обов'язки, які складають ефективний захист приватного або сімейного життя.

43. Ці обов'язки можуть включати вжиття заходів, спрямованих на забезпечення поваги до приватного життя навіть у сфері відносин осіб між собою. Існують різні способи забезпечення поваги до приватного життя і суть обов'язку держави залежатиме від конкретного аспекту приватного життя, про який йдеться. Хоча вибір засобів для забезпечення додержання статті 8 у сфері захисту від дій осіб знаходиться, у принципі, у межах розсуду держави, дієве попередження тяжких діянь, які ставлять під загрозу основоположні цінності та найважливіші аспекти приватного життя, вимагає ефективних положень кримінального права.

44. Межі розсуду національних органів, проте, обмежуються положеннями Конвенції. Оскільки Конвенція є насамперед і головним чином системою захисту прав людини, Суд при її тлумаченні повинен зважати на мінливі умови всередині Договірних держав та реагувати, наприклад, на будь-яку еволюцію наближення до стандартів, яких слід досягнути.

(…)

46. Уряд погодився, що на момент подій у справі оператору сервера не можна було наказати надати інформацію, яка ідентифікувала порушника. Уряд стверджував, що захист забезпечувався завдяки простому існуванню кримінального правопорушення зловмисного введення в оману та можливості пред'явлення обвинувачення чи позову про відшкодування шкоди проти оператора сервера. Щодо першого, то Суд зазначає, що існування порушення має обмежений стримуючий ефект, якщо не існує засобів для ідентифікації справжнього порушника та притягнення його до відповідальності. Тут Суд зауважує, що він не виключає можливості того, що позитивні обов'язки держави за статтею 8 стосовно гарантування фізичної чи душевної недоторканності особи можуть поширюватися на питання, пов'язані з ефективністю кримінального розслідування, навіть коли не йдеться про кримінальну відповідальність представників держави. З точки зору Суду, держави мають позитивний обов'язок, що випливає зі статті 8 Конвенції, установити кримінальну відповідальність за правопорушення проти особи, у тому числі замах на такі правопорушення, а також посилити стримуючий ефект такої криміналізації, застосовуючи положення кримінального закону на практиці шляхом ефективного розслідування та кримінального переслідування. Там, де

виникає загроза фізичному чи душевному спокою дитини, такі заходи набувають навіть ще більшої важливості. Суд нагадує у цьому зв'язку, що сексуальне насильство є безсумнівно огидним типом правопорушення з украй негативними наслідками для його жертв. Діти та інші вразливі особи мають право на захист держави, у вигляді дієвого стримування, від таких тяжких форм втручання в надзвичайно важливі аспекти їхнього приватного життя.

(…)

48. Суд згоден, що з огляду на складності, пов'язані з підтриманням правопорядку у сучасному суспільстві, позитивний обов'язок слід розуміти таким чином, щоб не покладати неможливий чи непропорційний тягар на органи влади або, як у цій справі, на законодавця. Іншою обставиною, яку слід брати до уваги, це потреба забезпечення того, щоб повноваження з контролю, запобігання та розслідування злочинів здійснювалися у спосіб, що повною мірою забезпечує належну юридичну процедуру та інші гарантії, які правомірно покладають обмеження на розслідування злочинів та притягнення порушників до відповідальності, у тому числі гарантії, що містяться у статтях 8 та 10 Конвенції – гарантії, на які можуть покладатися самі порушники. Суд сприймає довід Уряду, що будь-який законодавчий недолік слід розглядати в його соціальному контексті у відповідний період часу. Водночас Суд зауважує, що відповідний інцидент стався у 1999 році, тобто тоді, коли було добре відомо, що інтернет, саме через його анонімний характер, може бути використаний у злочинних цілях. Також у попереднє десятиріччя широко поширеною стала проблема сексуального насильства над дітьми. Тому не можна сказати, що держава-відповідач не мала можливості запровадити систему захисту дітей від спрямованих на них атак педофілів через інтернет.

49. Суд вважає, що практичний та дієвий захист заявника вимагав вжиття дієвих кроків для ідентифікації та кримінального переслідування порушника, тобто особи, яка розмістила оголошення. У цій справі такий захист не був наданий. Ефективне розслідування ніколи не могло бути розпочато через переважаючу вимогу конфіденційності. Хоча свобода вираження поглядів та конфіденційність комунікацій є надзвичайно важливими, а користувачі телекомунікаційних та інтернет-послуг повинні мати гарантію, що їхня власна приватність та свобода вираження поглядів буде поважатися, така гарантія не може бути абсолютною і в окремих випадках повинна поступатися іншим правомірним вимогам, таким як запобігання заворушенням чи злочинам або захист прав і свобод інших осіб. Не упереджуючи питання того, чи можуть дії особи, яка розмістила неналежне оголошення в інтернеті, підлягати захисту за статтями 8 та 10, враховуючи природу цього оголошення, що варта осуду, це тим не менше є завданням законодавця створити механізми для узгодження різних вимог, які конкурують за захист у цьому контексті. Такі механізми, проте, були відсутні на момент подій у справі, що призвело до того, що позитивний обов'язок Фінляндії по відношенню до заявника не міг бути реалізований. Цей недолік було пізніше виправлено. Проте механізми, запроваджені Законом про здійснення свободи вираження поглядів у засобах масової інформації, з'явилися запізно для заявника.

50. Суд вирішує, що в цій справі мало місце порушення статті 8». [K. U. v. Finland (2872/02). ECHR 2008-XII. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117605]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 361–363_1 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

361.4.1. Правова позиція ЄСПЛ: гарантія приватності (анонімності) та свободи вираження поглядів користувачів телекомунікаційних та інтернет-послуг не може бути абсолютною і в окремих випадках повинна поступатися правомірним вимогам розслідування злочинів, у т.ч. злочинів, вчинених у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку.

(Див.: 361.3.1)

Розділ XVII. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

(Назва розділу XVII в редакції Закону № 3207-VI від 07.04.2011)

Стаття 364. Зловживання владою або службовим становищем

1. Зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, –

карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, із штрафом від двохсот п'ятдесяти до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, зі штрафом від п'ятисот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(Частину третю статті 364 виключено на підставі Закону № 746-VII від 21.02.2014)

Примітка. 1. Службовими особами у статтях 364, 368, 368^2, 369 цього Кодексу є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Для цілей статей 364, 368, 368^2, 369 цього Кодексу до державних та комунальних підприємств прирівнюються юридичні особи, у статутному фонді яких відповідно державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства.

2. Службовими особами також визнаються посадові особи іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), а також іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи будь-які інші особи, уповноважені такою організацією діяти від її імені), члени міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, та судді і посадові особи міжнародних судів.

3. Істотною шкодою у статтях 364, 364^1, 365, 365^2, 367 вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

4. Тяжкими наслідками у статтях 364–367 вважаються такі наслідки, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 364 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1508-VI від 11.06.2009 – зміни по Закону № 1508-VI втратили чинність на підставі Закону № 2808-VI від

21.12.2010; в редакції Закону № 3207-VI від 07.04.2011; із змінами, внесеними згідно із Законами № 222-VII від 18.04.2013, № 746-VII від 21.02.2014, № 1261-VII від 13.05.2014, № 770-VIII від 10.11.2015)

Стаття 364[1]. Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми

1. Зловживання повноваженнями, тобто умисне, з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб використання всупереч інтересам юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми службовою особою такої юридичної особи своїх повноважень, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, –

карається штрафом від ста п'ятдесяти до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до трьох місяців, або обмеженням волі на строк до двох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до двох років.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, –

карається штрафом від чотирьохсот до дев'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк від трьох до шести років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. У статтях 364, 364[1], 365[2], 368, 368[3], 368[4], 369, 369[2] та 370 цього Кодексу під неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав.

(Кодекс доповнено статтею 364[1] згідно із Законом № 3207-VI від 07.04.2011; із змінами, внесеними згідно із Законами № 4025-VI від 15.11.2011, № 221-VII від 18.04.2013, № 746-VII від 21.02.2014, № 1261-VII від 13.05.2014, № 198-VIII від 12.02.2015, № 770-VIII від 10.11.2015)

Стаття 365. Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу

1. Перевищення влади або службових повноважень, тобто умисне вчинення працівником правоохоронного органу дій, які явно виходять за межі наданих йому прав чи повноважень, якщо вони завдали істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони супроводжувалися насильством або погрозою застосування насильства, застосуванням зброї чи спеціальних засобів або болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями, за відсутності ознак катування, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від семи до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 365 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 1508-VI від 11.06.2009, № 2808-VI від 21.12.2010; в редакції Законів № 3207-VI від 07.04.2011, № 746-VII від 21.02.2014)

§1. Норми міжнародного права
щодо використання влади або службових повноважень працівниками правоохоронних органів

365.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
Стаття 5
Ніхто не повинен зазнавати тортур, або жорстокого, нелюдського, або такого, що принижує його гідність, поводження і покарання». [Загальна декларація прав людини (ООН, від 10.12.1948). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

365.1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
*«**Стаття 3. Заборона катування***
Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

365.1.3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 16.12.1966).
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)
*«**Стаття 7***
Нікого не може бути піддано катуванню чи жорстокому, нелюдському або принижуючому гідність поводженню чи покаранню (…) ». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

365.1.4. Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку
(ООН, від 17.12.1979)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
*«**Статья 2***
При выполнении своих обязанностей должностные лица по поддержанию правопорядка уважают и защищают человеческое достоинство и поддерживают и защищают права человека по отношению ко всем лицам.
(…)
Статья 3
Должностные лица по поддержанию правопорядка могут применять силу только в случае крайней необходимости и в той мере, в какой это требуется для выполнения их обязанностей.
Комментарий:
a) В этом положении подчеркивается, что применение силы должностными лицами по поддержанию правопорядка должно носить исключительный характер; хотя оно подразумевает, что должностные лица по поддержанию правопорядка могут быть уполномочены на применение силы, какая является разумно необходимой при данных обстоятельствах, в целях предупреждения преступления или при проведении правомерного задержания правонарушителей или подозреваемых правонарушителей или при оказании помощи, при таком задержании не может применяться сила, превышающая необходимые для этих целей пределы.
b) Национальное законодательство, как правило, ограничивает применение силы должностными лицами по поддержанию правопорядка в соответствии с принципом пропорциональности. Это следует понимать таким образом, что при толковании этого положения должны уважаться эти национальные принципы пропорциональности. Это положение ни в коем случае не толкуется таким образом, будто оно уполномочивает на применение такой силы, какая является несоразмерной законной цели, которой нужно достичь.

c) Применение огнестрельного оружия считается крайней мерой. Следует приложить все усилия к тому, чтобы исключить применение огнестрельного оружия, особенно против детей. Как правило, огнестрельное оружие не должно применяться, за исключением случаев, когда подозреваемый правонарушитель оказывает вооруженное сопротивление или иным образом ставит под угрозу жизнь других и когда другие меры, имеющие менее исключительный характер, недостаточны для осуждения или задержания подозреваемого правонарушителя. О каждом случае применения огнестрельного оружия должно быть незамедлительно сообщено компетентным властям.

Статья 5

Ни одно должностное лицо по поддержанию правопорядка не может осуществлять, подстрекать или терпимо относиться к любому действию представляющему собой пытку или другие жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания, и ни одно должностное лицо по поддержанию правопорядка не может ссылаться на распоряжения вышестоящих лиц или такие исключительные обстоятельства, как состояние войны или угроза войны, угроза национальной безопасности, внутренняя политическая нестабильность или любое другое чрезвычайное положение для оправдания пыток или других жестоких бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

Комментарий:

a) Этот запрет вытекает из принятой Генеральной Ассамблеей Декларации о защите всех лиц от пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, согласно которой:

«(такое действие является) оскорблением человеческого достоинства и осуждается как нарушение целей Устава Организации Объединенных Наций и нарушение прав человека и основных свобод, провозглашенных во Всеобщей декларации прав человека (и других международных документах, касающихся прав человека)».

b) Декларация определяет пытку следующим образом:

«… пытка означает любое действие, посредством которого человеку намеренно причиняется сильная боль или страдание, физическое или умственное, со стороны официального лица или по его подстрекательству с целью получения от него или от третьего лица информации или признаний, наказания его за действия, которые он совершил или в совершении которых подозревается, или запугивания его или других лиц. В это толкование не включается боль или страдание, возникающие только из-за законного лишения свободы, ввиду состояния, присущего этому или вследствие этого, в той степени, насколько это совместимо с Минимальными стандартными правилами обращения с заключенными».

c) Выражение «жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания» не было определено Генеральной Ассамблеей, но его следует истолковывать таким образом, чтобы предоставлялась по возможности наиболее широкая защита от злоупотреблений как физического, так и психологического характера». [Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку (ООН, від 17.12.1979). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_282]

365.1.5. Основні принципи Організації Об'єднаних Націй щодо використання сили і вогнепальної зброї посадовими особами правоохоронних органів

(ООН, від 07.09.1990)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«4. Должностные лица по поддержанию правопорядка при осуществлении своих функций, насколько это возможно, используют ненасильственные средства до вынужденного применения силы или огнестрельного оружия. Они могут применять силу и огнестрельное оружие только в тех случаях, когда другие средства являются неэффективными или не дают каких-либо надежд на достижение намеченного результата.

5. Во всех случаях, когда применение силы или огнестрельного оружия неизбежно, должностные лица по поддержанию правопорядка:

a) проявляют сдержанность в таком применении силы и действуют исходя из серьезности правонарушения и той законной цели, которая должна быть достигнута;

b) сводят к минимуму возможность причинения ущерба и нанесения ранений и охраняют человеческую жизнь;

c) обеспечивают предоставление медицинской и другой помощи любым раненым или пострадавшим лицам в самые кратчайшие сроки;

d) обеспечивают, чтобы родственники или близкие друзья раненых или пострадавших лиц уведомлялись в как можно более короткий срок.

6. Если применение должностными лицами по поддержанию правопорядка силы или огнестрельного оружия приводит к ранению или смерти, они немедленно сообщают об этом вышестоящему начальству в соответствии с принципом 22.

7. Правительства обеспечивают, чтобы произвольное или злонамеренное применение силы или огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка каралось в соответствии с их законом как уголовное преступление.

8. Чрезвычайные обстоятельства, такие, как внутренняя политическая нестабильность или любые другие чрезвычайные общественные явления, не могут служит оправданием для любого отхода от настоящих Основных принципов.

Специальные положения

9. Должностные лица по поддержанию правопорядка не применяют огнестрельного оружия против людей, за исключением случаев самообороны или защиты других лиц от неминуемой угрозы смерти или серьезного ранения или с целью предотвращения совершения особо серьезного преступления, влекущего за собой большую угрозу для жизни, с целью ареста лица, представляющего такую опасность, сопротивляющегося их власти, или с целью предотвращения его побега и лишь в тех случаях, когда менее решительные меры недостаточны для достижения этих целей. **В любом случае преднамеренное применение силы со смертельным исходом может иметь место лишь тогда, когда оно абсолютно неизбежно для защиты жизни**.

10. При обстоятельствах, предусмотренных в принципе 9, должностные лица по поддержанию правопорядка представляются в качестве таковых и дают четкое предупреждение о намерении применить огнестрельное оружие, предоставляя достаточно время для ответной реакции на это предупреждение, за исключением тех случаев, когда эти действия создают для должностных лиц по поддержанию правопорядка ненужную опасность или создают опасность смерти или нанесения серьезного ущерба другим лицам, или же были бы явно неуместными или ненужными при создавшихся обстоятельствах инцидента.

11. Нормы и положения о применении огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка включают руководящие принципы, которые:

a) определяют обстоятельства, при которых должностные лица по поддержанию правопорядка уполномочены носить огнестрельное оружие, и оговаривают разрешенные виды огнестрельного оружия и боеприпасов;

b) обеспечивают, чтобы огнестрельное оружие применялось лишь в надлежащих обстоятельствах и таким образом, чтобы можно было бы уменьшить опасность причинения чрезмерного ущерба;

c) запрещают применение таких видов огнестрельного оружия и боеприпасов, которые наносят чрезвычайно тяжелые ранения или служат источником неоправданного риска;

d) регулируют контроль, хранение и выдачу огнестрельного оружия, включая процедуры, обеспечивающие подотчетность должностных лиц по поддержанию правопорядка за выданное им огнестрельное оружие и боеприпасы;

e) определяют предупреждения, которые в соответствующих случаях даются перед выстрелом из огнестрельного оружия;

f) предусматривают систему отчетности во всех случаях, когда должностные лица по поддержанию правопорядка применяют огнестрельное оружие при исполнении служебных обязанностей.

Поддержание порядка в случае незаконных собраний

12. Поскольку в соответствии с принципами, изложенными во Всеобщей декларации прав человека и Международном пакте о гражданских и политических правах, участие в законных и мирных собраниях может принимать каждый человек, правительства и учреждения и должностные лица по поддержанию правопорядка признают, что сила и огнестрельное оружие могут применяться лишь в соответствии с принципами 13 и 14.

13. При разгоне противозаконных собраний ненасильственного характера должностные лица по поддержанию правопорядка избегают применения силы или, если это невозможно, ограничивают такое применение до необходимого минимума.

14. При разгоне собраний насильственного характера должностные лица по поддержанию правопорядка могут применять огнестрельное оружие лишь в тех случаях, когда нельзя применить менее опасные средства, и лишь в той мере, в какой это минимально необходимо. Должностные лица по поддержанию правопорядка не применяют огнестрельного оружия в таких случаях, за исключением условий, оговоренных в принципе 9.

Контроль за лицами, находящимися под стражей или в заключении

15. Должностные лица по поддержанию правопорядка в своих отношениях с лицами, находящимися под стражей или в заключении, не применяют силу, за исключением случаев, когда это строго необходимо для поддержания безопасности и порядка в исправительном учреждении или когда создается угроза для личной безопасности.

16. Должностные лица по поддержанию правопорядка в своих отношениях с лицами, находящимися под стражей или в заключении, не применяют огнестрельного оружия, за исключением случаев самообороны или защиты других от непосредственной угрозы смерти или серьезного ранения, или когда это строго необходимо для предотвращения побега лица, находящегося под стражей или в заключении и представляющего опасность, о которой говорится в принципе 9.

17. Вышеизложенные принципы применяются, без ущерба для прав, функций и обязанностей персонала тюрем, изложенных в Стандартных минимальных правилах обращения с заключенными, особенно в правилах 33, 34 и 54.

(…)

24. Правительства и правоохранительные органы обеспечивают привлечение старших должностных лиц к ответственности, если им известно или должно было быть известно об имевшихся или имеющихся случаях незаконного применения силы или огнестрельного оружия находящимися в их подчинении должностными лицами по поддержанию правопорядка и они не предприняли всех имеющихся в их распоряжении мер для предотвращения, пресечения таких случаев или сообщения о них.

25. Правительства и правоохранительные органы обеспечивают, чтобы в отношении должностных лиц по поддержанию правопорядка, которые в соответствии с Кодексом поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка и настоящими Основными принципами отказываются выполнять приказ о применении силы или огнестрельного оружия или которые сообщают о таком применении силы или огнестрельного оружия другими должностными лицами, не применялись никакие уголовные или дисциплинарные меры». [Основні принципи Організації Об'єднаних Націй щодо використання сили і вогнепальної зброї посадовими особами правоохоронних органів (ООН, від 07.09.1990). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_334]

365.1.6. Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах

(Рада Європи, від 08.11.2001)

(ратифіковано із заявами та застереженнями [1] Законом від 01.06.2011)

«Стаття 18. Контрольована поставка

1. Кожна Сторона зобов'язується забезпечити, щоб на прохання іншої Сторони можна було дозволити контрольовані поставки на її території в рамках кримінальних розслідувань злочинів, що можуть зумовлювати видачу.

(…)

[1] Україна заявила, що вона користується правом не приймати статтю 17 і статтю 19.

Стаття 17. Транскордонні спостереження

(…)

Стаття 19. Таємні розслідування

(…)

Стаття 20. Спільні слідчі групи

1. За взаємною згодою компетентні органи двох чи більше Сторін можуть створити спільну слідчу групу з конкретною метою й на обмежений період, який може бути продовжений за взаємною згодою, для проведення кримінальних розслідувань на території однієї чи більше Сторін, що створили групу. Склад групи визначається в угоді.

Стаття 21. Кримінальна відповідальність, що стосується посадових осіб

Під час здійснення діяльності, зазначеної в статтях 17, 18, 19 і 20, якщо відповідні Сторони не домовилися про інше, посадові особи іншої Сторони, яка не є Стороною, на території якої має місце така діяльність, уважаються посадовими особами останньої стосовно правопорушень, учинених проти них або ними». [Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах. (Рада Європи, від 08.11.2001). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_518]

365.1.7. Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою

(ООН від 29.11.1985)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«1. Под термином «жертвы» понимаются лица, которым индивидуально или коллективно был причинен вред, включая телесные повреждения или моральный ущерб, эмоциональные страдания, материальный ущерб или существенное ущемление их основных прав в результате действия или бездействия, нарушающего действующие национальные уголовные законы государств-членов, включая законы, запрещающие преступное злоупотребление властью.

2. В соответствии с настоящей Декларацией то или иное лицо может считаться «жертвой» независимо от того, был ли установлен, арестован, передан суду или осужден правонарушитель, а также независимо от родственных отношений между правонарушителем и жертвой. Термин «жертва» в соответствующих случаях включает близких родственников или иждивенцев непосредственной жертвы, а также лиц, которым был причинен ущерб при попытке оказать помощь жертвам, находящимся в бедственном положении, или предотвратить виктимизацию.

3. Положения, содержащиеся в настоящей Декларации, применимы ко всем лицам без каких-либо различий, независимо от расы, цвета кожи, пола, возраста, языка, вероисповедания, национальности, политических или иных взглядов, культурных убеждений или практики, имущественного, сословного или семейного положения, этнического или социального происхождения и нетрудоспособности.

(…)

8. При соответствующих обстоятельствах правонарушители или третьи стороны, несущие ответственность за их поведение, должны предоставлять справедливую реституцию жертвам, их семьям или иждивенцам. Такая реституция должна включать возврат собственности или выплату за причиненный вред или ущерб, возмещение расходов, понесенных в результате виктимизации, предоставление услуг и восстановление в правах.

9. Правительствам следует рассмотреть возможность включения реституции в свою практику, положения и законы в качестве одной из мер наказания по уголовным делам в дополнение к другим уголовным санкциям.

10. В случаях причинения серьезного ущерба окружающей среде реституция, если будет вынесено соответствующее решение, должна включать, насколько это возможно, восстановление окружающей среды и инфраструктуры, замену имущества общины и возмещение расходов, связанных с переселением в тех случаях, когда такой ущерб вызывает необходимость перемещения общины.

11. Когда государственные должностные лица или другие представители, действующие в официальном или полуофициальном качестве, нарушают национальные уголовные законы, жертвы должны получать реституцию от государства, должностные лица или представители которого несут ответственность за причиненный ущерб. В тех случаях, когда правительство, при котором имело место приведшее к виктимизации действие или бездействие, уже не существует, реституция жертвам должна предоставляться государством или правительством-преемником.

(…)

18. Под термином «жертвы» понимаются лица, которым индивидуально или коллективно был причинен вред, включая телесные повреждения или моральный ущерб, эмоциональные страдания, материальный ущерб или существенное ущемление их основных прав в результате действия или бездействия, еще не представляющего собой нарушения национальных уголовных законов, но являющегося нарушением международно-признанных норм, касающихся прав человека.

19. Государствам следует рассмотреть вопрос о включении в национальные законы норм, запрещающих злоупотребление властью и предусматривающих средства защиты для жертв таких злоупотреблений. В число таких средств следует, в частности, включить право на реституцию и/или компенсацию и необходимую материальную, медицинскую, психологическую и социальную помощь и поддержку.

20. Государствам следует рассмотреть возможность заключения многосторонних международных договоров, касающихся жертв, определение которых приводится в пункте 18.

21. Государствам следует периодически пересматривать существующие законы и практику для обеспечения их способности реагировать на изменяющиеся условия, в случае необходимости принимать и вводить в действие законодательные положения, запрещающие деяния, представляющие собой серьезные виды злоупотребления политической или экономической властью, и содействующие мерам и механизмам предотвращения таких деяний, а также развивать и широко обеспечивать соответствующие права и средства правовой защиты для жертв таких деяний». [Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою (ООН від 29.11.1985). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_114]

365.1.8. Європейські пенітенціарні (в'язничні) правила

(Рада Європи, від 12.02.1987)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Застосування сили***

64.1. Персонал пенітенціарної установи не має застосовувати силу щодо ув'язнених за винятком випадків самооборони або у випадках спроби втечі, або активного чи пасивного фізичного опору встановленому законом порядку, і завжди це мусять бути крайні заходи.

2. Масштаби застосування сили мусять бути мінімально необхідними і вона має застосовуватися по можливості на мінімальний період.

65. Мусять бути розроблені докладні процедури застосування сили, включаючи положення щодо: a. різних видів силових дій, які можуть застосовуватися;

b. обставин, за яких може застосовуватися кожен вид силових дій;

c. персоналу, який має право застосовувати різні види силових дій;

d. рівня адміністрації, який надає дозвіл на будь-яке застосування сили; та e. рапортів, які мусять складатися після застосування сили.

66. Персонал, який безпосередньо працює з ув'язненим, повинен бути навчений методам, які дозволяють йому стримувати агресивних ув'язнених з мінімальним застосуванням сили.

67.1. Працівники інших правоохоронних відомств мають залучатися до роботи з ув'язненими в пенітенціарних установах тільки у виняткових обставинах.

2. Якщо стосунки з іншими правоохоронними відомствами не регулюються національним законодавством, то має бути укладена офіційна угода між адміністрацією пенітенціарної установи та таким відомством.

3. У такій угоді потрібно передбачати: a. умови, за яких працівники інших правоохоронних відомств можуть входити до пенітенціарної установи для розв'язання будь-якого конфлікту;

b. обсяг повноважень, які мусять мати такі правоохоронні відомства під час їхнього перебування в пенітенціарній установі, і їхні стосунки з начальником пенітенціарної установи;

c. різні види силових дій, які можуть застосовувати працівники таких відомств;

d. обставини, за яких може застосовуватися кожен вид силових дій;

e. рівень адміністрації, яка надає дозвіл на будь-яке застосування сили;

f. рапорти, які повинні складатися після застосування сили.

Заходи стримування

68.1. Використання ланцюгів і кайданів має бути заборонено.

2. Наручники, гамівні сорочки та інші засоби обмеження руху не застосовуються за винятком наступних випадків:

a. якщо це необхідно для запобігання втечі під час перевезення, за умови, що вони будуть зняті, коли ув'язнений з'явиться перед судовою або адміністративною владою, якщо адміністративна влада не прийме іншого рішення; або

b. за наказом начальника, якщо інші методи контролю не дають результатів, для запобігання нанесенню ув'язненим травм самому собі, іншим або для запобігання серйозного псування майна, за умови, що в таких випадках начальник негайно має сповістити про це лікаря та доповісти до вищої інстанції пенітенціарної влади.

3. Засоби стримування не повинні застосовуватися довше, аніж це абсолютно необхідно.

4. Характер застосування засобів стримування конкретно мусить визначатися національним законодавством.

Зброя

69.1. Персонал пенітенціарних установ не повинен носити смертоносної зброї в межах пенітенціарної установи, за винятком надзвичайних оперативних обставин,

2. Відкрите носіння іншої зброї, включаючи кийки, персоналом, який працює в безпосередньому контакті з ув'язненими в межах пенітенціарного закладу, має бути заборонено, за винятком випадків, коли вони необхідні для забезпечення режиму та безпеки під час конкретного інциденту.

3. Зброя не повинна видаватися працівникам, які не пройшли підготовку з її застосування». [Європейські пенітенціарні (в'язничні) правила (Рада Європи, від 12.02.1987). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_032]

365.1.9. Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями
(ООН від 30.08.1955)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
Див.: 373.1.3

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ про перевищення влади або службових повноважень працівниками правоохоронних органів

365.2.1. Справа «Поміляйко проти України»

«50. У своїй практиці Суд неодноразово вказував на те, що стосовно особи, яка позбавлена свободи, або взагалі, якій протистоять працівники правоохоронних органів, будь-яке застосування фізичної сили, яке не було викликано суворою необхідністю внаслідок власної поведінки особи, принижує людську гідність та є порушенням права, гарантованого статтею 3 Конвенції». [Поміляйко проти України (60426/11). https://minjust.gov.ua/files/57254]

365.2.2. Справа «Рудяк проти України»

«51. Суд неодноразово зазначав, що стаття 3 Конвенції є втіленням однієї з основних цінностей демократичного суспільства. Вона категорично забороняє будь-яке катування або нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження, незважаючи на обставини, поведінку потерпілого.

52. Щоб підпадати під дію статті 3 Конвенції, жорстоке поводження має досягти мінімального рівня жорстокості. Оцінка цього мінімуму є відносною і залежить від усіх обставин справи,

таких як тривалість поводження, його фізичні та психічні наслідки, а в деяких випадках мають враховуватися також стать, вік і стан здоров'я потерпілого. Суд вважав «нелюдським» поводження, яке, серед іншого, було умисним, застосовувалось кілька годин поспіль та спричинило або власне тілесні ушкодження, або сильні фізичні та душевні страждання. Він вважав поводження таким, що «принижує гідність», якщо воно викликало у його жертв відчуття страху, страждання та неповноцінності, здатних принизити та зганьбити їх». [Рудяк проти України (40514/06). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a46]

365.2.3. Справа «Прітті проти Сполученого Королівства (Pretty v. The United Kingdom)»

«52. Судова практика говорить про «погане поводження», що досягло мінімального рівня жорстокості, зокрема заподіяння серозних тілесних ушкоджень або сильних фізичних чи моральних страждань. Поводження може розглядатися як таке, що принижує гідність і таким чином порушує заборону, встановлену статтею 3 Конвенції, якщо воно принижує особу, свідчить про відсутність поваги до його людської гідності, навіть його принижує, або якщо воно породжує у особи, про яку йдеться, почуття страху, пригніченості і неповноцінності, здатні зломити її моральний і фізичний опір.

Фізичні або психічні страждання через хворобу, що з'явилася природним чином, можуть підпасти під дію статті 3 Конвенції, якщо вони загострилися або схильні до ризику загострення внаслідок поводження під час утримання в місцях позбавлення волі, вислання або інших заходів, за які влада може бути притягнута до відповідальності». [Pretty v. The United Kingdom (2346/02). http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=596]

365.2.4. Справа «Tekin v. Turkey»

«53. Суд нагадує, що стосовно особи, позбавленої волі, застосування фізичної сили, яка не була суттєво необхідною з огляду на його власну поведінку, принижує людську гідність і в принципі є порушенням права, передбаченого статтею 3 Конвенції. Він вважає, що умови, у яких заявник тримався, рани та синці на його тілі, становили нелюдське та принизливе поводження в розумінні цього положення». [Tekin v. Turkey (52/1997/836/1042). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58196] (Неофіційний авторський переклад).

365.2.5. Справа «Egmez v. Cyprus»

«70. Суд нагадує, що обов'язок, покладений на національні органи влади Конвенцією, надати ефективний засіб правового захисту особі, яка заявляє вимоги про порушення статті 3 Конвенції, не означає з необхідністю накладення за всяку ціну санкцій на службових осіб, пов'язаних із передбачуваним жорстоким поводженням, про яке стверджує особа. Конвенція вимагає лише розслідування, здатного привести до встановлення та покарання відповідальних осіб. У цьому сенсі Суд вважає, що компетентні органи (…) виконали б свої обов'язки на підставі Конвенції, почавши кримінальний процес проти поліцейських, на яких вказав Омбудсмен у своєму звіті, яким би не був результат цього процесу». [Egmez v. Cyprus (30873/96). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–59100] (Неофіційний авторський переклад).

365.2.6. Справа «Dikme v. Turkey»

«Що стосується інших порушень і особливо порушень, здатних завдати душевних страждань особі, Суд визнає, що залежно від обставин подібна агресія може викликати застосування статті 3 Конвенції, навіть якщо таке поводження не обов'язково спричиняє фізичні або психічні наслідки, які підлягають медичному встановленню». [Dikme v. Turkey (20869/92). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58751] (Неофіційний авторський переклад).

365.2.7. Справа «Олексій Михайлович Захаркін проти України»

«55. Суд при оцінці доказів керується критерієм доведення «поза розумним сумнівом». Таке доведення може випливати із сукупності ознак чи неспростовних презумпцій, достатньо вагомих, чітких і узгоджених між собою. Коли вся чи значна частина інформації стосовно подій, про які

йдеться, відома винятково державним органам – як це має місце у справі щодо ув'язнених осіб, які перебувають під контролем органів влади, – і коли у таких осіб під час їхнього ув'язнення з'являються тілесні ушкодження, це породжує відповідні обґрунтовані презумпції факту. При цьому тягар доведення можна вважати покладеним на органи влади, адже саме вони мають надати задовільні та переконливі пояснення. [Олексій Михайлович Захаркін проти України (1727/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_817]

365.2.8. Справа «McCann and others v. The United Kingdom»

«161. «Загальноюридична заборона особам, що діють від імені Держави, довільно позбавляти будь-кого життя буде на практиці неефективною, якщо не існує процедура для розгляду законності застосування державними органами сили, що може призвести до позбавлення життя. Обов'язок охороняти право на життя, що міститься у ст. 2 Конвенції, розглядається в поєднанні із загальним обов'язком Держав, згідно зі статтею 1 Конвенції, – «гарантувати кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в розділі I цієї Конвенції», що передбачає необхідність мати можливість провести в тій чи іншій формі ефективне офіційне розслідування у випадках загибелі людей у результаті застосування сили, в цьому числі особами, що діють від імені Держави.

(…)

194. На підставі вищевикладеного, приймаючи рішення про відповідність застосованої сили статті 2 Конвенції, Суд повинен ретельно вивчити не тільки питання щодо суворої пропорційності застосованої військовослужбовцями сили з необхідністю захистити людей від незаконного насильства, а й питання про те, чи планувалася і проводилася владою антитерористична операція так, щоб звести до мінімуму (наскільки можливо) застосування сили, яке створює небезпеку позбавлення життя.

(…)

200. Застосування сили особами, які перебувають на службі Держави, для досягнення однієї з цілей, зазначених у п. 2 ст. 2 Конвенції, може бути виправдано згідно з цією статтею в тих випадках, коли застосування сили ґрунтується на щирому переконанні, яке може вважатися вірним у момент вчинення дії, але згодом виявляється помилковим. Оцінювати [застосування сили особами, які перебувають на службі Держави] інакше – означало б покласти нереальний тягар відповідальності на плечі держави і співробітників правоохоронних органів при виконанні обов'язку і навіть наражати на небезпеку їх життя і життя інших людей». [McCann and others v. The United Kingdom (18984/91). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57943] (Неофіційний авторський переклад).

365.2.9. Справа «Raninen v. Finland»

«56. Що стосується такого роду поводження, про яке йде мова в цій справі, то Суд вважає, що наручники зазвичай не приводять до виникнення питання відповідно до статті 3 Конвенції, коли цей захід застосований у зв'язку із законним арештом або затриманням і не тягне за собою застосування сили або публічної демонстрації, що перевищує розумно обґрунтовану необхідність в даних обставинах. У зв'язку з цим важливо, наприклад, чи є підстави вважати, що відповідна особа буде чинити опір арешту або втікати, спробує завдати шкоду або знищити докази». [Raninen v. Finland (152/1996/771/972). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58123] (Неофіційний авторський переклад).

365.2.10. Справа «Тесленко проти України»

«85. Згідно з практикою Суду, твердження про жорстоке поводження повинні бути підкріплені належними доказами. Суд при оцінці доказів керується критерієм доведення «поза розумним сумнівом». Таке доведення може випливати із сукупності ознак чи неспростовних презумпцій, достатньо вагомих, чітких і узгоджених між собою. Коли вся чи значна частина інформації стосовно подій, про які йдеться, відома винятково державним органам – як це має місце у справі щодо ув'язнених осіб, які перебувають під контролем органів влади, і коли у таких осіб під час їхнього ув'язнення з'являються тілесні ушкодження, це породжує відповідні обґрунтовані пре-

зумпції факту. При цьому тягар доведення можна вважати покладеним на органи влади, адже саме вони мають надати задовільні та переконливі пояснення. Потрібно пам'ятати, що це зобов'язання випливає з міжнародного обов'язку держави за Конвенцією, яка припускає інші методи та критерії доведення, ніж ті, що застосовуються в національних правових системах у сфері кримінального переслідування осіб з належним дотриманням їхнього права на презумпцію невинуватості.

(…)

89. Суд повторює, що коли особа затримується міліцією здоровою, але при звільненні з-під варти виявляється, що в неї є тілесні ушкодження, на державу покладається обов'язок надати правдоподібне пояснення щодо причин виникнення цих ушкоджень, та якщо цього зроблено не буде, це свідчитиме про наявність питання за статтею 3 Конвенції. Крім того, у разі, якщо національні органи не провели медичного огляду до взяття заявника під варту, як у цій справі, Уряд не може посилатись на це у своєму захисті та стверджувати, що ушкодження, про які йдеться, передували взяттю заявника під варту в міліції. У зв'язку з цим Суд нагадує, що медичний огляд разом з правом доступу до адвоката та правом повідомити третю сторону про затримання є основоположними запобіжними механізмами проти жорстокого поводження із затриманими особами і повинні застосовуватися з самого початку позбавлення свободи. Такі заходи не тільки гарантуватимуть права заявника, але також нададуть змогу Урядові держави-відповідача зняти з себе тягар надання правдоподібного пояснення цим тілесним ушкодженням». [Тесленко проти України (55528/08). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_791]

365.2.11. Справа «Сергій Антонов проти України»

«71. Жорстоке поводження, яке досягає такого мінімального рівня жорстокості, зазвичай включає у себе фактичне завдання тілесних ушкоджень або сильне фізичне або душевне страждання. Проте навіть за їх відсутності у випадку, коли поводження принижує або ганьбить особу, демонструючи відсутність поваги до її людської гідності чи нехтування її людською гідністю, або викликає відчуття страху, тривоги, неповноцінності, здатне зламати моральний/фізичний опір особи, його можна характеризувати як таке, що принижує людську гідність, і воно також підпадатиме під заборону статті 3 Конвенції». [Сергій Антонов проти України (40512/13). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b08]

365.2.12. Справа «Ribitsch v. Austria»

«Що стосується особи, позбавленої волі, будь-яке застосування фізичної сили, яке не було викликане його власними діями, принижує людську гідність і, в принципі, є посяганням на право, закріплене статтею 3 Конвенції. Складність проведення розслідувань і незаперечні труднощі боротьби зі злочинністю не повинні вести до обмежень захисту фізичної недоторканності особи». [Ribitsch v. Austria (18896/91). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57964] (Неофіційний авторський переклад).

365.2.13. Справа «Михалкова та інші проти України»

«31. Крім того, Суд нагадує свою позицію у низці справ, що у ситуації, коли смерть мала місце внаслідок умисного поганого поводження, порушення Конвенції неможливо виправити лише шляхом надання компенсації потерпілій особі. Якби органи влади реагували на такі інциденти, що мали місце з вини представників держави, лише виплатою компенсації, не вживаючи при цьому достатніх заходів для кримінального переслідування і покарання винних осіб, тоді в деяких випадках представники держави могли б фактично безкарно порушувати права тих, хто перебуває під їхнім контролем (…) ». [Михалкова та інші проти України (10919/05). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_676]

365.2.14. Справа «Зякун проти України»

«41. Крім того, згідно з усталеною практикою Суду, коли особа висуває небезпідставну скаргу на жорстоке з нею поводження з боку працівників міліції або інших представників держави, яке було таким, що порушує статтю 3 Конвенції, це положення, взяте у поєднанні із загальним

обов'язком держави за статтею 1 Конвенції «гарантувати кожному, хто перебуває під [її] юрисдикцією, права і свободи, визначені в … Конвенції», за своєю суттю вимагають проведення ефективного офіційного розслідування. Таке розслідування має бути здатним призвести до встановлення і покарання винних осіб». [Зякун проти України (34006/06). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b55]

365.2.15. Справа «Лабіта проти Італії»

« (…) зважаючи, що не було проведено прискіпливе та ефективне розслідування повідомлень заявника про застосування до нього нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження з боку наглядачів під час перебування у в'язниці міста П'янози, Суд постановив, що мало місце порушення ст. 3 Конвенції». [Лабіта проти Італії (Labita v. Italy) (26772/95). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_009]

§3. Рішення ЄСПЛ

про перевищення влади або службових повноважень працівниками правоохоронних органів

365.3.1. Справа «Геннадій Науменко проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«118. (…) Відповідно до матеріалів справи, протоколу про застосування наручників та свідчень пана Неділька заявник перебував у наручниках менше 25 хвилин, а ці наручники були застосовані для заспокоєння його агресивного та збудженого стану. Немає жодного доказу того, що цей захід тривав довше.

119. Щодо скарг заявника на шрами від наручників, Суд посилається на медичний висновок про відсутність цього. Суд ґрунтується на дослідження делегатів, які під час відвідання заявника не виявили жодних шрамів на його руках. Заявник не показав, що наручники спричинили йому страждання, які можуть бути підставою для порушення ст. 3 Конвенції. Враховуючи усе вищезазначене, Суд вважає, що, застосовуючи наручники 1 липня 1998 року, адміністрація СІЗО не перевищила своїх повноважень. Цей був необхідним захід для заспокоєння заявника та для попередження застосування сили заявником щодо себе, тому що перед цим він здійснив дві спроби самогубства. Суд не може кваліфікувати ці заходи як «нелюдські та такі, що принижують гідність».

120. Стосовно щоденного застосування наручників під час перебування заявника поза камерою, Суд вважає таке застосування виправданим заходом безпеки у тюремному середовищі. Тому немає жодної підстави з цього приводу для порушення ст. 3 Конвенції». [Геннадій Науменко проти України (42023/98). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_212]

365.3.2. Справа «Raninen v. Finland»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«57. Наручники, як було визнано урядом, не були необхідні з огляду на поведінку заявника. Крім того факту, що цей захід сам по собі є необґрунтованим, він був застосований у контексті незаконного арешту й затримання. Крім того, він хоча і не був відверто публічним, але був видимим для публіки при вході заявника в поліцейську машину за межами тюремних воріт. Він стверджував, що відчував себе приниженим, з'являючись у наручниках перед членами своєї групи підтримки.

Ці міркування, безсумнівно, актуальні для цілей визначення того, чи є оспорюване поводження «таким, що принижує гідність» за змістом статті 3 Конвенції.

58. Однак Суд не переконаний у твердженні заявника про те, що випадок 18 червня 1992 року негативно позначився на його психічному стані. У доказах немає нічого, щоб припустити, що між оскаржуваним лікуванням і його «невизначеною психосоціальної проблемою» існує причинно-

наслідковий зв'язок погіршенням здоров'я, що було діагностовано кілька місяців потому і на яке заявник скаржився перед Комісією. Також заявник не виклав свої аргументи про те, що наручники були спрямовані на приниження гідності. За словами омбудсмена, сумніви, стосовно яких Суд не бачить підстав, капрал Р. діяв у переконанні, що він виконує відповідні накази і відповідно до військових статутів. Нарешті, не затверджувалося, що наручники були жорстоким заходом фізично.

59. У світлі вищесказаного Суд не вважає встановленим, що поводження досягло мінімального рівня серйозності, необхідного за статтею 3 Конвенції. Відповідно, не було її порушення». [Raninen v. Finland (152/1996/771/972). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58123]

365.3.3. Справа «Василь Іващенко проти України»

Фактичні обставини:

12 квітня 1998 року одного працівника міліції було вбито, а іншого важко поранено групою людей з використанням вогнепальної зброї.

У той же день працівники міліції зупинили машину, водій якої стверджував, що за кількасот метрів у полі він висадив трьох людей, які, ймовірно, вчинили вищезазначений злочин. На підставі цього чотири працівники міліції відправилися на пошуки підозрюваних. Вони побачили трьох людей, включаючи заявника, які переходили поле. Працівники міліції кілька разів вистрілили у повітря та наказали людям лягти на землю. Як стверджує заявник, вони усі підкорилися наказам працівників міліції. Потім працівники міліції підійшли до них і почали бити заявника та двох інших осіб. Заявника били руками та ногами по голові, у груди, по нирках та в область паху, в результаті чого він втратив свідомість. Заявник стверджував, що працівники міліції проколювали йому щоку голкою та використовували запальничку, щоб обпекти йому праву руку, і висловив припущення, що вони робили це для того, щоб він прийшов до тями. Згідно з письмовими показаннями працівників міліції, наданими Урядом, заявник та інші підозрювані, відкинувши зброю, відмовилися підкоритися наказам працівників міліції та чинили фізичний опір затриманню. Через це працівники міліції застосували прийоми рукопашного бою, силоміць поклали підозрюваних на землю та надягли на них наручники.

Постановами від 21 серпня 1998 року та 25 січня 1999 року прокуратура відмовляла у порушенні кримінальної справи щодо працівників міліції, встановивши, що під час затримання вони діяли у рамках закону. Цей висновок ґрунтувався на показаннях працівників міліції та медичних документах заявника. Заявник не оскаржував постанови прокуратури до суду.

Він знову звертався зі скаргами на жорстоке поводження у ході провадження в апеляційному суді Черкаської області та Верховному Суді, які відхили ці скарги як необґрунтовані.

Рішення ЄСПЛ:

«79. Суд також зазначає, що сторони погоджуються з тим, що тілесні ушкодження були завдані під час сутички заявника з міліцією. Проте, хоча Уряд доводив, що заявник зазнав тілесних ушкоджень внаслідок законного застосування фізичної сили при його затриманні, заявник стверджував, що працівники міліції катували його свідомо.

80. У цьому контексті Суд зауважує, що доводи Уряду ґрунтуються на висновках державних органів, які перевіряли скаргу заявника про жорстоке поводження. Проте зазначеним висновкам бракує важливих деталей та відповідного обґрунтування. Зокрема, вони не містять переконливих пояснень щодо конкретного характеру та ступеня фізичної сили, застосованої до заявника. Письмові показання працівників міліції, на яких працівники прокуратури та суди ґрунтували свої висновки, також не надають таких пояснень. Вони надавалися у формі дуже розпливчастих та заплутаних посилань на те, що при затриманні заявник чинив фізичний опір та працівники міліції застосували прийоми рукопашного бою. Відповідно Суд відхиляє як необґрунтовані доводи Уряду про те, що застосування фізичної сили працівниками міліції було зумовлено власною поведінкою заявника.

81. Суд також зазначає, що ані державні органи, ані Уряд не зробили спроби розглянути або обґрунтовано спростувати докладні твердження заявника щодо жорстокого з ним поводження з боку працівників міліції. У цьому зв'язку Суд надає особливої важливості тому факту, що твердження заявника про походження декількох опіків на його пальцях були повністю проігноровані.

82. З огляду на відповідні медичні документи та доводи сторін у цій справі Суд доходить висновку, що у день затримання заявник був підданий жорстокому поводженню працівниками міліції.

Проте Суд не вважає, що жорстоке поводження, про яке йдеться, становило катування. Хоча при затриманні працівники міліції застосували до заявника непропорційну фізичну силу, не було встановлено або переконливо доведено, що вони мали намір покарати або залякати заявника.

83. У світлі наведеного вище Суд вважає, що було порушення статті 3 Конвенції у зв'язку із застосуванням працівниками міліції до заявника нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження». [Василь Іващенко проти України (760/03). https://minjust.gov.ua/files/25743]

365.3.4. Справа «Кучерук проти України»

Фактичні обставини:

12 квітня 2002 року заявника затримали за підозрою у вчиненні ним хуліганських дій та крадіжки і залишили його під вартою в Комінтернівському районному відділі міліції. 16 квітня 2002 року заявника перевели з райвідділу міліції до Харківського слідчого ізолятора № 27 (далі – СІЗО). Прийнявши заявника до СІЗО, його помістили в медико-санітарну частину установи для обстеження та оцінки його стану. Лікар-психіатр поставив йому діагноз «шизофренія», але засвідчив, що його можна тримати в умовах СІЗО. 8 липня 2002 року заявник увійшов у надзвичайно збуджений стан, хаотично пересувався по камері, вимахуючи руками, наштовхуючись на обладнання та інвентар камери і нецензурно висловлюючись на адресу в'язничних охоронців. О 7 годині ранку працівники медичної частини викликали трьох чергових охоронців, щоб утихомирити заявника. В оглядове вічко вони побачили його хаотичні рухи і, розцінивши таку поведінку як «буйство» у значенні статті 18 Закону «Про попереднє ув'язнення», наказали заявникові не рухатися, стати обличчям до стіни і закласти руки за спину. Коли заявник не виконав наказу, охоронці попередили його про свій намір застосувати силу й увійшли до камери. Вони побили заявника кийками, повалили на підлогу і надягли наручники. 8 липня 2002 року начальник СІЗО призначив заявникові дисциплінарне покарання у вигляді поміщення до карцеру на десять діб за «грубе порушення режиму». Перед переведенням заявника до карцеру його оглянули двоє працівників СІЗО та лікар, які відповідним рапортом доповіли, що у нього в ділянці лопаток і на сідницях є сліди застосування кийків. Водночас вони зазначили, що заявника можна тримати в умовах карцеру. У карцері заявника тримали замкненим протягом двадцяти трьох годин на добу. Хоча до карцеру щодня навідувалися лікар і психіатр, жодного лікування чи препаратів йому не призначали, оскільки, як свідчать медичні документи, він відмовився від них. Заявника тримали в карцері до 17 липня 2002 року, коли його звільнили із СІЗО.

21 серпня 2002 року начальник СІЗО виніс постанову про відмову в порушенні кримінальної справи стосовно охоронців, причетних до інциденту, з огляду на відсутність ознак перевищення влади. Згодом відділ прокуратури Харківської області з нагляду за додержанням законів підтвердив правомірність цієї постанови.

31 березня 2003 року мати заявника оскаржила постанову начальника СІЗО від 21 серпня 2002 року до суду. 27 травня 2003 року Жовтневий районний суд м. Харкова (далі – Жовтневий суд), заслухавши прокурора, відхилив її скаргу як необґрунтовану. Мати заявника подала апеляцію.

Висновок ЄСПЛ:

«131. Суд нагадує, що застосування до особи, позбавленої свободи, фізичної сили мірою, яка не є абсолютно необхідною з огляду на її поведінку, принижує людську гідність і, в принципі, становить порушення права, встановленого статтею 3 [Конвенції].

132. У справі, що розглядається, заявник зазнав тілесних ушкоджень у момент, коли охоронці намагалися приборкати заявника, завдавши йому побоїв гумовими кийками. Слід зауважити, що, після того як 2 липня 2002 року заявник напав на одного з ув'язнених, працівників СІЗО, які заступали на чергування, постійно інструктували про можливість агресивних випадів з його боку. Отже, буйство заявника аж ніяк не було неочікуваною подією, на яку відповідні посадові особи були змушені реагувати без попередньої підготовки. Причетні до тієї події охоронці, яких було троє, переважали заявника своєю чисельністю. Крім того, на жодній стадії розслідування свідки

не стверджували, що заявник робив спроби напасти на охоронців чи співкамерників (…) або що його хаотичне пересування, яке охоронці оцінили як «буйство», становило якусь небезпеку для їхнього здоров'я чи здоров'я співкамерників заявника. Виходячи з цих міркувань, Суд доходить висновку, що застосування кийків у цій справі було невиправданим і становило нелюдське поводження.

133. Отже, було порушено статтю 3 Конвенції.

(…)

140. Повертаючись до обставин справи, що розглядається, Суд нагадує, що у заявника була хронічна форма шизофренії і що принаймні з 15 квітня 2002 року про це було відомо органам влади. Історія тримання його під вартою в СІЗО містить епізоди буйної поведінки, включаючи агресивні та насильницькі випади. Під час інциденту 8 липня 2002 року заявника, якого на той час тримали в камері медичної частини під наглядом лікаря-психіатра СІЗО, побили гумовими кийками і закували в наручники. Після цього його помістили до карцеру на дев'ять днів – сім з яких (до 15 липня 2002 року) він провів у наручниках, – що, як стверджується, було прийнятним, з медичного погляду, попереджувальним заходом проти його насильницької поведінки.

141. Суд зауважує, що, призначаючи заявникові одиночне ув'язнення в карцері та цілодобове застосування наручників (доводи Уряду, що наручники знімали під час їди, не підкріплені доказами), адміністрація СІЗО спиралася тільки на думку фельдшера та лікаря, який не мав кваліфікації психіатра. Як свідчать подані сторонами документи, психіатр СІЗО відвідав заявника в карцері лише 10 липня 2002 року, тобто через два дні після поміщення його до карцеру. Таким чином, коли ухвалювалося рішення про застосування наручників, адміністрація СІЗО не запитувала поради психіатра ані щодо подальшого лікування заявника, ані щодо можливості застосування до нього таких заходів. Так само немає і жодних свідчень того, що думкою психіатра поцікавилися на тому чи іншому етапі пізніше або що лікар, який відвідав заявника в карцері, проводив будь-який подальший конкретний контроль за необхідністю застосованих заходів і брав участь у прийнятті рішення про те, коли вони мають бути припинені.

142. Потреба у професійній думці в цій справі мала особливе значення, оскільки, як свідчить інформація, подана лікарем-психіатром СІЗО під час подальшого розслідування (…) , застосування наручників не було звичайним методом приборкання психічно хворих осіб і їх застосували тільки через відсутність більш прийнятних засобів.

143. Також Суд не може погодитися з Урядом у тому, що застосування наручників можна виправдати небезпекою, яку заявник становив для оточення. Заявник був замкнений в одиночній камері протягом щонайменше 23 годин на добу, і доступ до нього мали тільки працівники СІЗО. До того ж, незважаючи на буйну поведінку заявника в тій камері, немає жодних свідчень того, що він бодай колись намагався напасти на котрогось із працівників СІЗО і лікарів, які відвідували його.

144. Щодо аргументу Уряду про те, що застосування наручників мало на меті не допустити спричинення заявником шкоди самому собі, Суд зазначає: як свідчать медичні документи СІЗО (…) , виявилося, що якраз наручники зовсім не змогли завадити заявникові битися головою об стіну або спричинити собі шкоду в інший спосіб, зате вони залишили у нього глибокі рани навколо зап'ястків (…) через його неодноразові спроби звільнитися від них. Стосовно останньої обставини Суд зазначає, що нічого не було зроблено, аби не допустити тілесні ушкодження заявника або пом'якшити наслідки застосування наручників. Суд вражений тим фактом, що, незважаючи на отримані заявником деякі травми під час його приборкування та на кілька помічених медичними працівниками випадків, коли він намагався покалічити себе, заявникові не надали жодної медичної допомоги у зв'язку з ушкодженнями, які у нього з'явилися. Твердження Уряду, що заявник відмовився від лікування, непереконливе з огляду на психічний стан заявника.

145. <u>У цій справі Суд доходить висновку, що застосування наручників до психічно хворого заявника протягом семи днів без будь-якого психіатричного обґрунтування та без надання йому медичної допомоги у зв'язку з тілесними ушкодженнями, які виникли внаслідок застосування до нього сили з метою приборкання і які він спричинив собі сам, перебуваючи в карцері, слід розглядати як нелюдське і таке, що принижує гідність, поводження</u>.

146. Виходячи з викладеного вище, Суд доходить висновку, що було порушено статтю 3 Конвенції». [Кучерук проти України (2570/04). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_839]

365.3.5. Справа «Makaratzis v. Greece»

Фактичні обставини:

13 вересня 1995 року, після того як заявник проїхав на червоне світло світлофора у центрі Афін, поліція намагалася зупинити його. Але він не зупинився і збільшив швидкість. Його переслідували кілька працівників поліції на автомобілях та мотоциклах, і автомобіль заявника зіткнувся з кількома іншими транспортними засобами. Двоє водіїв дістали тілесні ушкодження. Після того як заявник прорвався через п'ять поліційних дорожніх застав, поліція почала стріляти по його машині. Зрештою, він зупинився біля бензозаправки, але замкнув дверцята і відмовився виходити з машини. Працівники поліції продовжували стріляти.

Заявник стверджує, що вони стріляли по його машині; Уряд стверджує, що стріляли в повітря. Один поліцейський кинув у вітрове скло машини кухоль. Нарешті, заявника заарештував працівник поліції, якому вдалося проникнути в машину. Заявника одразу відвезли до лікарні, в якій він перебував протягом дев'яти днів. У нього були поранення на правій руці, правій нозі, лівій сідниці та у правій частині грудної клітини. За його словами, коли його витягували з машини, йому прострелили ступню ноги. Уряд спростовує це твердження. Після цієї події психічне здоров'я заявника значно погіршилося.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«35. Звертаючись до фактів цієї справи, заявник стверджував, що його серйозні травми стали результатом необґрунтованого та непропорційного використання сили поліцією. Він підкреслив, що він був беззбройним і що він не є ні злочинцем, ні терористом. Він просто злякався і намагався втекти.

(…)

39. (…) Уряд підкреслив, що поліція, яка перебуває в небезпечних ситуаціях, повинна мати достатній розсуд у прийнятті рішення щодо застосування сили. У цій справі заявник проїхав через червоний світлофор у центрі Афін, поблизу американського посольства, де заходи безпеки завжди зміцнювались, оскільки посольство вважалося можливим об'єктом терористичних дій. Замість того, щоб зупинити свій автомобіль за сигналом поліції, заявник прискорився і продовжував їхати в шалений, надзвичайно небезпечний спосіб, поставивши під загрозу своє життя і життя невинних людей. Таким чином, у цих умовах поліція мала підстави підозрювати, що заявник був небезпечним злочинцем або навіть терористом. Тим не менш, перед відкриттям вогню працівники поліції намагалися заарештувати його, використовуючи альтернативні методи, такі як штучне створення заторів, перешкоди тощо. Лише тоді, коли вони зрозуміли, що ці заходи були неефективними, вони вимушено вдавалися до застосування сили. Продовжуючи це, вони намагалися мінімізувати шкоду та травми та зберегти життя заявника (…).

(…)

64. Звертаючись до фактів цієї справи та беручи до уваги висновки національного суду, Суд погоджується з тим, що заявник їхав на своєму автомобілі в центрі Афін з надмірною швидкістю в неконтрольований небезпечний спосіб, тим самим поставивши під загрозу життя громадян та працівників поліції; поліція, таким чином, мала право реагувати на підставі того, що він керує небезпечним для життя об'єктом у громадському місці. Альтернативні способи зупинити його були випробувані, але не були дієвими; це супроводжувалося ескалацією хаосу, викликаного заявником, і смертельною загрозою, яку він спричинив для сторонніх осіб. Крім того, співробітни-

ки поліції, які переслідували заявника, були проінформовані Центром контролю, що він може бути добре озброєним та небезпечним;

65. Треба також враховувати ще один важливий чинник, а саме панування в той час у Греції настроїв, які були навіяні терористичною діяльністю проти іноземних інтересів. Наприклад, група під назвою «Революційна організація 17 листопада», заснована в 1975 році, до моменту її знищення в 2002 році вчинила багато злочинів, включаючи вбивство посадових осіб Сполучених Штатів. Це разом із тим, що подія відбулася вночі поблизу американського посольства, сприяло тому, що заявник сприймався як велика загроза.

66. Отже, як і національний суд, Суд вважає, що за таких обставин поліція могла обґрунтовано вважати, що необхідно вдатися до використання своєї зброї, щоб зупинити машину та нейтралізувати загрозу, яку спричиняє водій, і це не просто ситуація затримання автомобіліста, який проїхав через червоний світлофор. Тому хоча згодом було встановлено, що заявник був беззбройним і що він не терорист, Суд визнає, що застосування сили проти нього було засноване на переконанні, яке мало об'єктивні підстави. Вважати за таких умов інакше було б нав'язати нереалістичний тягар для держави та працівників правоохоронних органів у виконанні їхнього обов'язку, можливо, на шкоду їхньому життю та життям інших осіб.

67. Однак незважаючи на те, що застосування певної потенційно смертоносної сили в цій справі може бути визнано сумісним зі статтею 2 Конвенції, Суд вражений хаотичним способом, за якого вогнепальна зброя фактично використовувалася поліцією за цих обставин. Можна нагадати, що невизначена кількість працівників поліції зробила дуже багато пострілів у машину заявника. У автомобілі було виявлено не менше шістнадцяти вогнепальних пробоїн, деякі з яких свідчать про горизонтальну або навіть висхідну траєкторію, а не вниз, як можна було б очікувати, якщо шини, і тільки шини, транспортного засобу були ціллю поліції.

68. Тому виникають серйозні питання щодо організації операції. Звичайно, певна інформація була передана центром контролю деяким офіцерам поліції, з якими вдалося зв'язатися, але інші діяли на власний розсуд, не отримавши ніяких інструкцій.

71. Влада не виконала свої позитивні зобов'язання, передбачені положеннями статті 2 Конвенції, і, відповідно, на цій підставі заявник став жертвою порушення статті 2 Конвенції. Зважаючи на такий висновок немає необхідності досліджувати небезпечні для життя людини дії поліції в контексті другого пункту цієї Статті». [Makaratzis v. Greece (50385/99). ECHR 2004-XII. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–67820]

365.3.6. Справа «Луценко проти України (№ 2)»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«170. У зазначеній справі, як випливає з документів, наданих сторонами провадження, заявника тримали за металевими ґратами впродовж усіх вісімдесяти засідань, які відбулися у період з 23 травня 2011 року по 27 лютого 2012 року. Суд не розглядатиме цю практику абстрактно, але оцінить, чи був цей захід виправданим у справі заявника з огляду на вищезазначені критерії.

171. У зв'язку з цим Суд зазначає, що немає інформації про те, що заявник був раніше судимий. Він також не підозрювався у вчиненні насильницького злочину. Отже, Суд не переконаний доводами Уряду, що заявника було поміщено до металевої клітки з метою забезпечення захисту громадської безпеки. Видається, що лава з металевими ґратами для підсудних була у залі суду постійною конструкцією та що заявника, широко відомого політика, тримали на ній впродовж усіх засідань Печерського суду у період з травня 2010 року до лютого 2012 року. Суд також зазначає, що за провадженням у кримінальній справі пильно спостерігали журналісти, а на світлинах, які публікувалися невдовзі після судових засідань, заявник був зображений за металевими ґратами. Суд також враховує, що провадження щодо заявника широко висвітлювалося засобами масової інформації. Таким чином, заявника за ґратами бачили не тільки присутні на судових засіданнях, але й набагато ширша аудиторія, яка спостерігала за провадженням як через національні, так і міжнародні засоби масової інформації.

172. Хоча на відміну від згаданих вище справ заявник не був у наручниках, Суд вважає, що заходи безпеки у залі суду у їх сукупності були за даних обставин надмірними та могли безсумнівно сприйматися заявником і громадськістю як такі, що принижують гідність.

173. Отже, було порушення статті 3 Конвенції у зв'язку з таким, що принижує гідність, поводженням у розумінні цього положення». [Луценко проти України (№ 2) (29334/11). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a81]

365.3.7. Справа «Янков проти Болгарії»

Фактичні обставини:

Заявник, Тодор Антімов Янков (Todor Antimov Yankov), є громадянином Болгарії, 1943 р.н., проживає у м. Пловдіві. Свого часу він обіймав посаду виконавчого директора сільськогосподарського інвестиційного фонду і фінансової компанії. Перед тим працював викладачем економіки, має ступінь доктора економічних наук. 12 березня 1996 р. його заарештували за підозрою у співучасті в незаконних фінансових операціях і утримували під вартою до початку судового розгляду впродовж двох років і чотирьох місяців.

10 березня 1998 р. під час обшуку заявника (ще до зустрічі з адвокатом) працівник в'язниці вилучив у нього рукопис книги, яку він почав писати, на тій підставі, що заарештований мав намір передати її своєму захисникові. У тексті йшлося про затримання заявника та порушення кримінального провадження щодо нього, тюремних наглядачів було названо «відгодованими неробами» і «звичайними селюками», а тюремного поліцейського – «провінційним вискочкою». Загалом про обвинувачів та слідчих ішлося як про «безчесних людей з владними повноваженнями». Заявник зазначав, що мав намір тільки прочитати адвокатові рядки з чорнового варіанта рукопису.

Цього ж дня начальник в'язниці видав наказ про притягнення до відповідальності п. Янкова «за образливі та наклепницькі заяви щодо державних службовців, слідчих, суддів, обвинувачів та державних установ». Його помістили в одиночну камеру, поголили голову й утримували в ній до 17 березня. Він стверджує, що там не було туалету і йому доводилося використовувати відро, яке нерегулярно виносили, не було можливості дотримуватись гігієни, не вистачало світла. 19 березня 1998 р. п. Янкова доставили на відкритий судовий розгляд у районний суд з нещодавно поголеною головою.

Висновок ЄСПЛ:

«Суд зазначив, що заарештований після примусового гоління голови, очевидно, почувався приниженим, оскільки таким його могли бачити працівники в'язниці, заарештовані, відвідувачі, а в разі швидкого звільнення – й інші. Тож суд вирішив, що примусове гоління голів у тих осіб, які перебувають під вартою, може принижувати їхню людську гідність, породжувати відчуття скривдження й підкорення.

Гоління голови та утримання п. Янкова в одиночній камері за написання згаданих критичних та образливих висловлювань було необґрунтовано суворим поводженням з ним, яке можна кваліфікувати як приниження його гідності. Отже, мало місце порушення ст. 3 Конвенції». [Янков проти Болгарії (11.12.2003). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_213]

365.3.8. Справа «Смірнови проти Росії»

Фактичні обставини:

5 лютого 1993 року проти обидвох заявниць було порушено кримінальну справу за підозрою у незаконному отриманні ними позики в банку. 9 січня 2002 року їх було засуджено за вчинення шахрайства у великих розмірах відповідно до восьми й шести років ув'язнення з конфіскацією майна. Під час досудового слідства заявниць чотири рази брали під варту. 9 квітня 2002 року Московським міським судом вирок у справі було скасовано у зв'язку зі спливом строку давності притягнення до кримінальної відповідальності.

26 серпня 1995 року під час арешту в п. Є. Смірнової було вилучено паспорт, котрий було повернено їй лише 6 жовтня 1999 року. У грудні 1997 року відділ соціального захисту населення відмовився прийняти її на роботу, оскільки у заявниці не було паспорта, а в квітні 1998 року п. Є. Смірнова на тій самій підставі отримала відмову юридичної фірми у прийнятті на роботу.

У грудні 1997 року цій заявниці було відмовлено в наданні безкоштовної медичної допомоги у зв'язку з тим, що вона не змогла представити ані медичну страховку, ані паспорт. У зв'язку з відсутністю в заявниці паспорта їй було відмовлено також у встановленні телефону. 2 червня 1998 року в нотаріальній конторі заявницю поінформували про те, що вона повинна представити документ, який засвідчує її особу, наприклад, паспорт, аби бути здатною до вчинення відповідних юридичних дій. 10 грудня 1998 року заявниці відмовили в реєстрації шлюбу. 19 грудня 1999 року п. Є. Смірнову затримали працівники міліції, вимагаючи представити документ, що засвідчував би її особу. Оскільки вона не змогла показати паспорт, її було доставлено до відділу внутрішніх справ і зобов'язано сплатити адміністративний штраф.

Рішення ЄСПЛ:

«91. (…) Відповідно до закону, державні органи можуть вилучити паспорт лише після остаточного засудження. Паспорт повинен бути повернутий, коли громадянин звільнений. Підзаконні акти дають органам прокуратури та судам додаткове право вилучити паспорт незасуджених ув'язнених на період досудового утримання під вартою. Однак у цьому випадку паспорт повинен бути повернутий громадянинові, як тільки він або вона буде звільнена.

92. Вилучення паспорта не слугувало інтересам національної безпеки, оскільки обвинувачення в шахрайстві не було серед злочинів, що підривають основні принципи конституційного ладу або державної безпеки. Національна безпека не постраждала б, якби заявник міг знайти роботу, пішов у клініку, одружився тощо. (…)

93. Єдиною причиною, з якої влада зберігала паспорт в матеріалах справи, була власна зручність відрізняти заявницю від її сестри-близнюка. Ця причина була не лише поза законом, але й поза здоровим глуздом, оскільки незрозуміло, як приєднання паспорту до справи може полегшити її ідентифікацію.

98. Головне питання полягає в тому, чи було це втручання виправдане згідно з пунктом 2 статті 8, зокрема, чи було це «відповідно до закону» та «необхідним у демократичному суспільстві» для однієї з цілей, перелічених у цьому пункті.

99. Суд нагадує, що словосполучення «відповідно до закону» вимагає, по перше, того, що заходи, на які скаржаться, повинні мати певну основу в національному законодавстві.

100. Уряд не показав, що неповернення паспорта заявниці мало будь-які підстави у внутрішньому законодавстві. Отже, було порушення статті 8». [Смірнови проти Росії (24.07.2003). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_168]

365.3.9. Справа «Афанасьєв проти України»

Фактичні обставини:

1 березня 2000 року заявник був затриманий за підозрою у шахрайстві та доставлений до Київського районного відділу міліції міста Харкова. Заявник стверджує, що у районному відділі міліції йому надягли наручники і міліціонери вимагали, щоб він зізнався у злочині. Коли він відмовився, його декілька разів дуже побили. Кожного разу після побиття йому казали, що якщо він не зізнається, його битимуть і далі. Коли його били останній раз, один з міліціонерів – Г. – вдарив заявника в ліве вухо, наслідком чого стали пухлина і часткова глухота. Після побиття працівники міліції попередили заявника, щоб він «все обдумав» протягом ночі, а в іншому випадку його битимуть знову наступного дня.

З 5 березня до 7 квітня 2000 року заявник проходив медичне обстеження у відділі судово-медичної експертизи. Судово-медичний експерт зафіксував різноманітні ушкодження на тілі заявника. Серед ушкоджень були пошкодження лівого вуха, а також синці на тулубі, обличчі, лівій руці та лівій нозі (які Урядом кваліфіковані як легкі тілесні ушкодження). Експерт також зазначив приблизну дату, коли заявник отримав ці ушкодження: від 5 до 7 днів до 7 березня 2000 року. Ці дати збігалися з періодом тримання заявника в Київському районному відділі міліції.

13 квітня 2000 року заявник звернувся до прокурора Харківської області з проханням порушити кримінальну справу проти міліціонерів щодо застосування до нього тортур. Заяву направили на розгляд до прокуратури Київського району міста Харкова.

30 березня 2004 року прокуратура Жовтневого району ухвалила постанову про припинення кримінальної справи проти працівників міліції, зазначених заявником, та вирішила, що обстави-

ни завдання середньої тяжкості тілесних ушкоджень потребують додаткового розслідування. На момент розгляду скарги ЄСПЛ розслідування продовжувалось.

Рішення ЄСПЛ:

«61. Суд вважає, що у цій справі ступінь тяжкості ушкоджень, які встановлені судово-медичною експертизою на тілі заявника незабаром після його звільнення (…) , вказує, що ушкодження заявника були достатньо суттєвими, щоб утворити нелюдське та таке, що принижує гідність, поводження у значенні статті 3 Конвенції. Залишається лише вирішити, чи має держава бути визнана відповідальною за статтею 3 щодо цих ушкоджень.

62. Суд відзначає, що матеріали справи підтверджують, що заявник зазнав насильства під час свого затримання. Але заявник не надав жодних незалежних доказів, здатних підтвердити його заяви, ніби ушкодження були завдані працівниками міліції. Не було жодного свідка події. За відсутності будь-яких незалежних свідків, які були присутні під час побиття, Суд вважає неможливим встановити, чи були ушкодження заявникові завдані працівниками міліції, як це стверджується.

63. Однак Суд вважає, що у сукупності медичні докази, свідчення заявника, факт його перебування у районному відділі міліції протягом трьох днів та відсутність будь-якого іншого вірогідного пояснення щодо походження ушкоджень заявника викликають розумну підозру, що ці ушкодження могли завдати працівники міліції.

64. Суд нагадує, що держава відповідає за благополуччя осіб, взятих під варту, і органи влади зобов'язані захищати таких осіб.

Пам'ятаючи про обов'язок органів влади звітувати щодо ушкоджень, завданих особам, що перебувають під їхнім контролем, Суд вважає, що нездатність встановити державних службовців, винних у злочинному насильстві щодо затриманої особи, як у цьому випадку, не може звільнити державу від відповідальності за Конвенцією.

65. У світлі вищезазначеного та за відсутності жодного вірогідного пояснення Уряду щодо походження ушкоджень заявника слід вважати, що заявник отримав ушкодження внаслідок нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження, за яке Уряд має нести відповідальність.

66. Суд робить висновок, що тут було порушення статті 3 Конвенції у цьому відношенні». [Афанасьєв проти України (38722/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_239]

365.3.10. Справа «Охріменко проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«93. Заявник стверджував, що з 11 грудня 2007 року і принаймні до 19 вересня 2008 року, коли він перебував у лікарні, він постійно був прикутий наручниками до свого ліжка: удень – однією рукою, а вночі – двома руками. Він також повідомив, що його постійно охороняли троє працівників СІЗО, хоча вікно в його палаті було з гратами, а це суттєво зменшувало ймовірність його втечі. До того ж ані в СІЗО, ані в лікарні заявник не намагався втекти і не поводився агресивно. Отже, на думку заявника, такий захід, як приковування його наручниками до ліжка, не був виправданим і становив нелюдське поводження на порушення статті 3 Конвенції.

94. Уряд пояснював, що наручники в лікарні застосували для того, щоб убезпечити персонал і не допустити втечі заявника. Уряд також зазначав, що заявник мав можливість вільно пересуватися і харчуватися без будь-яких труднощів. Тому Уряд заявляв, що поганого поводження із заявником не було.

95. Суд повторює, що погане поводження підпадатиме під дію статті 3 Конвенції лише в разі, якщо досягнуто певного мінімального рівня жорстокості. Оцінка такого мінімального рівня є відносною; вона залежить від усіх обставин справи, таких як тривалість поводження, його фізичні та психологічні наслідки, а в деяких випадках враховуються стать, вік і стан здоров'я потерпілого.

96. Мета такого поводження є чинником, який слід ураховувати, з'ясовуючи, зокрема, чи був намір принизити або образити потерпілого. Однак відсутність такої мети не може неминуче приводити до висновку про те, що порушення статті 3 не було.

97. Як правило, застосування наручників не дає підстав для порушення питання за статтею 3 Конвенції, якщо такий захід здійснювався у зв'язку із законним затриманням, без застосування сили і без його публічної демонстрації, а також у межах того, що обґрунтовано вважалося необхідним. При цьому важливо враховувати, наприклад, ризик втечі даної особи або спричинення нею тілесного ушкодження або шкоди.

98. У справі, що розглядається, Суд зазначає, що, хоча заявник відмовився від обстеження та лікування і вживав нецензурні слова стосовно працівників лікарні, немає жодних свідчень, щоб він коли-небудь поводився агресивно або намагався втекти. Крім того, той факт, що заявника постійно охороняли троє працівників СІЗО, не був предметом спору між сторонами. До того ж на момент госпіталізації заявник хворів на рак у запущеній стадії, а після операції та подальшого курсу радіотерапії був ослаблений. Отже, Суд вважає, що застосування до заявника наручників з міркувань безпеки не могло бути виправданням і, враховуючи поганий стан його здоров'я, таке поводження слід розглядати як нелюдське і таке, що принижує гідність. Таким чином, статтю 3 Конвенції було порушено». [Охріменко проти України (53896/07). https://minjust.gov.ua/files/1122]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 365 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

365.4.1. Приниження гідності як одна з ознак кваліфікованого складу злочину (ч. 2 ст. 365 КК України) відбувається в усіх випадках, коли стосовно особи, яка позбавлена свободи, або взагалі, якій протистоять працівники правоохоронних органів, застосовується фізична сила, яка не була викликана суворою необхідністю внаслідок власної поведінки особи. Приниження гідності без застосування сили, – це дії, які викликають відчуття страждання та неповноцінності, здатні принизити та зганьбити потерпілого (наприклад, позбавлення сну протягом кількох днів, тримання потерпілої особи роздягненою за принизливих обставин тощо).

(Див.: 365.2.1–365.2.4; 365.2.12; 365.3.4)

365.4.2. Перевищення влади або службових повноважень, якщо вони супроводжувалися насильством, застосуванням зброї чи спеціальних засобів або болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого, не обов'язково спричиняють фізичні або психічні наслідки, які підлягають медичному встановленню.

(Див.: 365.2.6; 365.2.11)

365.4.3. Катування як «негативна ознака» складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 365 КК відсутнє, коли насильство не має достатнього ступеня жорстокості та (або) насильство застосовано без мети примусити потерпілого чи іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, у тому числі отримати від нього або іншої особи відомості чи визнання, або з метою покарати його чи іншу особу за дії, скоєні ним або іншою особою чи у скоєнні яких він або інша особа підозрюється, а також з метою залякування чи дискримінації його або інших осіб.

(Див.: 365.3.3 та 127.4.1)

365.4.4. Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом, – коли особа вчиняє дії, які явно виходять за межі наданих прав чи повноважень. При цьому слід брати до уваги усі обставини, за яких вчинені вказані дії. Відсутня ознака «явно», коли дії працівника правоохоронного орану ґрунтується на щирому переконанні їх законності, яке може вважатися правильним у момент вчинення дій, але згодом виявляється помилковим.

(Див.: 365.2.8; 365.3.2; 365.3.5)

365.4.5. Необережне заподіяння смерті стороннім цивільним особам внаслідок перевищення влади співробітниками правоохоронних органів під час проведення антитерористичних операцій кваліфікується за ч. 3 ст. 365 КК України. Заподіяння смерті з прямим чи непрямим умислом стороннім цивільним особам внаслідок перевищення влади співробітниками правоохоронних органів під час проведення антитерористичних операцій кваліфікується за ч. 3 ст. 365 КК України та за відповідними частинами (пунктами) ст. 115 КК України.

(Див.: 115.4.8)

365.4.6. Неприцільна стрільба працівників правоохоронних органів у натовп свідчить про неконкретизований непрямий умисел стосовно можливих наслідків. Такі дії кваліфікуються як перевищення влади та, додатково, за наслідками, що фактично настали (наприклад, ст. 115, ст. 121 КК України).

(Див.: 115.4.9)

365.4.7. До суб'єктів цього злочину належать, зокрема, працівники правоохоронних органів зарубіжних держав у випадку перевищення влади або службових повноважень під час виконання ними на території України службових обов'язків у порядку, передбаченому статтями 18 і 20 Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу в кримінальних справах.

Згідно зі статтями 18 і 20 Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах на території України можуть здійснюватися на прохання іншої країни контрольовані поставки, а також створюватися слідчі групи за участю працівників правоохоронних органів зарубіжних держав. При цьому Україна, ратифікувавши зазначену міжнародну угоду, погодилась, що під час здійснення діяльності, зазначеної в статтях 18 і 20, посадові особи іншої країни стосовно кримінальної відповідності, що стосується вчинених ними злочинів «уважаються посадовими особами. Такі працівники виконують свої обов'язки на території України на підставі міжнародного договору разом з українськими працівниками правоохоронних органів. Наприклад, у випадку участі працівників іноземних правоохоронних органів на території України у складі спільних слідчих груп, вони підпорядковуються керівнику групи, яким може бути лише представник компетентного органу, який бере участь у кримінальному розслідуванні від України *(див.: 365.1.6 – ст. 20–21)*.

За таких обставин перевищення влади або службових повноважень зазначеними працівниками під час виконанням ними на території України службових обов'язків має, на наш погляд, кваліфікуватися за відповідною частиною ст. 365 КК (за наявності усіх інших ознак складу цього злочину).

(Див.: 365.1.6)

365.4.8. ЄСПЛ не вбачає порушення прав людини у застосуванні наручників, коли цей захід пов'язаний із законним затриманням, не тягне за собою застосування сили, що перевищує розумно обґрунтовану необхідність у даних обставинах, а також коли застосування наручників не супроводжується відвертою публічною демонстрацією. При цьому важливо враховувати, наприклад, ризик втечі даної особи або спричинення нею тілесного ушкодження або іншої шкоди.

(Див.: 365.2.9; 365.3.1; 365.3.2; 365.3.10)

365.4.9. Правова позиція ЄСПЛ: застосування наручників до психічно хворого заявника протягом семи днів без будь-якого психіатричного обґрунтування та без надання йому медичної допомоги у зв'язку з тілесними ушкодженнями, які виникли внаслідок застосування до нього сили з метою приборкання і які він спричинив собі сам, перебуваючи в карцері, ЄСПЛ оцінив як нелюдське і таке, що принижує гідність, поводження.

(Див.: 365.3.4)

365.4.10. Правова позиція ЄСПЛ: тримання працівниками правоохоронних органів підозрюваної чи затриманої особи прикутою наручниками до ліжка в лікарні становило нелюдське та таке, що принижує гідність, поводження.

(Див.: 365.3.10)

365.4.11. Правова позиція ЄСПЛ: тримання підсудного у металевій клітці під час судового розгляду коли особа обвинувачується у вчиненні ненасильницьких злочинів, не має судимостей, відсутні докази, які б свідчили про її схильність до насильства, ЄСПЛ визнано надмірними заходами безпеки, які принижують гідність.

(Див.: 365.3.6)

365.4.12. Правова позиція ЄСПЛ: незаконне і безпідставне гоління працівниками правоохоронного органу голови затриманої особи є свавільним заходом, і визнано порушенням ст. 3 Конвенції (заборона поводження, що принижує гідність).

(Див.: 365.3.7)

365.4.13. Правова позиція ЄСПЛ: незаконне відібрання і неповернення протягом тривалого часу паспорта громадянина становить порушення ст. 8 Конвенції і може бути визнано таким, що завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам громадянина.
(Див.: 365.3.8)

365.4.14. Правова позиція ЄСПЛ: нездатність потерпілого підтвердити його заяви, ніби ушкодження були завдані працівниками поліції, не виключає висновку ЄСПЛ про порушення статті 3 Конвенції.
(Див.: 365.3.9)

365.4.15. Правова позиція ЄСПЛ: сам факт непроведення ефективного офіційного розслідування заяви про перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу, є достатнім (інколи навіть за відсутності об'єктивних обставин, що підтверджують таку скаргу) для винесення ЄСПЛ рішення про порушення відповідним урядом ст. 3 Конвенції.
(Див.: 365.2.5; 365.2.14; 365.2.15)

365.4.16. Перевищення влади працівником правоохоронного органу у вигляді депортації, насильницького переміщення населення, незаконного позбавлення волі або викрадення людини, якщо такі дії вчинені в рамках широкомасштабного або систематичного нападу на будь-яких цивільних осіб з метою проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, за нормами міжнародного права розглядається як злочин проти людяності. Однак у зв'язку з тим, що зазначені норми міжнародного права не імплементовані до КК України, кожне таке діяння, що вчиняється в рамках широкомасштабного або систематичного нападу з метою проведення політики держави або організації, кваліфікується як окремий злочин за ч. 2 або ч. 3 ст. 149 КК України.
(Див.: XX.1.5; XX.4.2; XX.4.3)

Стаття 366. Службове підроблення

1. Складання, видача службовою особою завідомо неправдивих офіційних документів, внесення до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей, інше підроблення офіційних документів –

караються штрафом до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, зі штрафом від двохсот п'ятдесяти до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(Стаття 366 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1508-VI від 11.06.2009 – зміни втратили чинність на підставі Закону № 2808-VI від 21.12.2010; в редакції Закону № 3207-VI від 07.04.2011; із змінами, внесеними згідно із Законами № 222-VII від 18.04.2013, № 1261-VII від 13.05.2014)

Стаття 366[1]. Декларування недостовірної інформації

Подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої Законом України «Про запобігання корупції», або умисне неподання суб'єктом декларування зазначеної декларації –

караються штрафом від двох тисяч п'ятисот до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин, або позбавленням волі на строк до двох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. Суб'єктами декларування є особи, які відповідно до частин першої та другої статті 45 Закону України «Про запобігання корупції» зобов'язані подавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Відповідальність за цією статтею за подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації стосовно майна або іншого об'єкта декларування, що має вартість, настає у випадку, якщо такі відомості відрізняються від достовірних на суму понад 250 прожиткових мінімумів для працездатних осіб.

(Кодекс доповнено статтею 366[1] згідно із Законом № 1700-VII від 14.10.2014; із змінами, внесеними згідно із Законами № 1022-VIII від 15.03.2016, № 1774-VIII від 06.12.2016)

Стаття 367. Службова недбалість

1. Службова недбалість, тобто невиконання або неналежне виконання службовою особою своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них, що завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб, –

карається штрафом від двохсот п'ятдесяти до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років та зі штрафом від двохсот п'ятдесяти до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або без такого.

(Стаття 367 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1508-VI від 11.06.2009, № 2808-VI від 21.12.2010; в редакції Закону № 3207-VI від 07.04.2011)

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо службової недбалості

367.2.1. Справа «Öneryildiz v. Turkey»

«93. (…) У зв'язку з цим слід зазначити, що у випадках загибелі людини тлумачення статті 2 Конвенції, щодо зобов'язання провести офіційне розслідування, виправдано не тільки тому, що будь-які твердження про такий злочин зазвичай породжують кримінальну відповідальність, але також і тому, що на практиці фактичні обставини смерті є або можуть бути в значній мірі обмежені знаннями державних посадових осіб або органів влади.

На думку Суду, ці міркування незаперечно дійсні в контексті небезпечних видів діяльності, коли загибель людини є результатом подій, що мали місце у віданні органів державної влади, які часто є єдиними особами, щоб мати достатню кількість відповідних знань для виявлення і попередження потенційно небезпечних подій.

У тих випадках, коли встановлено, що недбалість державних службових осіб, виходить за рамки помилки, що представник влади повністю усвідомлюючи ймовірні наслідки й ігноруючи покладені на нього повноваження, не прийняв заходів, які були необхідні і достатні для запобігання ризиків, пов'язаних із небезпечною діяльністю, той факт, що особи, винні в загрозі життю, не були звинувачені в кримінальному злочині і не притягнуті до відповідальності, може являти собою порушення статті 2 Конвенції незалежно від будь-яких інших засобів правового захисту, які можуть застосовувати потерпілі особи». [Öneryildiz v. Turkey (48939/99). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–67614] (Неофіційний авторський переклад)

367.2.2. Справа «Mastromatteo v. Italy»

«68. (…) Суд визначив, що позитивний обов'язок держави [забезпечити право на життя за змістом ст. 1 Конвенції] має місце в разі, коли встановлено, що влада знала або повинна була знати про існування реальної і безпосередньої загрози життю однієї або кількох осіб, і що влада не прийняла, в рамках своїх повноважень, заходів, які, с розумної точки зору, без сумніву частково усунули б цю загрозу [була недбалість]». [Mastromatteo v. Italy (37703/97). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–60707] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо службової недбалості

367.3.1. Справа «97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia»

Фактичні обставини:

Справа стосується інциденту, що стався в жовтні 1999 року, в ході якого група православних екстремістів під проводом позбавленого сану священика Василія напала на членів громади релігійної організації «Свідки Єгови». Група оточила театр, у якому знаходилися 120 членів громади, і проникла в нього. Хоча деяким із членів громади вдалося врятуватися, 60 інших, включаючи жінок і дітей, були жорстоко побиті нападниками, які наносили удари руками, ногами, палицями, залізними хрестами і ременями, а також зіштовхували їх зі сходів. Одному з потерпілих нападники поголили голову, вимовляючи при цьому релігійні тексти. Потім потерпілих обшукали, відібрали їхні особисті речі, знайдені при них предмети релігійного характеру були кинуті в багаття. 16 осіб було госпіталізовано, переважно з черепно-мозковими травмами та скаргами на головний біль. Хоча поліція була попереджена про те, що відбувається, поліцейські спочатку вважали за краще не втручатися. Начальник поліції навіть сказав одному із заявників, що «на місці нападників він зробив би єговістам ще гірше!».

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«124. У підсумку Європейський суд зазначає, що поліція відмовилася негайно втрутитися для захисту заявників і дітей деяких із заявників від жорстокого поводження і що згодом заявники зіткнулися з повною байдужістю з боку компетентних органів, які за відсутності правомірної підстави відмовилися забезпечити дотримання закону в даному випадку. На думку Європейського суду, такий підхід з боку органів влади, які уповноважені проводити розслідування кримінальних злочинів, по суті, зводив нанівець ефективність будь-якого іншого можливого засобу правового захисту.

125. Зважаючи на це Суд дійшов висновку, що держава Грузія не виконала свої безумовні зобов'язання, передбачені статтею 3 Конвенції, щодо 42 зазначених заявників.

(…)

140. Розглянувши всі наявні в його розпорядженні докази, Суд зазначає, що у даній справі відмова поліції негайно втрутитися в те, що відбувалося на місці події для захисту заявників і дітей деяких із них від насильницьких актів релігійної нетерпимості і подальша байдужість з боку відповідних органів влади стосовно заявників були в значній мірі пов'язані з релігійними переконаннями заявників. Уряд не надав жодних зустрічних доводів. На думку Суду, зауваження і позиція тих державних службовців, до відома яких була доведена інформація про напад, або тих, кому було згодом доручено проведення розслідування у справі, несумісні з принципом рівності всіх перед законом. (…) Уряд не надав жодного обґрунтування такого дискримінаційного підходу щодо заявників.

141. Суд вважає, що недбале ставлення поліції і слідчих органів до вкрай серйозних правопорушень щодо релігійних переконань заявників дозволило отцю Василію продовжувати пропагувати в засобах масової інформації ненависть, здійснювати за підтримки своїх прихильників насильницькі акти релігійної нетерпимості і стверджувати, що він користується негласною підтримкою влади. Це викликало у цивільного населення справедливі підозри, що представники державних органів є співучасниками злочинців.

142. Зважаючи на це Європейський суд доходить висновку, що стосовно вказаних заявників … мало місце порушення статті 14, взятої разом зі статтями 3 та 9 Конвенції». [97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia (71156/01). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–80395]

367.3.2. Справа «Федіна проти України»

Фактичні обставини:

19 липня 2001 року син заявниці, пан Федін, 1969 року народження, ловив рибу в річці Кача разом з Д., який був підлітком. Згідно зі свідченнями Д., наданими у подальшому провадженні,

вода почала «щипати» їхні ноги, коли вони дійшли до села Айвове. Вони побачили дріт, який звисав з дерев'яної опори ліній електропередач і колихався у воді. Пан Федін, сказавши, що дріт не є небезпечним та його необхідно витягнути, ступив у воду та намагався витягнути дріт з річки. Схопившись за дріт, він закричав, упав у воду і помер.

6 серпня 2001 року заявниця звернулась до прокуратури Бахчисарайського району Автономної Республіки Крим (далі – районна прокуратура) із заявою про проведення перевірки обставин смерті її сина, стверджуючи, що його смерть була спричинена халатністю та недбалістю з боку РЕМ, оскільки вона не полагодила обірвані лінії електропередач, тоді як мешканці села Айвове повідомляли про відсутність електропостачання ще 5 липня 2001 року.

Слідчий районної прокуратури вивчив внутрішні положення, які регулюють обов'язки та відповідальність працівників районної електромережі (РЕМ), встановив та допитав двох посадових осіб, відповідальних за обслуговування ліній електропередач, а також двох працівників РЕМ, які ремонтували мережу електропостачання після смерті пана Федіна. Він також перевірив інформацію стосовно метеорологічних умов на момент подій та дійшов висновку, що відключення електропостачання було викликано несприятливими погодними умовами. 16 квітня 2003 року, не знайшовши доказів службової недбалості, яка спричинила смерть, районна прокуратура вирішила не висувати обвинувачення щодо працівників РЕМ, відповідальних за обслуговування електромережі. Районною прокуратурою було встановлено, що дротова мережа в селі Айвове обслуговувалась відповідно до встановлених технічних правил та вимог.

Рішення ЄСПЛ:

«49. Заявниця стверджувала, що, якби відповідні правила безпеки були дотримані, її син не помер би.

50. Суд зауважує, що причиною смерті сина заявниці, як це було встановлено актом судово-медичного дослідження трупа, складеним на підставі постанови прокуратури у серпні 2001 року, було ураження електричним струмом. Обставини смерті не були піддані сумніву: дорослий син заявниці підняв дріт під напругою, що лежав у воді.

(…)

52. Позитивний обов'язок вживати всіх необхідних заходів для захисту життя особи відповідно до статті 2 Конвенції, перш за все, покладає на державу основоположний обов'язок запровадити законодавчі та адміністративні процедури, покликані забезпечити ефективні механізми стримування від порушення права на життя. Цей обов'язок безперечно застосовується в конкретному контексті небезпечних видів діяльності, де, крім того, особливий акцент має робитись на спеціальних нормах, спрямованих на особливості такої діяльності, особливо щодо рівня потенційного ризику для життя людей.

53. Межі дії позитивного обов'язку повинні тлумачитися таким чином, щоб не накладати нереальний або непропорційний тягар на органи державної влади. Відповідно, не кожен стверджуваний ризик для життя може передбачати для державних органів конвенційний обов'язок вживати оперативних заходів для запобігання реалізації цієї загрози. Позитивний обов'язок матиме місце у випадках, коли буде встановлено, що державні органи знали або повинні були знати – в момент його існування – про реальний і прямий ризик для життя невизначеної особи, спричинений злочинними діяннями третіх осіб, та те, що вони не вжили заходів, яких, справедливо судячи, можна було б вжити аби уникнути цього ризику (…)

54. На цьому етапі питання щодо того, чи потребує установка та експлуатація електричних мереж регулювання з боку відповідних державних органів, не обговорювалось. Заявниця не заперечувала існування на той час в Україні норм та правил, що регулювали установку та безпечну експлуатацію електричних мереж. Крім того, твердження заявниці про халатність під час ремонту дротів після негоди були неодноразово перевірені національними органами. У зв'язку з відсутністю будь-яких ознак того, що державні органи знали про пошкоджений дріт до того, як син заявниці витягнув його з річки та був уражений електрострумом (та незалежно від того, чи лінія обірвалась під час негоди, чи в результаті порушення відповідних правил техніки безпеки), Суд вважає, що в цій справі не можна встановити, чи були правила техніки безпеки неадекватними,

або не були дотримані, призвівши до загибелі сина заявниці, чи те, що держава не виконала свого позитивного обов'язку за статтею 2 Конвенції щодо захисту життя особи.

55. У світлі вищенаведеного Суд вважає, що ця частина заяви є явно необґрунтованою та відхиляє її відповідно до пунктів 3 та 4 статті 35 Конвенції». [Федіна проти України (17185/02). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_802]

367.3.3. Справа «En l'affaire A. A. et autres c. Turquie»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«47. Суд повторює, що будь-яке позбавлення фізичної свободи за своїм характером може призвести до психологічних розладів ув'язнених та, відповідно, до ризику самогубства. Системи утримання під вартою включають заходи для запобігання таким ризикам життя ув'язнених, як розпорядження гострими предметами, ременями або дротами.

48. У цій справі Суд зауважує, що СА було поміщено під варту в приміщення місцевого управління безпеки та, як наслідок, правила, передбачені в національному законодавстві для такого типу затримання, застосовується у цьому випадку. У протоколі немає нічого, що б свідчило про недотримання типових заходів, спрямованих на уникнення самогубства в'язнів. Цей пункт не оскаржується заявниками.

49. Суд не переконаний, що заходи, вжиті поліцією стосовно нагляду за СА, можуть бути оскаржені згідно зі статтею 2, зважаючи на його психічний стан без ознак розладу. Засіб, який знайшов СА для самогубства, а саме – виготовлення мотузки з ковдри та його сорочки, було важко передбачити.

50. Оскільки затриманий не виявив жодних суїцидальних тенденцій, влада не може бути піддана критиці за невиконання спеціальних заходів, таких як забезпечення постійного нагляду за камерою СА або конфіскацію його одягу або ковдри. У протоколі немає нічого, щоб показати, що офіцери повинні були розумно передбачити, що СА збирається здійснити самогубство, і що вони повинні забезпечити постійну присутність офіцера у своїй камері.

51. За цих обставин Суд робить висновок, що в цьому пункті не було порушення статті 2 Конвенції». [En l'affaire A. A. et autres c. Turquie (30015/96). ECHR 2004-VII. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–66498]

367.3.4. Справа «Ошурко проти України»

Фактичні обставини:

23 та 24 січня 2003 року у зв'язку з підозрами щодо своєї жінки заявник посварився з Ч. та завдав йому тілесних ушкоджень, що виявились смертельними, і 25 січня 2003 року Ч. помер. У той самий день заявника було затримано в рамках кримінального провадження. 28 січня 2003 року суддя Димитровського міського суду Донецької області постановив обрати заявнику запобіжний захід у виді взяття під варту. У невизначену дату заявника було поміщено до ізолятора тимчасового тримання Красноармійського МВ ГУМВС Донецької області. 12 квітня 2003 року заявника було поміщено до камери № 7, у якій тримались К., колишній боксер Д., відомий під прізвиськом «Дач», та неодноразово засуджений І., відомий під прізвиськом «Сова», опійний наркоман, який страждав на туберкульоз та психопатію збудливого типу.

З 19.00 год 12 квітня 2003 року до 01.00 год 13 квітня 2003 року заявника жорстоко били «Сова» та «Дач». Заявник отримав численні тяжкі тілесні ушкодження. Заявник стверджує, що він кричав через відкрите вікно в дверях камери та стукав у них близько трьох хвилин, щоб привернути увагу охоронців. Проте охоронці не відреагували на його заклики. У цей час заявник почув імена працівників міліції, які чергували: Льоня та Сергій, які в подальшому були ідентифіковані як працівники міліції Ч. та П. Пізніше особи, які тримались під вартою в тому ж ізоляторі та були допитані в рамках кримінального провадження, підтвердили, що вони чули звук ударів, крики заявника та його заклики про допомогу.

13 квітня 2003 року чергові працівники міліції Ів. та К. заступили на чергування до відділу, де тримались заявник та його співкамерники. Після обіду того ж дня заявника оглянув лікар швидкої допомоги, який рекомендував направити його до лікарні. Заявника було допроваджено до лікарні, але після огляду лікарем-офтальмологом його не було госпіталізовано, а доставлено назад до тієї ж камери з його нападниками. Близько 10.00 год 14 квітня 2003 року заявника було доставлено на допит і близько 11.00 год його ще раз оглянув лікар, який знову підтвердив необхідність його негайної госпіталізації. Незважаючи на рекомендації лікаря, працівники міліції, посилаючись на відсутність пального для доставлення заявника до лікарні, допровадили його до ізолятора тимчасового тримання. Заявника було звільнено близько 22.00 год після відібрання у нього підписки про невиїзд.

Заявник втратив зір на обидва ока. За результатами медико-соціальної експертизи від 17 червня 2003 року № 1531 йому було встановлено першу групу інвалідності. У висновку було вказано «загальне захворювання» як причину цієї інвалідності. За твердженнями заявника, непоправні наслідки для його здатності бачити були спричинені, головним чином, відсутністю обов'язкового медичного втручання.

Рішення ЄСПЛ:

«81. (…) Суд зазначає, що інцидент, після якого заявнику було завдано численні тілесні ушкодження, мав місце з 19.00 год 12 квітня 2003 року до 01.00 год 13 квітня 2003 року. Заявник пройшов медичні обстеження не раніше, ніж після обіду цього ж дня, та близько 11.00 год 14 квітня 2003 року. Двічі лікарі повідомляли працівників установи про тяжкий стан здоров'я заявника та про те, що йому була необхідна відповідна медична допомога. За цих обставин Суд вважає, що, беручи до уваги рекомендації лікарів щодо направлення заявника до лікарні (…), подбати про тілесні ушкодження заявника можливо було лише за межами установи. Однак заявник зміг отримати таку медичну допомогу лише із значною затримкою, а саме опівночі 14 квітня 2003 року, що є більше, ніж через 48 годин після інциденту, коли до лікарні його доправили батьки. У світлі обставин цієї справи затримка і ухилення від надання в найкоротший строк заявнику допомоги, яка б відповідала його потребам, становлять незабезпечення медичною допомогою.

82. Суд вважає, що національні органи влади не відреагували належним чином на серйозні проблеми зі здоров'ям заявника і, таким чином, заявника було піддано нелюдському та такому, що принижує гідність, поводженню, забороненому статтею 3 Конвенції». [Ошурко проти України (33108/05)// http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_725]

367.3.5. Справа «Горовенки та Бугара проти України»

Фактичні обставини:

22 листопада 1999 року невдовзі після опівночі Д., заступник начальника відділу карного розшуку П'ятихатського районного відділу УМВС України в Дніпропетровській області, повертався з приватної поїздки машиною, за кермом якої був його знайомий, В. Бугара. Третій заявник також був у машині. Посварившись із В. Бугарою, Д., який був у стані сп'яніння, умисно вистрілив з табельної зброї, яку завжди носив із собою, і вбив його на місці, після чого намагався застрелити третього заявника, але не влучив. Останньому вдалося втекти. Після цього Д. намагався зупинити машини, що проїжджали мимо. А. Горовенко, що проїжджав у той час, зупинився та заговорив до Д., який вдав, що його машина зламалася, та попросив допомогти. Проте А. Горовенко запідозрив, що щось було не так, і намагався поїхати. Д. застрелив А. Горовенка та намагався застрелити Р., пасажирку А. Горовенка, і важко поранив її. Невдовзі Д. затримали перехожі та доставили до відділу міліції.

Вироком від 14 листопада 2000 року Дніпропетровський обласний суд визнав Д. винним у вчиненні вбивства кількох осіб і засудив його до довічного позбавлення волі. Суд встановив, що у березні 1999 року було прийнято рішення, яким Д. дозволялося постійно носити зброю. Проте Д. систематично порушував положення Закону України «Про міліцію», як під час виконання службових обов'язків, так і поза тим, і неодноразово зловживав алкоголем. Зокрема, під час навчання в училищі міліції Д. було звільнено з посади командира відділення за зловживання алкогольними напоями. У 1994 році він завдав легких тілесних ушкоджень Ш. і тричі притягався до дисципліні-

нарної відповідальності за порушення службової дисципліни. За кілька днів до вчинення злочину, а саме 13 листопада 1999 року, під час виборів Президента України, коли міліція працювала у спеціальному «посиленому» режимі, Д. повертався додому у стані сильного алкогольного сп'яніння. Знаючи про зловживання Д. алкогольними напоями, його керівники своєчасно не вилучили у нього табельну зброю.

Рішення ЄСПЛ:

«25. Заявники скаржилися, що через відсутність нагляду за зберіганням і використанням вогнепальної зброї працівником міліції Д. держава не дотрималась свого прямого обов'язку, передбаченого статтею 2 Конвенції (…)

(…)

31. Насамперед Суд зазначає, що родичів заявників застрелив працівник міліції, Д., який не був при виконанні службових обов'язків. Подія, про яку йдеться, сталася під час поїздки, що не мала стосунку до планової міліцейської операції або стихійного переслідування. Отже, дії Д. як приватної особи, що мали серйозний злочинний характер, не можуть у принципі стосуватися відповідальності держави за матеріально-правовим аспектом статті 2 Конвенції лише через те, що той був державним службовцем.

32. Однак Суд повторює, що стаття 2 зобов'язує державу не лише утримуватися від умисного та незаконного позбавлення життя, а й вживати належних заходів для того, щоб захистити життя тих, хто знаходиться під її юрисдикцією (…)

(…)

34. З огляду на свою практику Суд вважає, що обов'язок держави гарантувати право на життя повинен вважатися таким, що включає вжиття розумних заходів для забезпечення безпеки осіб та, у випадку тяжкого ушкодження або загибелі, наявність ефективної незалежної судової системи, яка гарантуватиме юридичні засоби, спроможні встановити факти, притягнути до відповідальності винних і забезпечити належне відшкодування потерпілим.

35. У зв'язку з цим Суд зазначає, що, хоча вину Д. у вбивстві двох осіб не можна заперечити, національні органи неодноразово визнавали, що керівники Д. належним чином не оцінили його особистість і, незважаючи на попередні тривожні події за участю Д., дозволили йому носити зброю, що призвело до події, про яку йдеться.

36. Крім того національне законодавство чітко забороняє видачу зброї працівникам міліції, які не мають належних умов для її безпечного зберігання, а службовим розслідуванням було визнано, що місце, де вдома Д. зберігав зброю, ніколи не перевірялося. Зокрема, відсутність безпечного місця зберігання могла стати причиною постійного носіння Д. зброї з собою – і під час виконання ним своїх службових обов'язків, і в позаробочий час, що стало однією з причин смертельного результату сварки Д. з його жертвами.

37. Проте у цивільному провадженні щодо відшкодування шкоди національний суд не взяв до уваги вищезазначені висновки та постановив, що немає причинно-наслідкового зв'язку між недотриманням працівниками міліції чинного законодавства і непроведенням правильної оцінки ситуації при наданні підлеглим дозволу на носіння зброї і летальною подією за участю такого підлеглого. Для національних органів той факт, що Д. не був при виконанні службових обов'язків, був достатнім, щоб виключити будь-яку можливу відповідальність з боку його керівників, незважаючи на чіткі висновки щодо протилежного, до яких дійшли у рамках службового розслідування, та матеріали кримінальної справи. Доводи заявників щодо протилежного не були враховані.

38. Суд повторює, що від держав очікується встановлення високих професійних стандартів у рамках їх правоохоронних систем і забезпечення того, щоб особи, які перебувають на службі в таких системах, відповідали необхідним критеріям. Зокрема, видаючи працівникам міліції вогнепальну зброю, слід проводити не лише необхідне технічне навчання, а й особливо ретельний відбір службовців, яким дозволять носити таку вогнепальну зброю.

39. Із викладеного випливає, що у цій справі працівник міліції, який умисно застрелив двох осіб зі своєї табельної зброї, отримав її всупереч існуючим національним нормам, оскільки не

було перевірено, де він її зберігатиме, коли не виконуватиме службові обов'язки, і що його особу не було правильно оцінено з огляду на попередні порушення ним дисципліни.

40. За таких особливих обставин Суд доходить висновку, що у цій справі було порушення прямих обов'язків держави за статтею 2 Конвенції». [Горовенки та Бугара проти України (36146/05 та 42418/05). https://minjust.gov.ua/files/27320]

367.3.6. Справа «Riera Blume and others v. Spain»

Фактичні обставини:

Заявники були затримані 20 червня 1984 р. поліцією під розслідування справи про діяльність релігійної секти під назвою CEIS (Centro Esotérico de Investigaciones). Після встановлення, що вони є жертвами психологічного насильства з боку керівників секти, заявники були звільнені. У світлі інформації, що існує небезпека того, що заявники після звільнення можуть покінчити життя самогубством, суддя, тим не менш, вирішив звільнити заявників, але дав усні інструкції поліції про те, щоб заявники були передані їхнім родинам, яким слід рекомендувати звернутися за допомогою до психіатричного центру для проведення на добровільних засадах реабілітації заявників.

21 червня 1984 р. заявники були доставлені співробітниками каталонської поліції на службових автомобілях у готель у тридцяти кілометрах від Барселони, де вони були передані їхнім сім'ям. У готелі заявники були поміщені в окремі кімнати під наглядом осіб, найнятих із цією метою, один з яких залишався постійно в кожній кімнаті, і їм не дозволялося залишати свої кімнати протягом перших трьох днів. Вікна були щільно закриті дерев'яними дошками. 30 червня 1984 року за сприянням прокуратури заявники були звільнені і покинули готель.

Заявники подали кримінальну скаргу на незаконне позбавлення волі, вчинене їх родичами та на бездіяльність поліцейських, яким було відомо про їх незаконне тримання в готелі. Суди різних інстанцій Каталонії відхилили їх скаргу.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«26. Заявники стверджували, що мало місце порушення ст. 5 Конвенції через те, що вони були позбавлені свободи без будь-якої правової основи відповідно до національного або міжнародного права.

27. Уряд не заперечував, що заявники були позбавлені волі. Однак позбавлення волі вчинене не поліцейським, чия роль була обмежена сумлінним виконанням доручення судді про передачу заявників їх сім'ям. Уряд вважає, що відповідальність за позбавлення волі лежить на членах сімей заявників і на особах, що належать до секти.

(…)

33. Суд зазначає (…), що 29 і 30 червня 1984 року, тобто в той час, коли заявників все ще тримали в готелі, поліцейські допитували їх у присутності адвоката після того, як повідомили їм про їхні права. Це показує, що каталонські влади весь час знали, що заявники все ще утримуються в готелі і нічого не зробили, щоб покласти край ситуації.

34. Також співробітники поліції не могли не знати, що для психіатричної допомоги потерпілим, яка була рекомендована слідчим суддею, необхідна згода осіб повнолітнього віку, якими були усі заявники. У всякому разі, навіть якщо припустити, що існує небезпека самогубства, такий ризик не виправдав тривалого позбавлення волі.

35. У світлі вищесказаного Суд вважає, що національні органи влади весь час погоджувалися на втрату свободи заявників. Хоча вірно, що саме сім'ї заявників і особи з числа керівників секти несли пряму і безпосередню відповідальність за незаконне позбавлення волі, однаково правильно, що без активної співпраці влади Каталонії позбавлення волі не могло мати місце. Оскільки головна відповідальність за питання, на які скаржилися, таким чином, покладаються на відповідні органи, Суд робить висновок про те, що мало місце порушення пункту 1 статті 5 Конвенції». [Riera Blume and others v. Spain (37680/97). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58321]

367.3.7. Справа «Дерновий та Дернова проти України»

Фактичні обставини:

27 травня 2006 року пан С., який керував автобусом, здійснив наїзд на малолітнього сина заявників, якого пізніше того ж дня було доставлено до лікарні з тяжкими тілесними ушкодженнями. Того ж дня міліція оглянула місце дорожньо-транспортної пригоди (далі – ДТП), допитала С. та кількох інших свідків. 1 червня 2006 року від численних тяжких тілесних ушкоджень, отриманих під час зазначеної ДТП, син заявників помер.

Рішення ЄСПЛ:

«25. Розглядаючи обставини цієї справи у світлі принципів, встановлених практикою Суду, Суд зазначає, що провадження, метою якого було встановити, чи був С. винним у скоєнні ДТП, тривало з травня 2006 року по жовтень 2013 року тобто сім років та п'ять місяців – і супроводжувалося низкою затримок.

26. Більшість цих затримок були спричинені численними поверненнями матеріалів справи на додаткове розслідування, що, у свою чергу, було пов'язано з невиконанням слідчим вказівок вищестоящих органів влади, та різними недоліками слідства. Суд вже розглядав низку справ проти України, аналогічних за фактичним змістом, та дійшов висновку, що подібні неодноразові випадки повернення матеріалів справи на додаткове розслідування викривають існування серйозних недоліків у розслідуванні кримінальної справи.

27. На додаток, зазначене провадження включало в себе тривалі періоди, коли розслідування у справі зупинялось.

28. Суд також зазначає, що розслідування було відзначено надзвичайно великою кількістю однотипних судово-автотехнічних експертиз. Цей факт свідчить про відсутність всебічного підходу до збирання доказів під час досудового слідства.

29. Насамкінець Суд не залишає поза увагою той факт, що, незважаючи на чіткі вказівки прокуратури, міліція майже три роки не вживала жодних заходів для встановлення особи та допиту безпосереднього очевидця ДТП.

30. Зважаючи на наведені факти, Суд вважає, що затримка більше ніж на сім років у встановленні того, чи був водій автобуса відповідальним за смерть сина заявників, була несумісною з обов'язком держави за статтею 2 Конвенції провести ефективне розслідування.

31. Отже, у цій справі було порушення процесуального аспекту статті 2 Конвенції.

(…)

ЗА ЦИХ ПІДСТАВ СУД ОДНОГОЛОСНО

1. Оголошує прийнятною скаргу за статтею 2 Конвенції щодо тривалості та ефективності розслідування смерті сина заявників.

2. Постановляє, що було порушення статті 2 Конвенції.

3. Постановляє, що:

(a) упродовж трьох місяців держава-відповідач повинна сплатити заявникам спільно такі суми, що мають бути конвертовані в національну валюту держави-відповідача за курсом на день здійснення платежу:

(i) 12000 (дванадцять тисяч) євро відшкодування моральної шкоди та додатково будь-який податок, що може нараховуватись:

(ii) 34,60 (тридцять чотири євро шістдесят центів) євро компенсації судових та інших витрат та додатково будь-який податок, що може нараховуватись;

(b) із закінченням зазначеного тримісячного строку до остаточного розрахунку на вищезазначені суми нараховуватиметься простий відсоток (simple interest) у розмірі граничної позичкової ставки Європейського центрального банку, що діятиме в період несплати, до якої має бути додано три відсоткові пункти». [Дерновий та Дернова проти України (20142/10). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_b50]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 367 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

367.4.1. Службова недбалість характеризується необережною формою вини, а мотив і мета поведінки особи не має значення. Однак якщо службова особа не виконує або неналежно виконує свої службові обов'язки з мотивів національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, приниження національної честі та гідності (наприклад, співробітники поліції не припиняють злочини, що вчиняються на ґрунті расової, національної, релігійної ворожнечі чи розбрату або на ґрунті статевої приналежності), покарання за службову недбалість має призначатися з урахуванням п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України.

(Див.: 367.3.1)

367.4.2. У випадках, коли бездіяльність службових осіб правоохоронних чи інших державних органів стосовно небезпечної поведінки психічно хворої особи, завдала істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян (наприклад, психічно хвора людина за вказаних обставин вбила потерпілого), вчинене слід кваліфікувати за відповідною частиною ст. 367 КК.

(Див.: 151.1.3.2)

367.4.3. Завдання істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб (ч.1 ст. 367 КК) чи спричинення тяжких наслідків (ч. 2 ст. 367 КК) не утворює склад службової недбалості, якщо не було встановлено порушення конкретних правових норм, які покладали на службову особу обов'язок діяти певним чином у певний час.

(Див.: 367.3.2)

367.4.4. Правова позиція ЄСПЛ: самогубство особи під час утримання її під вартою, не визнано неналежним виконанням працівниками поліції своїх службових обов'язків з огляду на відсутність за фактичними обставинами підстав передбачити можливість вчинення самогубства.

(Див.: 367.3.3)

367.4.5. Правова позиція ЄСПЛ: незабезпечення (несвоєчасне забезпечення) адміністрацією місця позбавлення волі медичною допомогою особи, що утримується під вартою, за певних обставин має ознаки службової недбалості.

(Див.: 367.3.4)

367.4.6. Правова позиція ЄСПЛ: вбивство, вчинене працівником правоохоронного органу з використанням табельної зброї знаходиться в причинному зв'язку з неналежним виконанням службовими особами своїх службових обов'язків щодо дотримання правил видачі дозволу на носіння табельної зброї в позаслужбовий час.

(Див.: 367.3.5)

367.4.7. Правова позиція ЄСПЛ: нереагування поліцейських на інформацію про факти вчинення незаконного позбавлення волі, що призвело до тривалого знаходження потерпілих у неволі, має ознаки службової недбалості.

(Див.: 367.3.5)

367.4.8. Невиконання або неналежне виконання службовою особою правоохоронного органу своїх службових обов'язків по розслідуванню випадків порушення прав людини через несумлінне ставлення до таких обов'язків, якщо це потягло винесення ЄСПЛ рішення про сплату Україною заявнику як сатисфакції відповідно до ст. 41 Конвенції суми, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, має ознаки службової недбалості (ст. 367 КК).

У рішеннях ЄСПЛ наведений вище висновок відсутній, оскільки ЄСПЛ визначає лише вину Уряду держави-відповідача і не має завдання та повноважень здійснювати кримінально-правову кваліфікацію дій службових осіб, які безпосередньо винні у порушенні того чи іншого пункту Конвенції. Однак описова частина та аргументація значної кількості рішень ЄСПЛ свідчить, на наш погляд, про справедливість наведеного висновку.

(Див., наприклад: 367.3.7)

367.4.9. У тих випадках, коли положення Конвенції передбачають не тільки негативний обов'язок держав (утримуватися від порушень чи непропорційних обмежень прав і свобод людини), але й їх позитивний обов'язок (вживати належних заходів для забезпечення можливості повної реалізації прав і свобод людини, а також належним чином реагувати на їх порушення), недотримання зазначених положень може свідчити про службову недбалість службових осіб.

(Див.: 367.2.1, а також 0.4.1)

Стаття 368. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою

1. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення такою службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища –

карається штрафом від однієї тисячі до тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк від трьох до шести місяців, або позбавленням волі на строк від двох до чотирьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, предметом якого була неправомірна вигода у значному розмірі, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Діяння, передбачене частиною першою або другою цієї статті, предметом якого була неправомірна вигода у великому розмірі або вчинене службовою особою, яка займає відповідальне становище, або за попередньою змовою групою осіб, або повторно, або поєднане з вимаганням неправомірної вигоди, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна.

4. Діяння, передбачене частинами першою, другою або третьою цієї статті, предметом якого була неправомірна вигода в особливо великому розмірі, або вчинене службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, –

карається позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна.

Примітка. 1. Неправомірною вигодою в значному розмірі вважається вигода, що в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, у великому розмірі – така, що у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, в особливо великому розмірі – така, що у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

2. Службовими особами, які займають відповідальне становище, у статтях 368, 368^2, 369 та 382 цього Кодексу є особи, зазначені у пункті 1 примітки до статті 364 цього Кодексу, посади яких згідно із статтею 6 Закону України «Про державну службу» належать до категорії «Б», судді, прокурори і слідчі, а також інші, крім зазначених у пункті 3 примітки до цієї статті, керівники і заступники керівників органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць.

3. Службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, у статтях 368, 368^2, 369 та 382 цього Кодексу є:

1) Президент України, Прем'єр-міністр України, члени Кабінету Міністрів України, перші заступники та заступники міністрів, члени Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення, Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, Антимонопольного комітету України, Голова Державного комітету телебачення і радіомовлення України, Голова Фонду державного майна України, його перший заступник та заступники,

члени Центральної виборчої комісії, народні депутати України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Директор Національного антикорупційного бюро України, Генеральний прокурор, його перший заступник та заступники, Голова Конституційного Суду України, його заступники та судді Конституційного Суду України, Голова Верховного Суду України, його перший заступник, заступники та судді Верховного Суду України, голови вищих спеціалізованих судів, їх заступники та судді вищих спеціалізованих судів, Голова Національного банку України, його перший заступник та заступники, Секретар Ради національної безпеки і оборони України, його перший заступник та заступники, Постійний Представник Президента України в Автономній Республіці Крим, його перший заступник та заступники, радники та помічники Президента України, Голови Верховної Ради України, Прем'єр-міністра України;

2) особи, посади яких згідно із статтею 6 Закону України «Про державну службу» належать до категорії «А»;

3) особи, посади яких згідно із статтею 14 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» віднесені до першої та другої категорій посад в органах місцевого самоврядування.

(Стаття 368 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1508-VI від 11.06.2009, № 2808-VI від 21.12.2010; в редакції Законів № 3207-VI від 07.04.2011, № 221-VII від 18.04.2013; із змінами, внесеними згідно із Законом № 222-VII від 18.04.2013; в редакції Закону № 1261-VII від 13.05.2014; із змінами, внесеними згідно із Законами № 1698-VII від 14.10.2014, № 770-VIII від 10.11.2015, № 889-VIII від 10.12.2015)

(Стаття 368[1] втратила чинність на підставі Закону № 2808-VI від 21.12.2010)

Стаття 368[2]. Незаконне збагачення

1. Набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі –

караються позбавленням волі на строк до двох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

2. Ті самі діяння, вчинені службовою особою, яка займає відповідальне становище, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

3. Діяння, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

Примітка. 1. Особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є особи, зазначені у пункті 1 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції».

2. Під активами у значному розмірі у цій статті розуміються грошові кошти або інше майно, а також доходи від них, якщо їх розмір (вартість) перевищує одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

3. Під передачею активів у цій статті розуміється укладення будь-яких правочинів, на підставі яких виникає право власності або право користування на активи, а також надання іншій особі грошових коштів чи іншого майна для укладення таких правочинів.

(Кодекс доповнено статтею 368[2] згідно із Законом № 3207-VI від 07.04.2011; із змінами, внесеними згідно із Законами № 221-VII від 18.04.2013, № 222-VII від 18.04.2013; текст статті 368[2]

в редакції Законів № 1698-VII від 14.10.2014, № 198-VIII від 12.02.2015; із змінами, внесеними згідно із Законом № 770-VIII від 10.11.2015)

Стаття 368³. Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми

1. Пропозиція чи обіцянка службовій особі юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми надати їй або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди або прохання її надати за вчинення зазначеною службовою особою дій чи її бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи –

караються штрафом від ста п'ятдесяти до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста до двохсот годин, або обмеженням волі на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб чи організованою групою, –

караються штрафом від трьохсот п'ятдесяти до семисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до чотирьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

3. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи –

караються штрафом від п'ятисот до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до двох років.

4. Дії, передбачені частиною третьою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб чи поєднані з вимаганням неправомірної вигоди, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна.

(Частину п'яту статті 368³ виключено на підставі Закону № 198-VIII від 12.02.2015)

(Примітку до статті 368³ виключено на підставі Закону № 198-VIII від 12.02.2015)

(Кодекс доповнено статтею 368³ згідно із Законом № 3207-VI від 07.04.2011; із змінами, внесеними згідно із Законами № 4025-VI від 15.11.2011, № 221-VII від 18.04.2013; в редакції Закону № 1261-VII від 13.05.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 770-VIII від 10.11.2015)

Стаття 368⁴. Підкуп особи, яка надає публічні послуги

1. Пропозиція чи обіцянка аудитору, нотаріусу, оцінювачу, іншій особі, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у тому числі послуг експерта, арбітражного керуючого, приватного виконавця, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді (під час виконання цих функцій), надати йому/їй або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди або прохання її надати за вчинення особою, яка надає публічні послуги, дій або її бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи –

караються штрафом від ста п'ятдесяти до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста до двохсот годин, або обмеженням волі на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб чи організованою групою, –

караються штрафом від трьохсот п'ятдесяти до семисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до чотирьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

3. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання аудитором, нотаріусом, приватним виконавцем, експертом, оцінювачем, третейським суддею або іншою особою, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, а також незалежним посередником чи арбітром під час розгляду колективних трудових спорів неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи –

караються штрафом від семисот п'ятдесяти до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк від одного до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

4. Дії, передбачені частиною третьою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб чи поєднані з вимаганням неправомірної вигоди, –

караються позбавленням волі на строк від чотирьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна.

(Частину п'яту статті 368[4] виключено на підставі Закону № 198-VIII від 12.02.2015)

(Кодекс доповнено статтею 368[4] згідно із Законом № 3207-VI від 07.04.2011; із змінами, внесеними згідно із Законами № 4025-VI від 15.11.2011, № 221-VII від 18.04.2013; в редакції Закону № 1261-VII від 13.05.2014; із змінами, внесеними згідно із Законами № 770-VIII від 10.11.2015, № 1403-VIII від 02.06.2016)

Стаття 369. Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі

1. Пропозиція чи обіцянка службовій особі надати їй або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди за вчинення чи невчинення службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища –

караються штрафом від п'ятисот до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до чотирьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Діяння, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені повторно, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до шести років із штрафом від п'ятисот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, з конфіскацією майна або без такої.

3. Діяння, передбачені частиною першою або другою цієї статті, якщо неправомірна вигода надавалася службовій особі, яка займає відповідальне становище, або вчинені за попередньою змовою групою осіб, –

караються позбавленням волі на строк від чотирьох до восьми років з конфіскацією майна або без такої.

4. Діяння, передбачені частиною першою, другою або третьою цієї статті, якщо неправомірна вигода надавалася службовій особі, яка займає особливо відповідальне становище, або вчинені організованою групою осіб чи її учасником, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна або без такої.

(Частину п'яту статті 369 виключено на підставі Закону № 198-VIII від 12.02.2015)

(Стаття 369 із змінами, внесеними згідно з Законом № 1508-VI від 11.06.2009 – зміни втратили чинність на підставі Закону № 2808-VI від 21.12.2010; в редакції Закону № 3207-VI від 07.04.2011; із змінами, внесеними згідно із Законом № 4652-VI від 13.04.2012; в редакції Закону № 221-VII від 18.04.2013; із змінами, внесеними згідно із Законом № 222-VII від 18.04.2013; в редакції Закону № 1261-VII від 13.05.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 770-VIII від 10.11.2015)

(Стаття 369¹ втратила чинність на підставі Закону № 2808-VI від 21.12.2010)

Стаття 369². Зловживання впливом

1. Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди особі, яка пропонує чи обіцяє (погоджується) за таку вигоду або за надання такої вигоди третій особі вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, –

караються штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, або позбавленням волі на строк до двох років.

2. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, або пропозиція чи обіцянка здійснити вплив за надання такої вигоди –

караються штрафом від семисот п'ятдесяти до однієї тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, поєднане з вимаганням такої вигоди, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з конфіскацією майна.

Примітка. Особами, уповноваженими на виконання функцій держави, є особи, визначені в пунктах 1–3 частини першої статті 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції».

(Кодекс доповнено статтею 369² згідно із Законом № 3207-VI від 07.04.2011; із змінами, внесеними згідно із Законами № 221-VII від 18.04.2013, № 222-VII від 18.04.2013, № 1261-VII від 13.05.2014, № 770-VIII від 10.11.2015)

Стаття 369³. Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань

1. Вплив на результати офіційних спортивних змагань шляхом підкупу, примушування або підбурювання чи вступу у змову щодо результатів офіційного спортивного змагання з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої особи або одержання внаслідок таких діянь неправомірної вигоди для себе чи третьої особи –

караються штрафом від двохсот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від одного до трьох років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо офіційних спортивних змагань неповнолітніх або повторно, –

караються обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Порушення заборони розміщення ставок на спорт, пов'язаних з маніпулюванням офіційним спортивним змаганням з одержанням в результаті цього неправомірної вигоди для себе або інших осіб у розмірі, що перевищує двадцять прожиткових мінімумів для працездатних осіб, –

карається штрафом від семисот до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк.

Примітка. Суб'єктом правопорушень у цій статті є особи, зазначені в частині другій статті 17 Закону України «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань».

(Кодекс доповнено статтею 369[3] згідно із Законом № 743-VIII від 03.11.2015; із змінами, внесеними згідно із Законами № 1019-VIII від 18.02.2016, № 1791-VIII від 20.12.2016)

Стаття 370. Провокація підкупу

1. Провокація підкупу, тобто дії службової особи з підбурення особи на пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років, та зі штрафом від двохсот п'ятдесяти до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Те саме діяння, вчинене службовою особою правоохоронних органів, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років та зі штрафом від п'ятисот до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(Стаття 370 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1508-VI від 11.06.2009, № 2808-VI від 21.12.2010; в редакції Закону № 3207-VI від 07.04.2011; із змінами, внесеними згідно із Законами № 221-VII від 18.04.2013, № 198-VIII від 12.02.2015)

§1. Норми міжнародного права
щодо боротьби з корупцією

368.1.1. Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку
(ООН, від 17.12.1979)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Статья 7. Должностные лица по поддержанию правопорядка не совершают какие-либо акты коррупции. Они также всемерно препятствуют любым таким актам и борются с ними.***

Комментарий:

a) Любой акт коррупции, как и любое другое злоупотребление властью, несовместимы со служебным статусом должностного лица по поддержанию правопорядка. К любому должностному лицу по поддержанию правопорядка, совершившему акт коррупции, закон должен применяться в полной мере, поскольку правительства не могут ожидать от граждан соблюдения ими правопорядка, если они не могут или не хотят обеспечивать соблюдение законности их собственными должностными лицами и в рамках их собственных учреждений.

b) Хотя понятие коррупции должно определяться в соответствии с национальным правом, следует понимать, что оно охватывает совершение или несовершение какого-либо действия при исполнении обязанностей или по причине этих обязанностей в результате требуемых или принятых подарков, обещаний или стимулов или их незаконное получение всякий раз, когда имеет место такое действие или бездействие.

c) Выражение «акт коррупции», о котором говорилось выше, следует понимать как охватывающее попытку подкупа». [Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку (ООН, від 17.12.1979). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_282]

368.1.2. Міжнародний кодекс поведінки державних посадових осіб
(додаток до Резолюції 51/59 Генеральної Асамблеї від 12.12.1996 р.)
(згода на обов'язковість дана Законом від 18.10.2006)

«4. Державні посадові особи не використовують своє офіційне становище для невиправданого здобування особистої користі або особистої та фінансової користі для своїх сімей. Вони не беруть участі ні в яких угодах, не займають ніякого становища, не виконують ніяких функцій і не

мають ніяких фінансових, комерційних або інших аналогічних інтересів, які несумісні з їх посадою, функціями, обов'язками або їх виконанням.

5. У тій мірі, у якій до цього зобов'язує посада, і відповідно до законів і адміністративних положень державні посадові особи сповіщають про ділові, комерційні або фінансові інтереси та про діяльність, яка здійснюється з метою отримання фінансового прибутку, які можуть привести до можливої колізії інтересів. У випадку можливої або передбачуваної колізії між обов'язками і приватними інтересами державних посадових осіб вони діють відповідно до заходів, встановлених для того, щоб зменшити або усунути таку колізію інтересів.

6. Державні посадові особи не мають права користуватися державними грошовими коштами, власністю, послугами або інформацією, отриманою ними при виконанні службових обов'язків, для здійснення діяльності, не пов'язаної з виконанням ними службових функцій.

(…)

8. Державні посадові особи у відповідності до займаного службового положення і, як це дозволено або вимагається законом і адміністративними положеннями, виконують вимоги про оголошення або повідомлення інформації про особисті активи і зобов'язання, а також, по можливості, відомостей про активи і зобов'язання чоловіка (дружини) і/або утриманців.

9. Державні посадові особи не домагаються і не отримують, прямо або опосередковано, будь-яких подарунків або інших знаків уваги, які можуть впливати на виконання ними своїх функцій, здійснення своїх обов'язків і прийняття рішень». [Міжнародний кодекс поведінки державних посадових осіб від 23.07.1996. // http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_788]

368.1.3. Лімська декларація

(VIII Міжнародна конференція по боротьбі з корупцією 11.09.1997)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«Країни мають вдосконалити ефективність своїх законів, що стосуються корупції відповідно до власних конституцій та міжнародних прав людини, а саме:

– скасування будь-якої можливості доводити, що службовець, який отримав незаконний подарунок, фактично за те робить певні послуги;

– ввести систему декларацій про прибутки для осіб, що займають виборні пости (та для їх родин), а також зобов'язати їх пояснювати зростання доходів, які перевищують законні джерела прибутку;

– введення тимчасового або постійного контролю прибутків та витрат осіб, що уповноважені приймати рішення у громадському секторі (також їхніх сімей та колег) за допомогою незалежного агентства, коли це можливо;

– закони, що ефективно забезпечують заморожування, арешт та конфіскацію незаконно отриманого багатства службовцями, які звинувачені у корупції, хоч би де це сталося і хоч би ким було вчинено;

– забезпечувати відповідний захист свідків (їхніх сімей) та захист інформаторів;

– забезпечити систему реєстрації подарунків посадовим особам;

– забезпечити, щоб ніхто зі службовців не міг сховатися за недоторканністю, а був би повністю підвладний антикорупційному законодавству;

– засуджених злочинців позбавляти права вступати до політичної установи або шукати виборних посад.

Зробити попередження та покарання більш ефективним можуть такі заходи:

– Уряди мають переглянути свої загальнонаціональні та місцеві процеси забезпечення спільно з приватним сектором та громадянським суспільством, маючи на меті переконатися в тому, що вони є справедливими, відкритими та конкурентними і, таким чином, більше цінують суспільні гроші та створюють сприятливе комерційне середовище для приватного сектора.

– Особи, що підкуповують службовців, сподіваючись виграти тендери, мають заноситися до чорного списку тих, кому на певний термін забороняється займатися офіційним бізнесом та після чого треба проводити слідство». [Лімська декларація (VIII Міжнародна конференція по боротьбі з корупцією 11.09.1997). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/998_090]

368.1.4. Декларація Організації Об'єднаних Націй про боротьбу з корупцією і хабарництвом у міжнародних комерційних операціях

(ООН, від 16.12.1996)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«Держави-члени, індивідуально і через міжнародні регіональні організації, вживаючи заходів з урахуванням конституції і основних правових принципів кожної держави та відповідних національних законів, зобов'язуються:

1. вживати ефективних та конкретних заходів боротьби з усіма формами корупції, хабарництва і пов'язаними з ними протиправними діями у міжнародних комерційних операціях, зокрема, забезпечувати ефективне застосування чинних законів, які забороняють хабарі у міжнародних комерційних операціях, сприяти прийняттю законів з цією метою там, де їх не існує, і закликати приватні і державні корпорації, що знаходяться під їх юрисдикцією, у тому числі і транснаціональні корпорації, які займаються міжнародними комерційними операціями, і окремих осіб, які займаються такими операціями, сприяти досягненню цілей цієї Декларації;

2. встановити на ефективній і погоджувальній основі кримінальну відповідальність за дачу хабарів іноземним державним посадовим особам, при цьому ніяким чином не виключаючи, не утруднюючи і не затримуючи прийняття заходів за провадження цієї Декларації на міжнародному, регіональному або національному рівні;

3. хабарництво може включати, зокрема, такі елементи:

a) пропозицію, обіцянку або передачу будь-яких виплат, подарунків або інших благ, прямо або побічно, будь-якою приватною або державною корпорацією, в тому числі транснаціональною корпорацією, окремою особою якої-небудь держави будь-якій державній посадовій особі або обраному представникові іншої країни як неправомірної винагороди за виконання або утримання від виконання цією посадовою особою або представником своїх обов'язків у зв'язку з тією чи іншою міжнародною комерційною операцією;

b) вимога, прийняття або отримання, прямо або опосередковано, будь-якою посадовою особою або обраним представником будь-якої держави виплат, подарунків або інших благ у будь-якої приватної або державної корпорації, в тому числі транснаціональної корпорації, або окремої особи з іншої країни як неправомірної винагороди за виконання або утримання від виконання цією посадовою особою або представником своїх обов'язків у зв'язку з тією чи іншою міжнародною комерційною операцією». [Декларація Організації Об'єднаних Націй про боротьбу з корупцією і хабарництвом у міжнародних комерційних операціях (ООН, від 16.12.1996). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_369]

368.1.5. Рамкова Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності

(ООН, від 21.07.1997)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«**Стаття 8. Криміналізація корупції**

1. Кожна Держава-учасниця вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть знадобитися для того, щоб визнати в якості кримінально караних такі діяння, коли вони вчиняються навмисно:

a) обіцянка, пропозиція або надання публічній посадовій особі, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги для самої посадової особи або іншої фізичної чи юридичної особи для того, щоб ця посадова особа вчинила будь-яку дію або бездіяльність при виконанні своїх службових обов'язків;

b) вимагання або прийняття публічною посадовою особою, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги для самої посадової особи або іншої фізичної або юридичної особи для того, щоб ця посадова особа вчинила будь-яку дію чи бездіяльність при виконанні своїх службових обов'язків.

2. Кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть знадобитися для того, щоб визнати в якості кримінально караних діяння, зазна-

чені в пункті 1 цієї статті, коли в них бере участь будь-яка іноземна публічна посадова особа або міжнародний цивільний службовець. Кожна Держава-учасниця також розглядає можливість визнати кримінально караними інші форми корупції.

3. Кожна Держава-учасниця також вживає таких заходів, які можуть знадобитися для того, щоб визнати в якості кримінально караної участь в якості спільника у вчиненні будь-якого злочину, визнаного таким відповідно до цієї статті.

4. Для цілей пункту 1 цієї статті і статті 9 цієї Конвенції «публічною посадовою особою» є публічна посадова особа або особа, що надає будь-яку публічну послугу, як це визначається внутрішнім законодавством Держави-учасниці, в якій ця особа виконує такі функції, і як це застосовується в кримінальному законодавстві цієї Держави-учасниці». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. (ООН, від 15.11.2000). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_789]

368.1.6. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173)

(Рада Європи, від 27.01.1999)

(ратифіковано Законом від 18.10.2006)

*«**Стаття 1. Використання термінів***

Для цілей цієї Конвенції:

a) вираз «посадова особа» тлумачиться за змістом визначення «державного службовця», «публічної посадової особи», «мера», «міністра» чи «судді» у національному законодавстві та у кримінальному праві держави, де відповідна особа виконує такі функції;

b) термін «суддя», наведений вище у підпункті (a), включає прокурорів і осіб, які обіймають посаду судді;

c) у випадку судового переслідування державної посадової особи іншої держави переслідуюча держава може застосовувати визначення державної посадової особи тільки у тій мірі, у якій це визначення сполучне із її національним законодавством;

d) «юридична особа» означає будь-яке утворення, яке має такий статус за діючим національним законодавством, за винятком держав або інших державних органів, які здійснюють владні повноваження, та міждержавних міжнародних організацій.

Стаття 2. Дача хабара національним державним посадовим особам

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за умисне обіцяння, пропонування чи надання будь-якою особою прямо чи опосередковано будь-якої неправомірної переваги будь-яким посадовим особам, для них особисто чи для інших осіб, з метою заохочення їх до виконання чи невиконання своїх службових обов'язків.

Стаття 3. Одержання хабара національними державними посадовими особами

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за умисне вчинення вимагання чи одержання будь-якими посадовими особами прямо чи опосередковано будь-якої неправомірної переваги, для них особисто чи для інших осіб, або прийняття пропозиції чи обіцянки надання такої переваги з метою виконання чи невиконання ними своїх службових обов'язків.

Стаття 4. Хабарництво членів національних представницьких органів

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за дії, згадані у статтях 2 і 3, якщо вони вчиняються будь-якою особою, що є членом будь-якого національного представницького органу, який здійснює законодавчі або виконавчі повноваження.

Стаття 5. Хабарництво іноземних державних посадових осіб

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за дії, згадані у статтях 2 і 3, якщо вони вчиняються посадовою особою будь-якої іншої держави.

Стаття 6. Хабарництво членів іноземних представницьких органів

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за дії, згадані у статтях 2 і 3, якщо в них задіяна будь-яка особа, що є членом будь-якого представницького органу, який виконує законодавчі або виконавчі функції у будь-якій іншій державі.

Стаття 7. Дача хабара у приватному секторі

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за умисне надання під час здійснення підприємницької діяльності обіцянки, пропонування чи дачі прямо чи опосередковано будь-якої неправомірної переваги будь-яким особам, які обіймають керівні посади у приватних підприємствах або працюють на них у будь-якій якості, для них особисто чи для інших осіб, з метою заохочення їх до виконання чи невиконання наданих їм повноважень на порушення їхніх обов'язків.

Стаття 8. Одержання хабара у приватному секторі

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за умисне вчинення під час здійснення підприємницької діяльності вимагання чи одержання прямо чи опосередковано будь-якими особами, які обіймають керівні посади у приватних підприємствах або працюють на них у будь-якій якості, будь-якої неправомірної переваги чи обіцянки такої вигоди для них особисто чи для інших осіб або прийняття пропозиції чи обіцянки отримання такої переваги з метою заохочення їх до виконання чи невиконання наданих їм повноважень на порушення їхніх обов'язків.

Стаття 9. Хабарництво посадових осіб міжнародних організацій

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за дії, згадані у статтях 2 і 3, якщо в них задіяна будь-яка посадова особа або інший співробітник, який працює за контрактом, за змістом положень про персонал, будь-якої міжнародної чи наднаціональної організації чи органу, членом якого є відповідна Сторона, та будь-якою відрядженою чи невідрядженою особою, яка здійснює повноваження, що відповідають повноваженням таких посадових осіб або співробітників.

Стаття 10. Хабарництво членів міжнародних парламентських асамблей

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за дії, згадані у статті 4, якщо в них задіяні будь-які члени парламентських асамблей міжнародних або наднаціональних організацій, членом яких є відповідна Сторона.

Стаття 11. Хабарництво суддів і посадових осіб міжнародних судів

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення визнання у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за дії, згадані у статтях 2 і 3, якщо в них задіяні будь-які особи, що обіймають посаду судді, або посадові особи будь-якого міжнародного суду, юрисдикцію якого визнала відповідна Сторона.

Стаття 12. Зловживання впливом

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за умисне вчинення обіцяння, пропонування чи надання прямо або опосередковано будь-якої неправомірної переваги будь-якій особі, яка заявляє чи підтверджує, що вона може за винагороду зловживати впливом на прийняття рішень будь-якою особою, згаданою у статтях 2, 4–6 і 9–11, незалежно від того, чи така неправомірна перевага призначена для неї особисто чи для іншої особи, а також вимагання, одержання або прийняття пропозиції чи обіцянки надання такої переваги у винагороду за такий вплив незалежно від того, чи такий вплив дійсно здійснюється, чи призводить до бажаного результату.

(…)

Стаття 14. Фінансові злочини

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення відповідальності у своєму національному законодавстві, що передбачає кримінальні чи інші санкції за нижченаведені умисні дії чи бездіяльність з метою вчинення, приховування чи маскування злочинів, згаданих у статтях 2–12, якщо Сторона не зробила відповідного застереження чи відповідної заяви:

a) виписування чи використання рахунку або будь-якого іншого облікового документа чи запису, що містить недостовірну чи неповну інформацію;

b) незаконне неоформлення запису про сплату.

(…)

Стаття 19. Санкції та заходи

1. З огляду на серйозний характер кримінальних злочинів, передбачених цією Конвенцією, кожна Сторона запроваджуватиме стосовно кримінальних злочинів, визначених у статтях 2–14, ефективні, адекватні та стримуючі санкції і заходи, включаючи, у разі вчинення таких злочинів фізичними особами, позбавлення волі із подальшою можливістю екстрадиції.

2. Кожна Сторона забезпечуватиме, щоб юридичним особам, притягнутим до відповідальності відповідно до пунктів 1 та 2 статті 18, призначалися ефективні, адекватні та стримуючі кримінальні або некримінальні санкції і заходи, включаючи штрафи.

3. Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення можливості конфіскації чи в інший спосіб вилучення засобів вчинення кримінальних злочинів і доходів, отриманих від кримінальних злочинів, визначених цією Конвенцією, чи власності, вартість якої відповідає таким доходам». [Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173). (Рада Європи, від 27.01.1999). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_101]

368.1.7. Додатковий протокол до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 191)

(Рада Європи, від 15.05.2003)

(ратифіковано Законом від 18.10.2006)

*«**Стаття 1. Використання термінів***

Для цілей цього Протоколу:

1. Термін «арбітр» тлумачиться за допомогою посилання на національне законодавство держав, які є Сторонами цього Протоколу, але в будь-якому разі включає в себе особу, яку в силу арбітражної угоди запрошено винести рішення, яке має обов'язкову юридичну силу, у спорі, переданому їй сторонами такої угоди;

2. Термін «арбітражна угода» означає угоду, визнану національним законодавством, якою сторони погоджуються передати спір для винесення рішення арбітром;

3. Термін «присяжний засідатель» тлумачиться за допомогою посилання на національне законодавство держав, які є Сторонами цього Протоколу, але в будь-якому разі включає в себе особу, яка діє як член колегіального органу, що має визначити вину обвинувачуваної особи у ході судового процесу;

4. У випадку судового переслідування іноземного арбітра або присяжного засідателя держава обвинувачення може застосовувати визначення арбітра або присяжного засідателя тільки у тій мірі, у якій це визначення сумісне із її національним законодавством.

Стаття 2. Дача хабара національним арбітрам

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за умисне обіцяння, пропонування чи надання будь-якою особою прямо чи опосередковано будь-якої неправомірної переваги арбітру, який здійснює свої функції відповідно до арбітражного законодавства такої Сторони, для нього особисто чи для інших осіб, з метою заохочення його до виконання чи невиконання своїх функцій.

Стаття 3. Одержання хабара національними арбітрами

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за умисне вчинення вимагання чи одержання арбітром, який здійснює свої функції відповідно до арбітражного законодавства такої Сторони, прямо чи опосередковано будь-якої неправомірної переваги, для нього особисто чи для інших осіб, або прийняття пропозиції чи обіцянки надання такої переваги з метою виконання чи невиконання ним своїх функцій.

Стаття 4. Хабарництво іноземних арбітрів

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за дії, згадані у статтях 2 і 3, якщо вони вчиняються арбітром, який здійснює свої функції відповідно до арбітражного законодавства будь-якої іншої держави.

Стаття 5. Хабарництво національних присяжних засідателів

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за дії, згадані у статтях 2 і 3, якщо вони вчиняються будь-якою особою, яка виконує функції присяжного засідателя в рамках її судової системи.

Стаття 6. Хабарництво іноземних присяжних засідателів

Кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за дії, згадані у статтях 2 і 3, якщо вони вчиняються будь-якою особою, яка виконує функції присяжного засідателя в рамках судової системи будь-якої іншої держави». [Додатковий протокол до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 191). (Рада Європи, від 15.05.2003). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_172]

368.1.8. Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією

(Рада Європи, від 04.11.1999)

(ратифіковано Законом від 16.03.2005)

*«**Стаття 2. Визначення корупції***

Для цілей цієї Конвенції «корупція» означає прямі чи опосередковані вимагання, пропонування, дачу або одержання хабара чи будь-якої іншої неправомірної вигоди або можливості її отримання, які порушують належне виконання будь-якого обов'язку особою, що отримує хабара, неправомірну вигоду чи можливість мати таку вигоду, або поведінку такої особи». [Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією. (Рада Європи, від 04.11.1999). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_102]

368.1.9. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції

(ООН, від 31.10.2003)

(ратифіковано із заявами Законом від 18.10.2006)

*«**Стаття 2. Терміни***

Для цілей цієї Конвенції:

а) «державна посадова особа» означає: і) будь-яку особу, яка обіймає посаду в законодавчому, виконавчому, адміністративному або судовому органі Держави-учасниці, яку призначено чи обрано, праця якої оплачувана чи не оплачувана, незалежно від старшинства; іі) будь-яку іншу особу, яка виконує будь-яку державну функцію, зокрема для державного органу або державного підприємства, або надає будь-яку державну послугу, як це визначається у внутрішньому праві Держави-учасниці і як це застосовується у відповідній галузі правового регулювання цієї Держави-учасниці; ііі) будь-яку іншу особу, що визначається як «державна посадова особа» у внутрішньому праві Держави-учасниці. Однак з метою вжиття деяких конкретних заходів, передбачених главою II цієї Конвенції «державна посадова особа» може означати будь-яку особу, яка виконує будь-яку державну функцію або надає будь-яку державну послугу, як це визначається у внутрішньому праві Держави-учасниці і як це застосовується у відповідній галузі правового регулювання цієї Держави-учасниці;

b) «іноземна державна посадова особа» означає будь-яку особу, яка обіймає посаду в законодавчому, виконавчому, адміністративному або судовому органі зарубіжної країни, яку призначено чи обрано; а також будь-яку особу, яка здійснює державні функції для зарубіжної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства;

c) «посадова особа міжнародної організації» означає співробітника міжнародної організації чи будь-яку особу, яка уповноважена такою організацією діяти від її імені;

d) «майно» означає будь-які активи, матеріальні або нематеріальні, рухомі або нерухомі, виражені в речах або в правах, а також юридичні документи або активи, що підтверджують право власності на такі активи або інтерес у них;

e) «доходи від злочину» означає будь-яке майно, придбане або отримане безпосередньо чи опосередковано в результаті вчинення будь-якого злочину;

(…)

Глава III. Криміналізація та правоохоронна діяльність

Стаття 15. Підкуп національних державних посадових осіб

Кожна Держава-учасниця вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання кримінально караними наступних діянь, якщо вони вчинені умисно: a) обіцянка, пропозиція або надання державній посадовій особі, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги для самої посадової особи або іншої фізичної чи юридичної особи, щоб ця посадова особа вчинила будь-яку дію чи утрималась від вчинення дій під час виконання своїх службових обов'язків; b) вимагання або прийняття державною посадовою особою, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги для самої посадової особи чи іншої фізичної або юридичної особи, щоб ця посадова особа вчинила будь-яку дію чи утрималась від вчинення дій під час виконання своїх посадових обов'язків.

Стаття 16. Підкуп іноземних державних посадових осіб і посадових осіб міжурядових організацій

1. Кожна Держава-учасниця вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинами умисно вчинених обіцянки, пропозиції або надання іноземній державній посадовій особі чи посадовій особі міжнародної організації, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги для самої посадової особи чи іншої фізичної або юридичної особи, щоб ця посадова особа вчинила будь-яку дію чи утрималась від вчинення дій під час виконання своїх посадових обов'язків для одержання або збереження комерційної чи іншої неправомірної переваги у зв'язку з веденням міжнародних справ.

2. Кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинами умисно вчинених вимагання або прийняття іноземною державною посадовою особою чи посадовою особою міжнародної організації, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги для самої посадової особи чи іншої фізичної або юридичної особи, щоб ця посадова особа вчинила будь-яку дію чи утрималась від вчинення дій під час виконання своїх службових обов'язків.

Стаття 17. Розкрадання, неправомірне привласнення або інше нецільове використання майна державною посадовою особою

Кожна Держава-учасниця вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинами умисно вчинених розкрадання, неправомірного привласнення або іншого нецільового використання державною посадовою особою з метою одержання вигоди для самої себе або іншої фізичної чи юридичної особи будь-якого майна, державних або приватних коштів, або цінних паперів, чи будь-якого цінного предмета, що знаходиться у віданні цієї державної посадової особи на підставі її службового становища.

Стаття 18. Зловживання впливом

Кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинами наступних дій, якщо вони вчинені умисно:

a) обіцянка, пропозиція або надання державній посадовій особі чи будь-якій іншій особі, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги, щоб ця посадова особа чи така

інша особа зловживала своїм справжнім або удаваним впливом з метою одержання від адміністрації чи державного органу Держави-учасниці будь-якої неправомірної переваги для ініціатора таких дій чи будь-якої іншої особи;

b) вимагання або прийняття державною посадовою особою чи будь-якою іншою особою, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги для самої себе чи для іншої особи, щоб ця особа чи така інша особа зловживала своїм справжнім або удаваним впливом з метою одержання від адміністрації або державного органу Держави-учасниці будь-якої неправомірної переваги.

Стаття 19. Зловживання службовим становищем

Кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисного зловживання службовими повноваженнями або службовим становищем, тобто здійснення будь-якої дії чи утримання від здійснення дій, що є порушенням законодавства, державною посадовою особою під час виконання своїх функцій з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи.

Стаття 20. Незаконне збагачення

За умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати.

Стаття 21. Підкуп у приватному секторі

Кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинами умисно вчинених в ході економічної, фінансової або комерційної діяльності наступних діянь:

a) обіцянка, пропозиція або надання, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги будь-якій особі, яка керує роботою організації приватного сектора або працює, на будь-якій посаді, у такій організації, для такої особи чи іншої особи, щоб ця особа вчинила, порушуючи свої обов'язки, будь-яку дію чи утрималась від вчинення дій;

b) вимагання або прийняття, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги будь-якою особою, яка керує роботою організації приватного сектора або працює на будь-якій посаді, у такій організації, для такої особи чи іншої особи, щоб ця особа вчинила, порушуючи свої обов'язки, будь-яку дію чи утрималась від вчинення дій.

Стаття 22. Розкрадання майна в приватному секторі

Кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисно вчинене в ході економічної, фінансової або комерційної діяльності розкрадання особою, яка керує роботою організації приватного сектора або працює на будь-якій посаді у такій організації будь-якого майна, приватних коштів, або цінних паперів, чи будь-яких інших цінних предметів, які знаходяться у розпорядженні цієї особи на підставі її службового становища». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (ООН, від 31.10.2003). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення в рішеннях ЄСПЛ щодо боротьби з корупцією

368.2.1. Справа «Glasenapp v. Germany»

«49. Якщо Держави – учасниці Конвенції не захотіли прийняти на себе зобов'язання по визнанню права доступу до державної служби, з цього, проте, не випливає, що в інших відносинах державні службовці не підпадають під дію Конвенції… За загальним правилом гарантії Конвенції поширюються на державних службовців». [Glasenapp v. Germany (9228/80). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57494] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо провокації підкупу

368.3.1. Справа «Ramanauskas v. Lithuania»
Фактичні обставини:

Співробітник спеціального антикорупційного підрозділу поліції під виглядом приватної особи увійшов у контакт із заявником, який працював прокурором, і запропонував йому хабар за виправдання третьої особи. Заявник спочатку відмовився, але потім, після того як цю пропозицію йому зробили кілька разів, погодився і прийняв хабар. За це заявнику було винесено обвинувальний вирок, який залишили в силі суд другої інстанції і Верховний суд.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«41. Заявник скаржився, що національні суди не дали адекватної відповіді на питання про відповідальність влади за провокацію його до вчинення злочину. Він стверджував, що, організований владою його контакт з А. З. та В. С. зіграв вирішальну роль у ситуації, яка привела його до прийняття хабара. Він стверджував, що В. С. був давнім інформатором поліції, про що свідчить той факт, що поліція дозволила йому бути таємним агентом у справі. Заявник припустив, що допит В. С. мав бути вирішальним для встановлення того, чи підбурював В. С. його до вчинення злочину і що відмова влади викликати В. С. як свідка порушила відповідні положення статті 6 Конвенції. Суд не прагнули встановити, чи співпрацював В. С. з судовими органами. Тому заявник заявив, що йому було відмовлено у справедливому судовому розгляді в порушення пункту 1 статті 6 Конвенції.

(…)

43. Уряд стверджував, що в будь-якому випадку влада не підбурювала заявника до вчинення злочину і що ситуація, яка становить предмет його скарг, не порушувала його права відповідно до статті 6 Конвенції.

(…)

49. У першу чергу Європейський Суд зауважує, що він усвідомлює властиві поліції труднощі, пов'язані з пошуком і збором доказів з метою виявлення і розслідування злочинів. Для виконання цього завдання поліції у все зростаючій мірі доводиться вдаватися до використання агентів, забезпечених оперативної легендою, інформаторів і негласних методів оперативної роботи, особливо в боротьбі з організованою злочинністю і корупцією.

50. Більш того, корупція, включаючи корупцію в правоохоронних і судових органах, стала однією з головних проблем у багатьох країнах, про що свідчить Конвенція Ради Європи про кримінальну відповідальність за корупцію. Цей документ дозволяє застосування спеціальних методів розслідування, таких як використання агентів, забезпечених оперативною легендою, що може виявитися необхідним для збору доказів у даній сфері, за умови дотримання прав і обов'язків, що випливають з міжнародних багатосторонніх конвенцій, які стосуються «особливих питань», наприклад прав людини.

51. При цьому використання спеціальних методів розслідування, зокрема легендованих операцій, неповинно саме по собі порушувати право на справедливий судовий розгляд. Однак з огляду на можливу небезпеку підбурювання з боку поліції до скоєння злочину, що витікає із використання таких методів, їх використання повинно бути обмежено чіткими рамками.

(…)

53. Зокрема, Конвенція не виключає використання на етапі попереднього розслідування і в тих випадках, коли характер правопорушення може її виправдати, таких джерелах, як анонімні інформатори. Однак подальше використання таких джерел судом першої інстанції для винесення обвинувального вироку є іншим питанням і прийнятне тільки в тому випадку, якщо є достатні запобіжні заходи проти зловживань, зокрема чітка і передбачувана процедура санкціонування, здійснення і контролю слідчих дій. Хоча зростання організованої злочинності вимагає вжиття належних заходів, право на справедливий судовий розгляд, з якого випливає вимога належного відправлення правосуддя, застосовується проте до всіх видів кримінальних правопорушень, від малозначних до найтяжчих. Право на справедливе відправлення правосуддя займає настільки помітне місце в демократичному суспільстві, що ним не можна жертвувати заради доцільності.

54. Крім того, хоча використання таємних агентів може допускатися за умови, що воно підлягає чітким обмеженням і гарантіям, громадські інтереси не можуть виправдати використання доказів, отриманих у результаті поліцейського підбурювання, оскільки це може привести до того, що обвинувачений буде остаточно позбавлений справедливого судового розгляду з самого початку.

55. Поліцейське підбурювання до вчинення злочину відбувається там, де задіяні співробітники, незалежно від того, чи співробітники сил безпеки або особи, що діють за їхньою вказівкою, не обмежуються розслідуванням злочинної діяльності пасивним чином, а чинять такий вплив на ситуацію, що підбурює особу вчинити злочин, який інакше не було б скоєно, з тим щоб дати можливість встановити факт правопорушення, тобто отримати докази і розпочати кримінальне переслідування.

(…)

62. З представлених у цій справі доказів випливає, що 26 січня 1999 року Служба спеціальних розслідувань (STT) увійшла з проханням про надання дозволу використовувати імітаційну модель кримінальної поведінки разом із проханням про звільнення від кримінальної відповідальності А. З. коли останній уже зв'язався із заявником через В. С., і заявник явно погодився домагатися того, щоб третя особа була виправдана в обмін на хабар в розмірі 3 000 дол. США. На думку уряду, ця послідовність подій показала, що В. С. та А. З. діяли за власною ініціативою, не повідомивши спочатку владу. Санкціонувавши та реалізувавши імітаційну модель органи прокуратури надали собі право отримати докази правопорушення, яке заявник уже планував вчинити. Тому вони не були винні в підбурюванні.

63. Суд не може прийняти такі аргументи. Національні влади не можуть бути звільнені від своєї відповідальності за дії поліцейських, просто стверджуючи, що, виконуючи поліцейські обов'язки, офіцери діяли «в приватному порядку». Особливо важливо, щоб влада приймала на себе відповідальність, оскільки початковий етап операції, а саме дії, вчинені до 27 січня 1999 року, мали місце за відсутності будь-яких правових рамок або судового дозволу. Крім того, санкціонуючи використання імітуючої моделі і звільняючи А. З. від кримінальної відповідальності, влада узаконила попередню фазу ex post facto і використовувала її результати.

(…)

65. З цього випливає, що влада Литви несе відповідальність відповідно до норм Конвенції за дії В. С. та А. З. Якщо постановити інакше, відкриється шлях до зловживань і свавілля, що дозволить обходити принципи Конвенції за допомогою «приватизації» поліцейського підбурювання до вчинення злочинів.

66. Тому Суд повинен перевірити, чи були дії, на які заявник подав скаргу, підбурюванням до вчинення злочинів, заборонених ст. 6 Конвенції.

67. Для з'ясування того, чи обмежилися А. З. і В. С. «розслідуванням злочинної діяльності пасивним способом», Суд повинен враховувати такі міркування. По-перше, немає доказів того, що заявник раніше вчиняв будь-які правопорушення, зокрема злочини, пов'язані з корупцією. По-друге, як показують записи телефонних дзвінків, всі зустрічі між заявником і А. З. відбулися з ініціативи останнього, що, мабуть, суперечить аргументу уряду про те, що влада не піддали заявника ніякому тиску або погрозам. Навпаки, завдяки контакту, створеному з ініціативи А. З. і В. С., заявник, схоже, піддався явному спонуканню з їх боку здійснювати злочинні дії, хоча об'єктивних доказів, крім чуток, не було, щоб припустити, що він має намір брати участь у такій діяльності.

68. Ці міркування є достатніми для того, щоб Суд дійшов висновку про те, що дії відповідних осіб виходять за рамки простого пасивного розслідування існуючої злочинної діяльності.

73. На завершення, пам'ятаючи про важливість і труднощі завдання розслідування правопорушень, Суд з урахуванням викладеного вище вважає, що дії А. З. і В. С. були підбурюванням заявника до вчинення злочину, за який він був засуджений, і що немає ніяких вказівок на те, що злочин було б скоєно без їхнього втручання. Зважаючи на таке втручання і його використання в оспорюваному кримінальному процесі засудження заявника було несправедливим.

74. Таким чином, мало місце порушення пункту 1 статті 6 Конвенції». [Ramanauskas v. Lithuania (74420/01). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–84935]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 370 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

368.4.1. Коли дії поліції визнані провокацією злочину, це означає не тільки процесуальний наслідок у вигляді визнання отриманих доказів неприпустимими, але й має значення для матеріального кримінального права. А саме – якщо вина обвинуваченої особи вважається не доведеною з причин неналежних доказів, то і дії провокаторів не можуть кваліфікуватися за ч. 4 ст. 27 КК як співучасть у вчинені злочину. За відсутності виконавця відсутні співучасники.

Тому дії провокатора злочину в таких випадках не утворюють складу злочину, до вчинення якого він підбурював. Кваліфікація дій провокатором залежить від виду злочину, до якого він провокував і від того, чи є він службовою особою. У випадках провокації підкупу, вчиненої службовою особу, її дії кваліфікуються за ч. 1 ст. 370, а якщо такі дії вчиняються службовою правоохоронних органів – за ч. 2 ст. 370 КК України.

(Див.:368.3.1)

Про критерії відмежування законних оперативних заходів по виявленню злочинів та документуванню злочинної діяльності від провокації до вчинення злочину: *(див: 26.4.2)*

Розділ XVIII. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ

Стаття 371. Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою

1. Завідомо незаконне затримання або незаконний привід –

караються позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Завідомо незаконні домашній арешт або тримання під вартою –

карається обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки або були вчинені з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 371 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 245-VII від 16.05.2013)

§.1 Норми міжнародного права
щодо питань, пов'язаних з позбавленням волі

371.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«Стаття 9
Ніхто не може зазнавати безпідставного арешту, затримання або вигнання». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

371.1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997) [1]
«Стаття 5. Право на свободу та особисту недоторканність
1. Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом: a) законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом;

b) законний арешт або затримання особи за невиконання законного припису суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, встановленого законом;

c) законний арешт або затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення;

d) затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законне затримання неповнолітнього з метою допровадження його до компетентного органу;

e) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг;

f) законний арешт або затримання особи з метою запобігання її недозволеному в'їзду в країну чи особи, щодо якої провадиться процедура депортації або екстрадиції.

2. Кожен, кого заарештовано, має бути негайно поінформований зрозумілою для нього мовою про підстави його арешту і про будь-яке обвинувачення, висунуте проти нього.

[1] Див. також: Постанова Верховної ради України від 21.05.2015 р. «Про Заяву Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод» *(див.: 0.2.4)*.

3. Кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту «с» пункту 1 цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження. Таке звільнення може бути обумовлене гарантіями з'явитися на судове засідання.

4. Кожен, кого позбавлено свободи внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, в ході якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним.

5. Кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання, здійсненого всупереч положенням цієї статті, має забезпечене правовою санкцією право на відшкодування». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

371.1.3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права

(ООН, від 16.12.1966)

(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.1973) [1]

*«**Стаття 9***

1. Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути піддано свавільному арешту чи триманню під вартою. Нікого не може бути позбавлено волі інакше, як на підставах і відповідно до такої процедури, які встановлено законом.

2. Кожному заарештованому повідомляються при арешті причини його арешту і в терміновому порядку повідомляється будь-яке пред'явлене йому обвинувачення.

3. Кожна заарештована або затримана за кримінальним обвинуваченням особа в терміновому порядку доставляється до судді чи до іншої службової особи, якій належить за законом право здійснювати судову владу, і має право на судовий розгляд протягом розумного строку або на звільнення. Тримання під вартою осіб, які чекають судового розгляду, не має бути загальним правилом, але звільнення може ставитись у залежність від подання гарантій явки на суд, явки на судовий розгляд у будь-якій іншій його стадії і, в разі необхідності, явки для виконання вироку.

4. Кожному, хто позбавлений волі внаслідок арешту чи тримання під вартою, належить право на розгляд його справи у суді, щоб цей суд міг невідкладно винести постанову щодо законності його затримання і розпорядитися про його звільнення, якщо затримання є незаконним.

5. Кожен, хто був жертвою незаконного арешту чи тримання під вартою, має право на компенсацію, якій надано позовної сили.

(…)

Стаття 14

1. Всі особи є рівними перед судами і трибуналами. Кожен має право при розгляді будь-якого кримінального обвинувачення, пред'явленого йому, або при визначенні його права та обов'язків у будь-якому цивільному процесі на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону. Преса і публіка можуть не допускатися на весь судовий розгляд або частину його з міркувань моралі, громадського порядку чи державної безпеки в демократичному суспільстві, або коли того вимагають інтереси приватного життя сторін, або – в тій мірі, в якій це, на думку суду, є строго необхідним, – при особливих обставинах, коли публічність порушувала б інтереси правосуддя; однак будь-яка судова постанова в кримінальній або цивільній справі повинна бути публічною, за винятком тих випадків, коли інтереси неповнолітніх вимагають іншого чи коли справа стосується матримоніальних спорів або опіки над дітьми.

2. Кожен обвинувачений в кримінальному злочині має право вважатися невинним, поки винність його не буде доведена згідно з законом.

---

[1] Див. також: постанова Верховної ради України від 21.05.2015 р. «Про Заяву Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод» *(див.: 0.2.4)*..

3. Кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення як мінімум на такі гарантії на основі цілковитої рівності: a) бути терміново і докладно повідомленим мовою, яку він розуміє, про характер і підставу пред'явленого йому обвинувачення;

b) мати достатній час і можливості для підготовки свого захисту і спілкуватися з обраним самим ним захисником;

c) бути судженим без невиправданої затримки;

d) бути судженим в його присутності і захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захисника; якщо він не має захисника, бути повідомленим про це право і мати призначеного йому захисника в будь-якому разі, коли інтереси правосуддя того вимагають, безплатно для нього в усякому такому випадку, коли у нього немає достатньо коштів для оплати цього захисника;

e) допитувати свідків, які дають проти нього показання, або мати право на те, щоб цих свідків було допитано, і мати право на виклик і допит його свідків на тих самих умовах, які існують для свідків, що дають показання проти нього;

f) користуватися безплатною допомогою перекладача, якщо він не розуміє мови, використовуваної в суді, або не говорить цією мовою;

g) не бути приневоленим до давання свідчень проти самого себе чи до визнання себе винним.

4. Щодо неповнолітніх процес повинен бути таким, щоб враховувались їх вік і бажаність сприяння їх перевихованню.

5. Кожен, кого засуджено за будь-який злочин, має право на те, щоб його засудження і вирок були переглянуті вищестоящою судовою інстанцією згідно з законом.

6. Коли будь-яку особу остаточним рішенням було засуджено за кримінальний злочин і коли винесений їй вирок був потім скасований або їй було даровано помилування на тій підставі, що якась нова чи нововиявлена обставина незаперечно доводить наявність судової помилки, то ця особа, котра зазнала покарання в результаті такого засудження, одержує компенсацію згідно з законом, коли не буде доведено, що зазначена невідома обставина не була свого часу виявлена виключно або частково з її вини.

7. Ніхто не повинен бути вдруге засуджений чи покараний за злочин, за який він уже був остаточно засуджений або виправданий відповідно до закону і кримінально-процесуального права кожної країни.

(…)

Стаття 11

Ніхто не може бути позбавлений волі на тій лише підставі, що він не в змозі виконати якесь договірне зобов'язання». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

371.1.4. Додатковий протокол до Європейської Конвенції про передачу засуджених осіб
(Рада Європи, від 18.12.1997)
(ратифіковано Законом від 03.04.2003)

«***Стаття 2. Особи, які втекли з Держави винесення вироку***

1. Якщо громадянин Сторони, який підлягає покаранню, призначеному на території іншої Сторони як частина остаточного вироку, намагається уникнути виконання або подальшого виконання покарання в Державі винесення вироку шляхом втечі на територію першої Сторони до відбування покарання, то Держава винесення вироку, може запитати від іншої Сторони, щоб та взяла на себе виконання покарання.

2. На запит Держави винесення вироку, Держава виконання вироку до прибуття документів, що підтримують запит, а також до прийняття рішення за цим запитом, може заарештувати засуджену особу, або вжити будь-яких інших заходів для забезпечення того, щоб засуджена особа залишалася на її території до рішення за запитом. Запит про запобіжні заходи має містити в собі інформацію, вказану в пункті 3 статті 4 Конвенції. Розмір покарання для засудженої особи не збільшується в результаті періоду, проведеного під арештом з причини, вказаної в цьому пункті.

3. Для передачі виконання покарання згода засудженої особи не вимагається». [Додатковий протокол до Європейської Конвенції про передачу засуджених осіб (Рада Європи, від 18.12.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_335]

371.1.5. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №8 – Стаття 9 (право на свободу та особисту недоторканність)»

(Комітет ООН з прав людини, шістнадцята сесія – 1982 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«1. (…) пункт 1 [Загальної декларації прав людини] применяется ко всем случаям лишения свободы, в случаях уголовных дел или в других случаях, таких, например, как психическое заболевание, бродяжничество, наркомания, воспитательные цели, иммиграционный контроль и т. д. Действительно, некоторые положения статьи 9 (часть пункта 2 и весь пункт 3) применимы лишь в отношении лиц, которым предъявляется обвинение в совершении уголовных преступлений. Однако остальные положения, в частности важная гарантия, предусмотренная в пункте 4, т. е. право на определение судом законности задержания, применяется в отношении всех лиц, лишенных свободы в результате ареста или заключения под стражу. Кроме того, государства участники обязаны также в соответствии с положениями статьи 2 (3) обеспечить любому лицу эффективные средства правовой защиты в других случаях, когда оно утверждает, что лишение его свободы противоречит положениям Пакта.

2. В пункте 3 статьи 9 предусматривается, что каждое арестованное или задержанное лицо по обвинению в уголовном преступлении должно быть «в срочном порядке» доставлено к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть. В большинстве государств участников законом устанавливаются более точные предельные сроки, и, по мнению Комитета, задержка не должна превышать нескольких дней. Многие государства представили недостаточную информацию о применяемой в этом отношении практике.

3. Другой вопрос заключается в общей продолжительности содержания под стражей до судебного разбирательства. В связи с некоторыми категориями уголовных дел в нескольких странах этот вопрос вызвал определенную озабоченность у членов Комитета, и они высказали сомнение, соответствует ли применяемая в этих государствах практика положению о праве на «судебное разбирательство в течение разумного срока или освобождение» в соответствии с пунктом 3. Содержание под стражей до судебного разбирательства должно рассматриваться как исключительная мера, и срок его должен быть как можно более коротким. Комитет будет приветствовать получение информации относительно существующих механизмов и мер, принятых с целью сокращения срока такого содержания под стражей.

4. Точно так же, если применяется так называемое предварительное заключение, диктуемое соображениями общественной безопасности, то оно должно регулироваться этими же самыми положениями, т.е. не должно быть произвольным и должно осуществляться на таких основаниях и в соответствии с такими процедурами, которые установлены законом (пункт 1); арестованному должны сообщаться причины ареста (пункт 2); суд должен выносить постановление о законности задержания (пункт 4), а в случае незаконного ареста или содержания под стражей должна представляться соответствующая компенсация (пункт 5). И если помимо этого в таких случаях определенному лицу предъявляются обвинения в совершении уголовного преступления, то ему должна предоставляться также полная защита, предусматриваемая в статье 9 (2) и (3), а также в статье 14». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №8 – Стаття 9 (право на свободу та особисту недоторканність)». (Шістнадцята сесія (1982 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

371.1.6. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання

(ООН, від 10.12.1984)

(ратифіковано Указом ПВР від 26.01.87)

«Стаття 6

1. Переконавшись після розгляду наявної у неї інформації, що обставини цього вимагають, будь-яка держава-сторона, на території якої перебуває особа, яка підозрюється у вчиненні будь-якого із злочинів, зазначених у статті 4, бере її під варту або вживає інших юридичних заходів, що забезпечують її присутність. Взяття під варту та інші подібні заходи здійснюються згідно із законодавством даної держави, але можуть тривати тільки протягом часу, необхідного для того, щоб провести кримінально-процесуальні дії у справі видачі.

2. Така держава негайно проводить попереднє розслідування фактів.

3. Будь-якій особі, яка перебуває під вартою на підставі пункту 1 цієї статті, надається сприяння в негайному встановленні контакту з найближчим відповідальним представником держави, громадянином якої вона є, або, якщо вона є особою без громадянства, – з представником тієї держави, де вона звичайно проживає.

4. Коли держава згідно з цією статтею бере яку-небудь особу під варту, вона негайно повідомляє держави, зазначені в пункті 1 статті 5, про факт перебування такої особи під вартою та про обставини, що стали підставою для її затримання. Держава, що проводить попереднє розслідування, передбачене в пункті 2 цієї статті, негайно повідомляє про одержані нею дані, зазначені вище, державам і сповіщає, чи має вона намір здійснити свою юрисдикцію». [Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання. (ООН, від 10.12.1984). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_085]

371.1.7. Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах

(СНД, від 22.01.1993)

(ратифіковано із застереженнями Законом від 10.11.1994) [1]

«Стаття 60. Взяття під варту для видачі

Після одержання вимоги запитувана Договірна Сторона негайно вживає заходи до взяття під варту особи, видача якої вимагається, за винятком тих випадків, коли видача не може бути здійснена». [Конвенція країн СНД 1993 року про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (СНД, від 22.01.1993) http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_009]

371.1.8. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції

(ООН, від 31.10.2003)

(ратифіковано із заявами Законом від 18.10.2006)

«Стаття 17

Тюремне ув'язнення за неплатоспроможність

Запитувана Сторона не застосовує тюремне ув'язнення за неплатоспроможність і не вживає ніякого іншого заходу, що обмежує свободу особи, внаслідок клопотання згідно зі статтею 13, якщо це обумовлено у клопотанні запитуючої Сторони.

(…)

«Стаття 44. Видача

(…)

10. За умови дотримання положень свого внутрішнього права та своїх договорів про видачу запитувана Держава-учасниця, переконавшись у тому, що обставини потребують цього і мають невідкладний характер, та на прохання запитуючої Держави-учасниці, може взяти під варту особу, яка перебуває на її території та про видачу якої зроблено запит, або вжити інших відповідних заходів для забезпечення її присутності під час провадження у справі про видачу». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (ООН, від 31.10.2003). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_029]

[1] 7 жовтня 2002 року в м. Кишинів країнами СНД укладено Конвенцію про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах. Станом на 01.06.2018 р. Україна не ратифікувала Конвенцію про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах 2002 р. Відтак, для України діють Конвенція 1993 року та Протокол до неї 1997 року.

371.1.9. Резолюція 43/173 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 року «Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином»

(ООН, від 09.12.1988)

(див: 0.4.1).

Приложение

Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме

Сфера применения Свода принципов

Настоящие Принципы применяются для защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме.

Употребление терминов

Для целей Свода принципов:

a) слово «арест» означает акт задержания лица по подозрению в совершении какого-либо правонарушения или по решению какого-либо органа;

b) слова «задержанное лицо» означают любое лицо, лишенное личной свободы не в результате осуждения за совершение правонарушения;

c) слова «заключенное лицо» означают любое лицо, лишенное личной свободы в результате осуждения за совершение какого-либо правонарушения;

d) слово «задержание» означает состояние задержанного лица, определение которого приводится выше;

e) слово «заключение» означает состояние заключенного лица, определение которого приводится выше;

f) слова «судебный или иной орган» означают судебный или иной орган в соответствии с законом, статус и положение которого обеспечивают максимально прочные гарантии компетентности, беспристрастности и независимости.

(…)

Принцип 2

Арест, задержание или заключение осуществляются только в строгом соответствии с положениями закона и компетентными должностными лицами или лицами, уполномоченными законом для этой цели.

Принцип 3

В интересах лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, не допускается никакое ограничение или умаление каких бы то ни было прав человека, признаваемых или существующих в каком-либо государстве в соответствии с правом, конвенциями, правилами или обычаями, на том основании, что эти права не признаются или признаются в меньшем объеме в настоящем Своде принципов.

Принцип 4

Задержание или заключение в какой бы то ни было форме и все меры, затрагивающие права человека, применительно к задержанным или находящимся в заключении лицам, должны осуществляться в силу постановления или подлежать эффективному контролю судебного или другого органа.

Принцип 5

1. Настоящие принципы применяются ко всем лицам в пределах территории любого данного государства без какого бы то ни было различия, как то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии или верования, политических или иных убеждений, национального, этнического или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения.

2. Меры, применяемые в рамках закона и предназначенные специально для защиты прав и особого статуса женщин, в особенности беременных женщин и кормящих матерей, а также детей, подростков, престарелых, больных или инвалидов, не рассматриваются как дискриминационные. Вопрос о необходимости и применении таких мер всегда подлежит рассмотрению судебным или другим органом.

(…)

Принцип 9

Власти, производящие арест лица, его задержание или ведущие расследование дела, осуществляют лишь полномочия, предоставляемые им по закону, и осуществление этих полномочий может быть обжаловано в судебном или ином органе, предусмотренном законом.

Принцип 10

Каждому арестованному сообщаются при аресте причины его ареста и без промедлений сообщается любое предъявленное ему обвинение.

(…)

Принцип 12

1. Надлежащим образом заносятся в протокол:

a) причины ареста;

b) время ареста этого лица и время, когда такое лицо было препровождено в место содержания, а также время первого появления перед судебным или иным органом,

c) фамилии соответствующих должностных лиц правоохранительных органов;

d) точные данные в отношении места содержания.

2. Такие протоколы представляются задержанному или его адвокату, если таковой имеется, в предписанной законом форме.

(…)

Общее положение

Ничто в настоящем Своде принципов не должно истолковываться в смысле ограничения или отхода от любого права, как оно определено в Международном пакте о гражданских и политических правах». [Резолюція 43/173 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 року «Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином» (ООН, від 09.12.1988). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_206]

371.1.10. Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй у відношенні заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням (Токійські правила)

(ООН, від 14.12.1990)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«6. Избежание предварительного заключения под стражу

6.1. Предварительное заключение под стражу используется в судопроизводстве по уголовным делам как крайняя мера при условии должного учета интересов расследования предполагаемого правонарушения и защиты общества и жертвы.

6.2. Альтернативы предварительному заключению под стражу применяются как можно раньше. Предварительное заключение под стражу длится не дольше, чем необходимо для достижения целей, указанных в правиле 5.1, и применяется гуманно и с уважением присущего человеку достоинства.

6.3. Правонарушитель имеет право подавать апелляцию в судебный или другой компетентный независимый орган в случаях применения предварительного заключения под стражу». [Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй у відношенні заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням (Токійські правила) (ООН, від 14.12.1990). http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_907]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо порушення права на свободу

371.2.1. Справа «Микола Кучеренко проти України»

«33. Суд повторює, що слово «законний» та словосполучення «відповідно до процедури, встановленої законом», які містяться в пункті 1 статті 5, по суті, відсилають до національного законодавства і встановлюють обов'язок забезпечувати дотримання матеріально-правових і процесуальних норм такого законодавства.

Однак «законність» тримання під вартою з погляду національного закону не завжди є вирішальним чинником. Крім того, Суд має переконатися, що тримання під вартою протягом зазна-

ченого періоду відповідало меті пункту 1 статті 5 Конвенції, яка забороняє безпідставне позбавлення свободи. До того ж Суд має з'ясувати, чи відповідає Конвенції сам національний закон і, зокрема, чи відповідають їй загальні принципи, які сформульовані в ньому чи випливають з нього. Стосовно таких принципів Суд наголошує, що, коли йдеться про позбавлення свободи, надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу юридичної визначеності. Отже, неодмінна вимога полягає в тому, що умови, за яких здійснюється позбавлення свободи, мають бути чітко сформульовані в національному законі, а застосування самого закону має бути передбачуваним і відповідати нормі «законності», яку встановлює Конвенція. Згідно з цією вимогою всі закони мають бути сформульовані з достатньою чіткістю, що дає особі можливість (у разі потреби – через відповідну консультацію) передбачити, достатньою за даних обставин мірою, ті наслідки, до яких може призвести певна дія». [Микола Кучеренко проти України (16447/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_482]

371.2.2. Справа «Еркало проти Нідерландів (Erkâlo V. The Netherlands)»

«52. Суд зауважує, що Конвенція відсилає до національного права, формулюючи зобов'язання забезпечити відповідність його матеріальним і процесуальним нормам; але водночас вона вимагає, щоб будь-яке позбавлення свободи відповідало призначенню статті 5, а саме – запобігти свавільному позбавленню свободи». [Еркало проти Нідерландів (Erkâlo V. The Netherlands) (89/1997/873/1085) http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–113000]

371.2.3. Справа «Bozano v. France»

«53. (…) В контексті підпункту а) пункту 1 статті 5 Конвенції прийменник «після» говорить про причинний зв'язок і порядок послідовності в часі; він служить для позначення утримання під вартою особи, яке має місце «після», а не просто «внаслідок» рішення судді по кримінальних справах».

54. Головне питання, яке потрібно визначити, полягає в тому, чи оскаржуване затримання було «законним», у тому числі, чи було це відповідно до «процедури, встановленої законом». Конвенція тут посилається, головним чином, на національне законодавство, але, окрім цього, вимагає, щоб позбавлення волі, було сумісним з метою статті 5, а саме захист особи від свавілля. Тут питання не лише про право на свободу, а й про право на безпеку особи». [Bozano v. France (9990/82). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57448] (Неофіційний авторський переклад).

371.2.4. Справа «Nikolova v. Bulgaria»

«58. Затримані або взяті під варту особи мають право на перевірку дотримання процесуальних і матеріальних вимог, необхідних для законності, за змістом Конвенції, позбавлення їх волі. Таким чином, компетентний суд повинен одночасно перевірити дотримання процесуальних норм внутрішнього права й обґрунтований характер підозр, що стали підставою для затримання, а також законність переслідуваної затриманням мети.

Суд, який розглядає оскарження проти взяття під варту, повинен представити гарантії, властиві судовому розгляду справи. Процес повинен бути змагальним і гарантувати в усіх випадках рівноправність сторін, прокурора і затриманої особи. Рівноправність не має місця, коли адвокату відмовляється в доступі до матеріалів розслідування, вивчення яких необхідно для ефективного спростування законності взяття під варту його клієнта. Якщо мова йде про особу, взяття під варту якої підпадає під дію підпункту с) п. 1 статті 5, необхідно судове засідання». [Nikolova v. Bulgaria (31195/96). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58228] (Неофіційний авторський переклад)

371.2.5. Справа «Wemhoff v. Germany»

«5. (…) Стаття 5 Конвенції, яка починається з утвердження права кожного на свободу та особисту недоторканність, уточнює ситуації і умови, в яких можуть бути зроблені відступи від цього принципу, зокрема з метою підтримання громадського порядку, що вимагає, щоб злочини каралися. (…) Іншими словами, попереднє затримання обвинувачених осіб не повинно, відповідно до статті 5 (3), продовжуватися більше розумного строку». [Wemhoff v. Germany (2122/64). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57595] (Неофіційний авторський переклад).

371.2.6. Справа «Kudla v. Poland»

«93. Заходи з позбавлення волі зазвичай супроводжуються стражданням і приниженням. Однак не можна вважати, що запобіжне ув'язнення саме по собі ставить питання у світлі статті 3 Конвенції. Так само не можна тлумачити цю статтю як таку, що накладає загальне зобов'язання звільнити взяту під варту особу за станом здоров'я чи поміщати її до лікарні загального режиму для надання їй якогось конкретного лікування.

(…)

104. Суд повторює, що з огляду на суттєвий зв'язок між пунктом 3 і підпунктом с) пункту 1 статті 5 Конвенції, особа, яка була засуджена в першій інстанції, не може вважатися заарештованою чи затриманою «з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення» в сенсі цієї останньої норми, а повинна вважатися такою, що перебуває в ситуації, передбаченій підпунктом а) пункту 1 статті 5 Конвенції, який допускає «законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом». [Kudla v. Poland (30210/96). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–113046] (Неофіційний авторський переклад).

371.2.7. Справа «De Wilde, Ooms and Versyp («Vagrancy») v. Belgium (Merits)»

«65. (…) право на свободу в тому значенні, яке надає йому Конвенція, занадто важливе в демократичному суспільстві, щоб людина позбулася привілею захисту на підставі Конвенції лише з однієї тільки причини, що вона добровільно з'явилася в поліцію. Примусове утримання може порушувати статтю 5, незважаючи на згоду зацікавленої особи». [De Wilde, Ooms and VersyP («Vagrancy») v. Belgium (Merits) (2832/66; 2835/66; 2899/66). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57606] (Неофіційний авторський переклад).

371.2.8. Справа «Бєлоусов проти України»

«79. Згідно з практикою Суду для визначення того, чи мало місце позбавлення свободи, потрібно спочатку оцінити конкретну ситуацію особи, про яку йдеться, та взяти до уваги сукупність усіх обставин конкретної справи, а саме – вид, тривалість, наслідки та спосіб застосування заходу, про який ідеться. Суд має брати до уваги не лише зовнішні ознаки, але повинен зосередитися на реальній ситуації, про яку йдеться у скарзі. Суд вже неодноразово вказував на те, що право на свободу є надто важливим для особи в демократичному суспільстві, щоб втрачати право на захист Конвенції лише тому, що особа являється з повинною для взяття під варту. Тримання під вартою може порушувати статтю 5, навіть якщо зазначена особа погодилась на це». [Бєлоусов проти України (4494/07). https://minjust.gov.ua/files/37660]

371.2.9. Справа «Бароновський проти Польщі (Baranowski v. Poland)»

«57. У цьому контексті Суд також наголошує, що, для цілей пункту 1 статті 5 Конвенції, тримання під вартою, тривалість якого перевищує кілька місяців і яке здійснюється без відповідного розпорядження з боку суду чи судді або будь-якої іншої особи, «якій закон надає право здійснювати судову владу», не може вважатися «законним» у розумінні цього положення. Хоча ця вимога прямо не сформульована в пункті 1 статті 5, висновок про її існування можна зробити із тлумачення статті 5, взятої в цілому, – зокрема із формулювання пункту 1 (с) («з метою припровадження її до встановленого законом компетентного органу») та з пункту 3 («має негайно постати перед суддею чи іншою службовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу»). Крім того, Гарантія habeas corpus, яка міститься в пункті 4 статті 5, є додатковим підтвердженням принципу, за яким тримання під вартою, строк якого подовжується поза початкові межі, передбачені пунктом 3, потребує «судового» втручання як гарантії проти свавілля. На думку Суду, гарантії пункту 1 статті 5 проти свавільного позбавлення свободи виявилися б серйозно підірваними, якби було можливим тримати особу під вартою лише на підставі розпорядження виконавчого органу після того, як ця особа постала перед судовим органом, про що йдеться в пункті 3 статті 5 Конвенції». [Бароновський проти Польщі (Baranowski v. Poland) (28358/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–113019]

371.2.10. Справа «Хайредінов проти України»

«27. Для того, щоб позбавлення свободи не вважалось свавільним, додержання національного закону при його застосуванні є недостатнім. Такий захід має бути необхідним за конкретних обставин.

28. Таким чином, Суд вважає, що тримання під вартою у відповідності до підпункту (с) пункту 1 статті 5 Конвенції має задовольняти вимогу пропорційності». [Хайредінов проти України (38717/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_665]

371.2.11. Справа «Cebotari v. Moldova»

«48. Суд повторює, що для того, щоб арешт на підставі обґрунтованої підозри був виправданий відповідно до пункту (с) ст. 5 Конвенції, поліція не зобов'язана мати докази, достатні для пред'явлення звинувачення, ні в момент арешту, ні під час перебування заявника під вартою. Також не обов'язково, щоб затриманій особі були в кінцевому рахунку пред'явлені звинувачення, або щоб ця особа постала перед судом. Метою попереднього утримання під вартою є подальше розслідування кримінальної справи, яка повинна підтвердити або розвіяти підозри, що є підставою для затримання. Однак вимога обґрунтованої підозри є важливим елементом гарантії від довільного арешту і затримання. Того факту, що підозри є сумлінними, недостатньо. Слова «обґрунтована підозра» означають наявність фактів або інформації, які могли б переконати об'єктивного спостерігача, що особа, можливо, вчинила злочин. Суд підкреслює у зв'язку з цим, що за відсутності розумної підозри особа не може бути заарештована або затримана з метою змусити її зізнатися або дати свідчення або свідчення проти інших осіб, або для виявлення фактів або інформації, які можуть служити для обґрунтування підозр щодо неї». [Cebotari v. Moldova (35615/06). ECHR 2007-XI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–83247] (Неофіційний авторський переклад).

371.2.12. Справа «Бенхем проти Сполученого Королівства (Benham v. The United Kingdom)»

«42. Тимчасове тримання під вартою є, загалом, законним, якщо засуджений відбуває його відповідно до рішення суду. Якщо у подальшому виявляється, що суддя, ухвалюючи вирок відповідно до норм національного законодавства, припустився помилки, це не обов'язково ретроспективно впливає на чинність тимчасового позбавлення волі. З цієї причини конвенційні органи у Страсбурзі постійно відмовляються задовольняти скарги, які подаються засудженими в кримінальному порядку особами, коли заявники посилаються на те, що обвинувальні вироки в їхніх справах або призначені покарання були визнані апеляційним судом такими, що спирались на фактичні або ж правові помилки». [Бенхем проти Сполученого Королівства (Benham v. The United Kingdom) (19380/92). ECHR 1996-VI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–105919]

371.2.13. Справа «Krupko and Others v. Russia»

«35. Європейський суд нагадує, що захист від довільного затримання, встановлений у пункті 1 статті 5 Європейської конвенції, застосовується до будь-якого за тривалістю позбавлення свободи, наскільки б коротким воно не було (дивіться постанова Європейського суду від 21 червня 2011 року за справі «Шімоволос проти Російської Федерації» (Shimovolos v. Russia) за скаргою № 30194/09, у якому описується ситуація, коли заявник провів сорок п'ять хвилин у відділенні міліції; рішення у справі «Галан і Кінтон проти Сполученого Королівства» (Gillan and Quinton v. The United Kingdom) за скаргою № 4158/05, ЄСПЛ 2010 року (витяг), де розглядається випадок, коли заявники були зупинені для проведення 30-хвилинного обшуку; Рішення Європейського суду від 4 листопада 2003 року у справі «Новотко проти Словаччини» (Novotka v. Slovakia (dec.)) за скаргою № 47244/99, в якому розглядається ситуація, коли доставлення до поліцейської дільниці, обшук і висновок у камеру за тривалістю не перевищили однієї години; а також пп. 317 і 318 Постанови Європейського суду у справі «Ранцев проти Республіки Кіпр і Російської Федерації (Rantsev v. Cyprus and Russia), за скаргою № 25965/04, ЄСПЛ 2010 року (витяг), де описується випадок, коли передбачуване затримання дочки заявника тривало близько двох годин).

(…)

37. Далі Суд повторює, що оцінка державою фактичної ситуації або відсутність такої оцінки, не можуть рішуче вплинути на висновки Суду висновками щодо наявності позбавлення свободи. Таким чином той факт, що Московський міський суд і уряд-відповідач вважали, що заявники не були «затримані» за змістом російського законодавства, автоматично не означає, що заявники не були позбавлені свободи відповідно до положень Конвенції». [Krupko and Others v. Russia, ECHR 2014-XI (26587/07). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–145013] (Неофіційний авторський переклад).

371.2.14. Справа «Тимошенко проти України»

«263. При оцінці законності будь-якого позбавлення свободи Суд не обмежується проголошеними видимими цілями взяття та тримання під вартою, про які йдеться, але також розглядає істинні наміри та цілі, що стоять за ними». [Тимошенко проти України (49872/11). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_924]

371.2.15. Справа «Харченко проти України»

«71. У кількох справах Суд уже розглядав практику тримання обвинувачених під вартою виключно на підставі того, що обвинувальний висновок подано до суду першої інстанції, і визнав порушення пункту 1 статті 5. Суд уже наголошував, що практика тримання обвинувачених під вартою без конкретного юридичного підґрунтя або за відсутності чітких норм, які б регулювали такі питання, в результаті може призвести до позбавлення осіб свободи протягом необмеженого часу без відповідного дозволу суду і, відповідно, є несумісною з принципом юридичної визначеності та принципом захисту від свавілля, які червоною ниткою проходять через Конвенцію і принцип верховенства права (…) ». [Харченко проти України (40107/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_662]

371.2.16. Справа «Лабіта проти Італії»

«153. Існування розумної підозри, що заарештована особа вчинила правопорушення, є умовою sine qua non для тривалого тримання під вартою, але через деякий час ця умова перестає бути достатньою. У таких випадках Суд повинен встановити, чи інші підстави, наведені судовими органами, виправдовують подальше позбавлення свободи. У разі «відповідності» і «достатності» таких підстав Суд має також з'ясувати, чи компетентні національні органи виявили «особливу ретельність» у здійсненні провадження». [Лабіта проти Італії (Labita v. Italy) (26772/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58559]

371.2.17. Справа «Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom»

«32. Обґрунтованість підозри для арешту чи затримання особи, є важливою частиною захисту від свавільних арештів і затримань, яка закріплена в п. 1 (c) ст. 5 Конвенції. Суд згоден з Комісією та Урядом у тому, що наявність «розумної підозри» передбачає наявність фактів або інформації, які задовольняли б об'єктивного спостерігача, що відповідна особа могла вчинити злочин. Однак те, що може вважатися «розумним», залежить від усіх обставин.

У цьому відношенні терористична злочинність належить до спеціальної категорії. Через супутній ризик загибелі людей і людських страждань поліція зобов'язана діяти з граничною оперативністю при отриманні інформації, в тому числі інформації із секретних джерел. Крім того, поліція часто може заарештовувати підозрюваного терориста на основі надійної інформації, але яка не може бути розкрита підозрюваному або використана в суді для підтримки звинувачення, не ставлячи під загрозу джерело інформації.

(…) Проте гострота боротьби з терористичною злочинністю не може служити виправданням розширеного поняття «розумності» з того моменту, коли порушується сутність гарантії, забезпеченої ст. 5 п. 1 (c) Конвенції.

(…)

34. Зрозуміло, ст. 5, п. 1 (c), Конвенції не повинна застосовуватися таким чином, щоб створювати непропорційні труднощі на шляху поліцейських підрозділів Договірних держав у прийнятті

ефективних заходів для боротьби з організованим тероризмом. З цього випливає, що Договірним державам не може бути запропоновано встановити обґрунтованість підозри для арешту підозрюваного терориста шляхом розкриття конфіденційних джерел інформації або навіть фактів, які можуть бути сприйняті із зазначенням таких джерел або їх особистості.

Проте Суд повинен мати можливість з'ясувати, чи була забезпечена сутність гарантії, передбаченої в ст. 5, п. 1 (с). Отже, уряд-відповідач має надати принаймні деякі факти або інформацію, які можуть задовольнити Суд, про те, що арештована особа обґрунтовано підозрювана в скоєнні передбачуваного злочину». [Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom (12244/86; 12245/86; 12383/86). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57721] (Неофіційний авторський переклад).

371.2.18. Справа «K. F. проти Німеччини (K. F. v. Germany)»

«7. У цьому зв'язку Суд знову наголошує, що обґрунтованість підозри, наявність якої має служити підставою для арешту, є невід'ємним елементом запобіжної ґарантії проти свавільного арешту й затримання і що це передбачено підпунктом с) пункту 1 статті 5. Наявність «обґрунтованої підозри» означає, що вже існують факти або інформація, які спроможні переконати об'єктивного спостерігача у тому, що відповідна особа, ймовірно, вчинила правопорушення. Однак факти, які породжують підозру, не обов'язково мають такий саме рівень з'ясовності, який потребується на пізнішому етапі кримінального розслідування». [K. F. проти Німеччини (K. F. v. Germany) (144/1996/765/962). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–105942]

371.2.19. Справа «Włoch v. Poland»

«109. Однак крім своєї фактичної сторони, наявність «обґрунтованої підозри» за змістом п. 1 (с) ст. 5 вимагає, щоб факти, на які посилаються органи розслідування, могли розумно розглядатися як такі, що належать до статей, які описують злочинну поведінку в Кримінальному кодексі. Таким чином, відсутня «обґрунтована підозра», якщо діяння затриманої особи не були злочином у момент їх здійснення». [Włoch v. Poland (27785/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58893] (Неофіційний авторський переклад)

371.2.20. Справа «Aksoy v. Turkey»

«78. Хоча Суд розуміє, – він уже раніше неодноразово висловлював свою точку зору з цього питання, – що розслідування терористичних правопорушень безсумнівно представляє для влади особливі труднощі; він не може погодитися з необхідністю затримання підозрюваного на 14 днів без судового втручання. Цей надзвичайно довгий термін робив заявника вразливим не тільки стосовно довільного втручання в його право на свободу, але також і щодо тортур». [Aksoy v. Turkey (21987/93). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58003] (Неофіційний авторський переклад).

371.2.21. Справа «Dikme v. Turkey»

«65. Та обставина, що розслідування не закінчено через труднощі, пов'язані з тероризмом і з значною кількістю підозрюваних, залучених у розслідування, не може звільняти владу від їх обов'язку, що випливає з п. 3 ст. 5 Конвенції: цей пункт повинен застосовуватися під час проведення розслідування, і за необхідності саме влада повинна розробити форми судового контролю, пристосовані до таких обставин, але з дотриманням Конвенції». [Dikme v. Turkey (20869/92). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58751] (Неофіційний авторський переклад).

371.2.22. Справа «Ярошовець та інші проти України»

«121. Згідно з практикою Суду обґрунтування будь-якого періоду тримання під вартою, незалежно від того, наскільки воно коротке, має бути переконливо продемонстроване органами влади. Суд вже встановлював, що ще однією функцією вмотивованого рішення є демонстрація сторонам провадження того, що вони були почуті. Хоча стаття 5 Конвенції не накладає на суддю, який розглядає скаргу щодо взяття під варту, обов'язку розглядати кожен зазначений у скарзі аргумент, її гарантії були б позбавлені свого змісту, якби суддя, посилаючись на національне законодавство та практику, вважав би неважливими або ігнорував конкретні факти, вказані ув'язненим, які б могли поставити під сумнів «законність» позбавлення свободи.

(…)

141. Суд раніше не наводив загального визначення того, які саме види дій органів влади можуть становити «свавілля» у розумінні пункту 1 статті 5 Конвенції. Проте ключові принципи, встановлені у кожному конкретному випадку, доводять, що поняття свавілля у контексті статті 5 Конвенції певною мірою залежить від відповідного виду тримання під вартою. Один із встановлених практикою Суду загальних принципів полягає у тому, що тримання під вартою вважатиметься «свавільним», коли, незважаючи на дотримання букви національного закону, матиме місце недобросовісність або введення в оману органами влади, або коли органи влади нехтують спробами правильного застосування відповідного законодавства.

142. Більше того, вимога щодо того, щоб тримання під вартою не було свавільним, означає необхідність дотримання пропорційності між вказаною підставою тримання під вартою та власне триманням під вартою. Межі перевірки на пропорційність, що має застосовуватися у кожній справі, залежать від виду тримання під вартою, про який йдеться. У контексті тримання під вартою на підставі підпункту «a» пункту 1 статті 5 Конвенції Суд загалом доходив висновку, що рішення про призначення покарання у вигляді позбавлення волі та тривалість цього покарання є радше питаннями національних органів влади, ніж Суду. При цьому, оцінюючи питання про наявність ознак свавілля при застосуванні попереднього ув'язнення, яке не було частиною призначеного заявникам покарання, але яке все ж підпадало під дію підпункту «a» пункту 1 статті 5 Конвенції, Суд вважав за необхідне встановити мету тримання заявників під вартою відповідно до підпункту «a» пункту 1 статті 5 Конвенції та здійснити перевірку пропорційності застосування такого заходу». [Ярошовець та інші проти України (74820/10, 71/11, 76/11, 83/11 та 332/11). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b19]

371.2.23. Справа «Smirnova v. Russia»

«58. Якщо держава не наведе «відповідних і достатніх» підстав для тримання під вартою обвинуваченої у правопорушенні особи, така особа завжди має бути звільнена після затримання і перебувати на волі до початку судового розгляду її справи.

59. Для відмови в досудовому звільненні особи принципи конвенційного прецедентного права передбачають чотири основні підстави: ризик неявки обвинуваченого на судовий розгляд; ризик перешкоджання з боку обвинуваченого, у випадку його звільнення, процесові здійснення правосуддя; вчинення ним подальших правопорушень; або спричинення ним порушень громадського порядку». [Smirnova v. Russia (46133/99 і 48183/99). http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=598]

371.2.24. Справа «Sergey Volosyuk v. Ukraine»

«47. Суд повторює, що відповідно пункту 4 ст. 5 Конвенції заарештована або затримана особа має право ініціювати судовий розгляд щодо процесуальних і матеріально-правових умов, які необхідні для визнання позбавлення її свободи «законним» у значені пункту 1 ст. 5 Конвенції. Це означає, що компетентний суд повинен розглядати не тільки дотримання процесуальних вимог, викладених у внутрішньому законодавстві, але також обґрунтованість підозри, що є підставою арешту, а також легітимність мети, переслідуваної арештом і подальшим триманням особи під вартою». [Sergey Volosyuk v. Ukraine (1291/03). ECHR 2009-III. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–91726]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо порушення права на свободу

371.3.1. Справа «Руденко проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:

«58. Суд зазначає, що українське законодавство не передбачало (…) підстав для тримання особи під вартою після направлення справи до суду першої інстанції та до проведення попере-

днього розгляду справи (…) У цій справі заявник перебував у такій ситуації, а саме – тримався під вартою без жодного рішення з 30 липня до 29 серпня 2003 року, тобто протягом ще одного місяця.

59. Загалом, тримання заявника під вартою в період з 28 травня до 29 серпня 2003 року здійснювалося без відповідного судового рішення: у порушення національного законодавства (20 днів); відповідно до законодавства, яке не вимагало винесення рішення про продовження строків тримання під вартою протягом ознайомлення з матеріалами справи (43 дні); та за наявності прогалин у праві (30 днів).

60. Щодо подальшого періоду, з 29 серпня 2003 року до 22 грудня 2005 року, єдиною підставою для тримання заявника під вартою було рішення Ленінського суду від 29 серпня 2003 року, винесене за результатами попереднього розгляду справи, яким запобіжний захід, обраний до заявника раніше, було залишено без змін. Навіть не зважаючи на те, що Суд не має копії цього рішення, він схиляється довіряти твердженням заявника про відсутність мотивування тримання його під вартою, враховуючи той факт, що таке мотивування чітко не вимагалося національним законодавством. Крім того Уряд не обговорював це питання і попередні рішення Суду свідчать про те, що це було звичайною практикою.

61. Суд зауважує, що він уже вивчав подібні ситуації в інших справах щодо України та у світлі тих самих положень законодавства. Суд встановлював, що тривале попереднє тримання під вартою без відповідного рішення є несумісним з вимогами законності за пунктом 1 статті 5 Конвенції, враховуючи, що не було рішень, якими б санкціонувалося таке тримання. Стосовно подальшого періоду тримання заявника під вартою на підставі рішення суду Суд встановив, що судові рішення про продовження тримання під вартою на невизначений строк і без зазначення підстав для такого тримання не забезпечували особі адекватного захисту від свавілля, що є невід'ємним елементом «законності» тримання під вартою в розумінні пункту 1 статті 5 Конвенції.

62. Суд (…) доходить висновку, що в цій справі тримання заявника під вартою з 28 травня 2003 року до 22 грудня 2005 року відбувалося у порушення пункту 1 статті 5 Конвенції». [Руденко проти України (5797/05). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_711]

371.3.2. Справа «Хайредінов проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«29. Повертаючись до справи, яка розглядається, Суд зазначає, що на момент взяття заявника під варту йому було близько двадцяти років, він не мав судимості та мав постійне місце проживання, де, як підтвердили місцеві органи влади, він мав добре налагоджені соціальні зв'язки. Як вбачається з відповідних постанов суду (…) , жоден із цих факторів не брався до уваги національними судами при ухваленні ними рішення про взяття заявника під варту. (…) Також не було розглянуто можливість застосування менш суворих запобіжних заходів, таких як підписка про невиїзд або застава, які могли б забезпечити доступність заявника для розслідування та судового розгляду.

30. У світлі вищезазначеного Суд вважає, що за обставин цієї справи національні органи влади не надали належного обґрунтування для виправдання позбавлення заявника свободи, яке відповідно вважається свавільним.

31. Відповідно Суд вважає, що у цій справі мало місце порушення пункту 1 статті 5 Конвенції». [Хайредінов проти України (38717/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_665]

371.3.3. Справа «Бєлоусов проти України»

Фактичні обставини:

Близько 11 год. ранку 18 липня 2005 року кілька працівників міліції у цивільному прийшли до гуртожитку, у якому мешкав заявник, та запросили його пройти з ними до відділу. Заявник пішов із працівниками міліції до Комінтернівського РВ ХМУ ГУ МВС України в Харківській

області (далі – відділ міліції). У відділі міліції заявника повідомили про те, що міліцією були отримані заяви від двох матерів, які обвинувачували його у скоєнні розпусних дій стосовно їхніх малолітніх доньок, і його допитали з цього приводу. Близько 17 год. того ж дня заявник зізнався у вчиненні цього злочину. Близько 20 год 40 хв того ж дня слідчий міліції Б. склав протокол затримання, у якому зазначалося, що заявника у зазначений час було затримано як підозрюваного у вчиненні злочину на підставі статті 115 Кримінально-процесуального кодексу України.

22 липня 2005 року заявник постав перед суддею Комінтернівського районного суду м. Харкова (далі – районний суд), який обрав йому як запобіжний захід тримання під вартою строком на десять днів для збору додаткових відомостей щодо нього з метою визначення доцільності подальшого тримання його під вартою.

Рішення ЄСПЛ:

«83. У тій частині скарг заявника, яка стосується позбавлення його свободи з 18 липня 2005 року до 20 год 40 хв 19 липня 2005 року, Суд зазначає, що, як вбачається зі свідчень працівників міліції, висновків прокуратури та інших матеріалів справи, заявника було доправлено до відділу міліції вранці 18 липня 2005 року у зв'язку зі скаргами на вчинення ним кримінального злочину. З цього моменту з ним поводилися як з підозрюваним і він перебував під ефективним контролем працівників міліції у відділі міліції, а також під час нетривалих візитів до гуртожитку та до судово-медичного експерта, та йому не дозволялося безперешкодно залишити приміщення відділу міліції. Суд вважає, що вищезазначених матеріалів достатньо, щоб дійти висновку, що впродовж періоду, що розглядається, заявник був позбавлений свободи, а саме був затриманий у розумінні підпункту «с» пункту 1 статті 5 Конвенції.

84. Суд також зазначає, що, як вбачається з матеріалів справи, 18 липня 2005 року органами міліції не було документально зафіксовано затримання заявника, а протокол затримання було складено тільки приблизно о 20 год 40 хв 19 липня 2005 року.

(…)

87. Як вбачається з відомостей, наданих сторонами, в оскаржуваному протоколі затримання зазначалось, що заявника було затримано о 20 год 40 хв 19 липня 2005 року. У ньому жодним чином не згадувався той факт, що заявник вже тримався під вартою у відділенні міліції більше тридцяти годин до моменту, коли було складено протокол. Перш за все цей факт вплинув на відлік встановленого законом 72-годинного строку, зі спливом якого міліція була зобов'язана звільнити заявника з-під варти, якщо не буде отримано судового рішення про тримання його під вартою. Як зазначалось вище, рішення суду було отримано тільки 22 липня 2005 року – тобто після залучення вищезазначеного строку тримання під вартою. Отже, тримання заявника під вартою впродовж періоду, що розглядається, було незаконним.

88. Відповідно було порушення пункту 1 статті 5 Конвенції у зв'язку з триманням заявника під вартою в міліції з 18 до 22 липня 2005 року». [Бєлоусов проти України (4494/07). https://minjust.gov.ua/files/37660]

371.3.4. Справа «Giulia Manzoni v. Italy»

Фактичні обставини:

25 вересня 1991 року об 11 годині вечора пані Manzoni була арештована в Римі та поміщена в тюрму за образу, погрозу і напад на двох співробітників муніципальної поліції при виконанні ними своїх обов'язків. 27 вересня 1991 року по завершенні розгляду, відомого як «patteggiamento» (скорочена форма процедури) суд засудив пані Manzoni до трьох місяців і 11 днів тюремного ув'язнення умовно. Слухання закінчилося об 11 год 45 хв Приблизно в 13 год 30 хв поліція супроводила пані Manzoni до тюрми. У той самий день тюремна влада завершила офіційні формальності (повернення документів та майна, повідомлення про порядок контролю поліцією, запис у тюремний регістр). О 18:45 заявниця покинула в'язницю.

Рішення ЄСПЛ:

(Неофіційний авторський переклад)

«25. Суд повторює, що перелік винятків щодо права на свободу, закріплений у ст. 5, п. 1 (ст. 5[1]) є вичерпним, і тільки вузьке тлумачення цих винятків узгоджується з метою цього положення, а саме для забезпечення того, щоб ніхто свавільно не був позбавлений свободи.

Оскільки в Суду немає ніяких подробиць щодо обставин тюремного ув'язнення заявника 27 вересня 1991 року, він просто зазначає, що пані Manzoni була доставлена до в'язниці більш ніж через півтори години після закінчення її судового розгляду і що процедура звільнення повинна розглядатися як перший крок до виконання рішення окружного суду Риму. За загальним визнанням, адміністративні формальності, згадані урядом, могли б здійснюватися більш оперативно, але це не є підставою для висновку про те, що мало місце порушення Конвенції; деяка затримка в ухваленні рішення про звільнення затриманого часто є неминучою, хоча її необхідно звести до мінімуму. У підсумку, не було порушення ст. 5, п. 1 (c) (ст. 5^1-c) Конвенції». [Giulia Manzoni v. Italy (19218/91). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58043]

371.3.5. Справа «Krupko and Others v. Russia»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(Неофіційний авторський переклад)

«30. Уряд заперечував, що Заявники були позбавлені волі або обмежені в пересуванні. Згідно з його доводами, співробітники міліції просто запросили кількох учасників релігійного зібрання, в тому числі Заявників, у ОВС району «Люблiно» з метою отримання пояснень з приводу незаконних зборів і для встановлення його організаторів. Заявники не були позбавлені волі, оскільки вони не були поміщені в камеру або піддані будь-яким обмежувальним заходам. Вони могли вільно пересуватися по приміщенню ОВС і розмовляти по мобільних телефонах.

31. Заявники заперечували проти використання Урядом слова «запрошені», що вводить в оману. «Запрошення» має на увазі свободу прийняти його або відмовитися від нього, однак подібного вибору у Заявників не було. Співробітники міліції відокремили Заявників від інших віруючих і посадили їх у міліцейські автотранспортні засоби. Відмова підкоритися або спроба опору розглядалися б як насильство стосовно співробітників міліції, що могло б спричинити за собою важке покарання… Заявники стверджували, що позбавлення волі, якому вони були піддані, включає в себе як об'єктивний елемент, який полягає в тому, що, по-перше, їх змусили стояти в коридорі за залом, а по-друге, посадили в міліцейські автотранспортні засоби і відвезли в ОВС, так і суб'єктивний елемент, що вилився в тому, що вони не давали згоди на таке позбавлення волі. Заявники знову нагадують, що позбавлення їх волі не відповідало закону і не переслідувало будь-якої легітимної мети.

33. Європейський суд звертає увагу на фундаментальну важливість гарантій, що містяться в статті 5 Європейської конвенції, для забезпечення захисту в демократичному суспільстві прав громадян бути захищеними від свавільного затримання органами влади. Європейський суд постійно підкреслює, що будь-яке позбавлення волі має не тільки здійснюватися відповідно до матеріальних і процесуальних норм національного права, а й так само має відповідати меті статті 5 Європейської конвенції, а саме: захищати громадян від свавільного затримання.

34. Сторони розійшлися в думках з приводу того, чи були Заявники «позбавлені свободи» за змістом статті 5 Європейської конвенції. Для того, щоб визначити, чи мало місце позбавлення волі, відправною точкою для Європейського суду повинна служити конкретна ситуація кожного окремо взятого Заявника і до уваги повинен братися цілий ряд факторів, які виникають у кожному окремо взятому випадку, таких як характер, тривалість, наслідки і спосіб застосування розглянутих заходів. Різниця між позбавленням волі і обмеженням свободи пересування несе в собі всього лише відмінність у ступені або інтенсивності втручання, але не відмінність у його сутності.

(…)

36. Що стосується фактів, Європейський суд зазначає, що, коли на місце проведення богослужіння прибула велика кількість співробітників міліції, Заявники побачили, що вони оточені міліцією. Їх у супроводі міліції посадили в мікроавтобуси і відвезли в ОВС, де вони залишалися

до часу після півночі, тобто протягом близько трьох годин. Їх імена були внесені в офіційну книгу обліку осіб, доставлених до органів внутрішніх справ. (…) У своїх доводах, наведених Європейському суду, Уряд стверджував, що заявники могли пересуватися в межах приміщення ОВС, але Уряд не стверджував, що Заявники могли вільно покинути його до того, як їм було дозволено це зробити. За цих обставин Європейський суд вважає встановленими той факт, що мав місце елемент примусу, який, незважаючи на коротку тривалість затримання, є показником позбавлення волі за змістом пункту 1, статті 5 Європейської конвенції.

(…)

40. Заявники не були підозрюваними, і їм не було пред'явлено офіційного звинувачення в скоєнні будь-якого протиправного діяння. Стосовно них не було порушено жодної кримінальної справи, ні справи про адміністративне правопорушення. Представники ОВС під час розгляду в національних судах однозначно визнали, що «в діях заявників не вбачався склад адміністративного правопорушення». Європейський суд також звернув увагу, що ніяких протоколів про адміністративне правопорушення, доставлених і затримання не складали. Як випливає з вищесказаного, затримання Заявників не було вчинено «з метою допровадження особи до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні ними правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню ними правопорушення чи їх втечі після його вчинення» за змістом підпункту «с» пункту 1 статті 5 Європейської конвенції. Отже, позбавлення Заявників свободи не переслідувало легітимної мети і було свавільним.

41. З урахуванням вищевикладеного Європейський суд приходить до висновку, що мало місце порушення статті 5 Європейської конвенції». [Krupko and Others v. Russia, ECHR 2014-XI (26587/07). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–145013]

371.3.6. Справа «Осипенко проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«44. Уряд доводив, що о 2 год. 30 хв. 25 січня 2002 року працівники міліції запросили заявника піти з ними до відділу міліції для надання показань стосовно смерті пана К. Заявник погодився прибути до відділу міліції, і з цією метою працівники міліції не чинили на нього будь-якого тиску.

45. Уряд також стверджував, що затримання заявника як підозрюваного тривало з 9 год. 30 хв. 25 січня 2005 року, оскільки лише на той час були підстави обґрунтовано підозрювати заявника у вчиненні злочину, та було складено протокол затримання. Отже, тривалість затримання заявника як підозрюваного без відповідної судової постанови не перевищила сімдесяти двох годин, як і вимагає національне законодавство.

48. Право на свободу є, з точки зору Конвенції, надто важливим у «демократичному суспільстві», щоб допускати втрату особою можливості користуватися захистом Конвенції лише з тієї причини, що вона сама дозволить відповідним органам затримати себе. Затримання може становити порушення статті 5 Конвенції, навіть якщо відповідна особа погодилася на те, щоб її затримали.

49. У цій справі сторони не оспорюють те, чи заявник прибув до відділу міліції добровільно чи внаслідок примусу з боку працівників міліції. Втім Суд не досліджуватиме цього питання, оскільки залишається фактом те, що протягом періоду, про який ідеться, заявника тримали у відділі міліції і працівники міліції проводили допити та інші процесуальні дії стосовно подій, до яких був причетний заявник. Уряд не стверджував, що у зазначений період заявник, якби захотів, міг вільно залишити відділ міліції, та таке припущення було б нереальним. Беручи до уваги всі обставини справи, Суд вважає, що перебування заявника у відділі міліції протягом зазначеного періоду de facto становило позбавлення волі.

(…)

58. Суд зазначає, що протягом періоду, який розглядається, заявника тримали у відділі міліції виключно задля двох цілей: для допиту у зв'язку зі смертю пана К. і для допиту у зв'язку з бійкою в кафе «Тор».

59. Стосовно того, що заявника тримали у відділі міліції з метою допиту у зв'язку зі смертю пана К., Суд зауважує, що за статтею 70 Кримінально-процесуального кодексу України свідок зобов'язаний дати показання. Але згідно зі статтею 113 Кримінально-процесуального кодексу України такі слідчі дії, як допит свідка, здійснюються лише після порушення відповідної кримінальної справи. У зв'язку з цим Суд зазначає, що кримінальну справу за фактом смерті пана К. було порушено 26 січня 2002 року. Отже, 25 січня 2002 року заявник не був зобов'язаний давати показання як свідок у зв'язку з цією подією. Видається, що заявник мав статус опитуваного за статтею 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», яка передбачає право, але не обов'язок, дати показання.

60. Отже, Суд доходить висновку, що ніякого «обов'язку, встановленого законом», про який ідеться в підпункті «b» пункту 1 статті 5 Конвенції, не існувало.

(…)

64. Виходячи з наведених вище міркувань, Суд констатує, що позбавлення заявника волі в зазначений період не можна вважати правомірним з точки зору підпункту «b» пункту 1 статті 5 Конвенції.

65. Суд також зазначає, що ніщо в матеріалах справи не свідчить про можливу застосовність будь-якого іншого підпункту пункту 1 статті 5 Конвенції. Отже, у зв'язку із затриманням протягом зазначеного періоду було порушення пункту 1 статті 5 Конвенції». [Осипенко проти України (4634/04). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_871]

371.3.7. Справа «I. I. v. Bulgaria»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(Неофіційний авторський переклад)

«87. Суд зазначає, що сторони не заперечують, що заявник був присутній у приміщенні поліції вже об 11:55 року 31 січня 1998 року, коли він був допитаний, і що він залишився там після цього. Основна проблема полягає в тому, чи був він фактично позбавлений волі до 3:30 ночі 2 лютого 1998 року. У зв'язку з цим Суд зазначає, що в постанові слідчого про попереднє ув'язнення заявника від 2 лютого 1998 року вказано, що фактично його затримано відразу після вчинення злочину 31 січня 1998 року. Навіть беручи до уваги той факт, що, мабуть, заявник добровільно з'явився для допиту і припускаючи, що до нього не були застосовані наручники, він не був поміщений у замкнену камеру або іншим чином фізично обмежений протягом аналізованого періоду, було б нереалістично припускати, що він мав можливість вільно піти з відділку поліції, особливо беручи до уваги, що правоохоронні органи вважали його затриманим і проводили слідчі дії в кримінальному процесі, який був розпочатий проти нього наступного дня після його допиту, 1 лютого 1998 року. За цих обставин Суд доходить висновку, що між 11:55 31 січня і 3:30 2 лютого 1998 року заявника було позбавлено свободи у значенні п. 1 ст. 5 Конвенції». [I. I. v. Bulgaria (44082/98). ECHR 2005-VI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–69313]

371.3.8. Справа «Міханів проти України»

Фактичні обставини:

Заявник є колишнім віце-президентом ДАК «Хліб України», державного підприємства, яке займається торгівлею зерном. 11 січня 2000 року Генеральна прокуратура порушила кримінальну справу стосовно заявника та іншого працівника ДАК «Хліб України» за ознаками вчинення розкрадання державного майна в особливо великих розмірах шляхом перерахування суми, що приблизно становить 44000 євро, на рахунок приватного підприємства «Укрзовнішторг» на підставі фіктивного договору, а також стосовно заявника за ознаками використання підробленого диплому вищого навчального закладу у 1996 році для зайняття посади державного службовця. 17 січня 2000 року заявника було затримано. 19 січня 2000 року слідчий, який розслідував справу, пред'явив заявнику обвинувачення у розкраданні державного майна в особливо великих розмірах та використанні підроблених документів.

27 березня 2000 року Печерський районний суд, розглянувши скаргу заявника, скасував санкцію на взяття заявника під варту від 20 січня 2000 року. У цей самий день, не звільняючи заявника з Київського СІЗО, слідчий знову затримав заявника, цього разу за підозрою у причетності до «справи Інтернова». У цей же день заступник Генерального прокурора дав санкцію на взяття заявника під варту строком на два місяці на підставі тяжкості злочину, у вчиненні якого підозрюється заявник, наявності ризику, що заявник переховуватиметься від слідства і суду або перешкодить встановленню істини в кримінальній справі.

Рішення ЄСПЛ:

«87. До завдань Суду не входить оцінювати стратегію, яку обрали слідчі органи у кримінальному провадженні, проте ситуація, яка була описана вище, явно свідчить про те, що удвох випадках державні органи використали дуже схожі обвинувачення, які вже були частиною однієї кримінальної справи щодо заявника, як привід для залишення заявника під вартою, долаючи таким чином дію постанов суду про звільнення заявника. Очевидно, що національне законодавство чітко не регулювало таку ситуацію та не передбачало достатніх гарантій проти зловживання.

88. На думку Суду, в світлі всіх цих обставин, взятих разом, поведінка органів прокуратури щодо забезпечення тримання заявника під вартою після ухвалення Печерським районним судом постанов про його звільнення не сумісна з принципом юридичної визначеності та є свавільною, а також суперечить принципу верховенства права.

89. Отже, Суд встановлює, що два повторних затримання заявника органами слідства та подальше його взяття під варту після постанов суду про скасування санкцій прокурора становлять порушення пункту 1 статті 5 Конвенції». [Михалів проти України (75522/01). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_776]

371.3.9. Справа «Луценко проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«72. Інші підстави для взяття заявника під варту, а саме відмова від надання показань та визнання своєї вини, за своїм характером суперечать такому важливому елементу концепції справедливого суду як право не свідчити проти себе та презумпції невинуватості. В контексті вибору, чи застосовувати запобіжний захід у вигляді взяття під варту, чи ні, наведення таких підстав видається таким, що викликає особливе занепокоєння, оскільки вони вказують на те, що особу може бути піддано покаранню за користування своїми основними правами на справедливий суд. Суд також стурбований тим фактом, що національні суди погодились з такими підставами під час прийняття постанови про обрання заявнику запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та залишення її без змін.

(…)

74. У світлі вищевикладеного Суд доходить висновку, що подальше тримання заявника під вартою також становило порушення пункту 1 статті 5 Конвенції». [Луценко проти України (6492/11). https://minjust.gov.ua/files/25604]

371.3.10. Справа «Бєлозоров проти Росії та України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«114. Враховуючи опис подій заявника, Суд доходить висновку, що після допиту заявника 3 листопада 2000 року він залишався під вартою в міліції до наступного дня і був примусово перевезений до м. Москви. Суд зазначає, що як російські, так і українські органи влади відверто знехтували положеннями статті 80 Мінської Конвенції, в якій передбачено конкретний порядок видачі. Очевидно, що клопотання про видачу було неофіційним та що посадові особи України не могли про це не знати.

115. Враховуючи зазначені вище висновки та той факт, що Уряд не надав ані пояснення стосовно перебування заявника під вартою з 3 по 4 листопада 2000 року та наступного за цим перевезення його до Москви, ані будь-яких підтверджуючих документів, Суд доходить висновку, що впродовж зазначеного проміжку часу заявника таємно тримали під вартою та перевезли до Росії, відверто знехтувавши при цьому правовими гарантіями, втіленими у статті 5 Конвенції, та що такі дії становлять особливо тяжке порушення його права на свободу та особисту недоторканість, закріплене у статті 5 Конвенції». [Бєлозоров проти Росії та України (43611/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b05]

371.3.11. Справа «Руслан Яковенко проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«60. Суд раніше не наводив загальне визначення того, які саме види дій органів влади можуть становити «свавілля» у розумінні пункту 1 статті 5 Конвенції. Проте ключові принципи, встановлені на основі конкретних випадків, доводять, що поняття свавілля у контексті статті 5 певною мірою змінюється залежно від відповідного виду тримання під вартою. Один із встановлених практикою Суду загальних принципів полягає у тому, що тримання під вартою вважатиметься «свавільним», коли, незважаючи на дотримання букви національного закону, має місце недобросовісність або введення в оману органами влади, або коли органи влади нехтують спробами правильного застосування відповідного законодавства.

61. Більше того, вимога, щоб тримання під вартою не було свавільним, означає необхідність дотримання пропорційності між наведеною підставою тримання під вартою та власне триманням під вартою. Межі перевірки на пропорційність, що має застосовуватися у кожній справі залежать від виду тримання під вартою, про який йдеться. У контексті тримання під вартою на підставі підпункту «a» пункту 1 статті 5 Конвенції Суд загалом доходив висновку, що рішення про призначення покарання у вигляді позбавлення волі та тривалість цього покарання є радше питаннями національних органів влади, ніж Суду. При цьому, визначаючи, чи попереднє ув'язнення, яке не було частиною призначеного заявникам покарання, але яке все ще підпадає під дію підпункту «a» пункту 1 статті 5 Конвенції, містило ознаки свавілля, Суд вважав за необхідне встановити мету тримання заявників під вартою відповідно до підпункту «a» пункту 1 статті 5 та здійснити перевірку пропорційності застосування такого заходу.

(…)

64. Суд не вважає, що у рішенні Білоцерківського суду про залишення у силі обраного щодо заявника запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою була яка-небудь недобросовісність. Водночас Суд зауважує, що у вироку не було жодного обґрунтування з цього приводу, окрім загальної згадки про застосування зазначеного заходу у резолютивній частині. Лишається нез'ясованим, що спонукало суд, який постановив вирок, залишити без змін обраний щодо заявника запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, який явно перевищував тривалість призначеного покарання у вигляді позбавлення волі.

65. Суд погоджується з тим, що могли існувати певні міркування, які обумовлювали обрання підсудному запобіжного заходу у вигляді позбавлення свободи, незалежно від тривалості покарання у вигляді позбавлення волі, для забезпечення його доступності під час провадження у суді апеляційної інстанції, якщо вирок суду першої інстанції буде оскаржено. Проте у вироку Білоцерківського суду від 12 липня 2010 року такі міркування не наводилися ні прямо, ні опосередковано. Навпаки, суд відзначив співпрацю заявника зі слідством і на цій підставі вирішив призначити йому більш м'яке покарання, ніж передбачено законодавством. Відповідно продовжуване тримання заявника під вартою, яке не було частиною строку його покарання у вигляді позбавлення волі, було невиправданим. У зв'язку з цим Суд зазначає, що Уряд також визнав це у своїх зауваженнях.

66. З огляду на вищенаведені міркування Суд доходить висновку, що тримання заявника під вартою з 15 до 27 липня 2010 року відбувалось у порушення пункту 1 статті 5 Конвенції.

67. Суд зазначає, що 27 липня 2010 року вирок Білоцерківського суду від 12 липня 2010 року набрав законної сили. Відповідно припинили існувати підстави тримання заявника під вартою в якості запобіжного заходу до набрання вищезазначеним вироком законної сили. Цей період тримання заявника під вартою також не був пов'язаний з відбуттям призначеного йому покарання у вигляді позбавлення волі, оскільки його строк закінчився ще раніше.

68. Суд повторно зазначає, що певна затримка при виконанні постанови про звільнення взятої під варту особи є зрозумілою і часто неминучою з огляду на практичні міркування, пов'язані з роботою судів та дотриманням певних формальностей. Проте національні органи влади мають намагатися звести це до мінімуму. Адміністративні формальності, пов'язані зі звільненням з-під варти, не можуть виправдати затримку, що перевищує кілька годин. (…)

69. У цій справі національним органам влади знадобилося дві доби для організації звільнення заявника з-під варти після того, як із набранням вироком від 12 липня 2010 року законної сили припинили існувати підстави тримання його під вартою. Зважаючи на помітне місце, яке займає у демократичному суспільстві право на свободу, держава-відповідач має вдатись до всіх сучасних засобів зв'язку для мінімізації затримки виконання постанови про звільнення заявника з-під варти, як цього вимагає відповідна практика. Суд не вважає, що у цій справі органи влади України виконали цю вимогу.

70. Із цього випливає, що тримання заявника під вартою впродовж вказаного періоду не було виправданим згідно з пунктом 1 статті 5 Конвенції». [Руслан Яковенко проти України (5425/11). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a79]

371.3.12. Справа «Крейдіч проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:

40. Дослідивши всі надані йому матеріали, Суд вважає, що Уряд не навів жодного факту чи аргументу, які могли б переконати Суд дійти іншого висновку щодо тримання заявника під вартою у цій справі. Щодо скарги заявника, яка стосувалася відповідних періодів тримання під вартою після надання йому статусу біженця 7 квітня 2008 року, Суд зазначає, що заявник стверджував, а Уряд не оспорював, що національне законодавство передбачало відповідний захист від висилання осіб, яким було надано статус біженця. Крім того, Уряд не пояснив, яким чином тривале тримання заявника під вартою було сумісним з цим статусом, зокрема, після того, як статус біженця було остаточно підтверджено. Однак, навіть якщо припустити, що протягом цих періодів заявника тримали під вартою в очікуванні на екстрадицію, оскільки ГПУ намагалася його вислати, висновок про відсутність достатніх юридичних підстав для тримання заявника під вартою в очікуванні на екстрадицію охоплює весь період, тому не є необхідним окремий розгляд Судом періоду після надання статусу біженця.

Відповідно мало місце порушення пунктів 1, 4 та 5 статті 5 Конвенції». [Крейдіч проти України (48495/07). https://minjust.gov.ua/files/737]

371.3.13. Справа «Кучерук проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:

«190. Щодо аргументу Уряду про те, що з 22 липня до 6 серпня 2003 року заявник був позбавлений свободи на підставі постанови Комінтернівського суду від 7 липня 2003 року, Суд зауважує, що ця постанова лише скасовувала постанову про примусове лікування, містила рекомендацію відновити провадження у кримінальній справі заявника та вказівку про необхідність проведення психіатричної експертизи стосовно заявника. Таку постанову не можна вважати рішенням, яке санкціонує позбавлення свободи, і вона не може слугувати правовою підставою для продовження тримання заявника в таких умовах після 22 липня 2003 року.

191. Уряд вважав, що позбавлення заявника свободи протягом зазначеного періоду було наслідком повільної доставки копії судової постанови від 7 липня 2003 року з Комінтернівського

суду до лікарні та необхідності попередити компетентні органи про звільнення психічно хворої особи. Суд розглядає цей аргумент як такий, що підтверджує, що за тих обставин підставою для позбавлення заявника свободи залишалася постанова від 5 липня 2002 року. Суд повторює, що адміністративні формальності, пов'язані зі звільненням, не можуть слугувати виправданням затримки більше ніж на кілька годин.

192. Беручи до уваги відсутність пояснень відповідних подій, які могли б свідчити про проблеми з переданням інформації між Комінтернівським судом і лікарнею або між лікарнею та відповідним відділом міліції, Суд відхиляє аргумент Уряду про те, що позбавлення заявника свободи у період з 22 липня до 6 серпня 2003 року було виправданим під кутом зору пункту 1 (e) статті 5.

193. За цих обставин подальше тримання заявника в лікарні в умовах позбавлення свободи після скасування судової постанови про його примусове психіатричне лікування не можна вважати першим кроком у виконанні постанови про його звільнення і, отже, розглядати як захід, який виправдовується підпунктом 1(e) чи будь-яким іншим підпунктом статті 5.

194. Отже, у зв'язку з цим було порушено пункт 1 статті 5». [Кучерук проти України (2570/04). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_839]

371.3.14. Справа «Олексій Михайлович Захаркін проти України»

Фактичні обставини:

Близько 16 години 17 травня 2003 року на шляху із Івано-Франківська до Калуша заявника зупинила міліція, оскільки отримала інформацію про те, що заявник, раніше судимий за крадіжку, може бути причетним до нещодавно скоєних у цьому районі крадіжок. Під час обшуку машини заявника працівники міліції вилучили розсувний ключ, рукавиці, два кишенькові ліхтарики та деякі інші речі. Як стверджувалось, вони також знайшли в машині заявника та у нього в кишені невелику кількість марихуани. Зі слів заявника, марихуани у нього ані при собі, ані в машині не було.

Після обшуку працівники міліції вирішили оформити затримання заявника за статтями 44 і 263 Кодексу України про адміністративні правопорушення за зберігання наркотиків у невеликій кількості (адміністративне правопорушення). Тим часом вони відправили вилучений розсувний ключ експерту для встановлення того, чи міг він бути використаний для зламу дверей нещодавно пограбованих квартир. 20 травня 2003 року після підтвердження експертом того, що розсувний ключ було використано для низки крадіжок, працівники міліції доставили заявника до слідчого, який о 13 годині 21 травня 2003 року оформив подальше затримання заявника як підозрюваного у справі за фактом вчинення крадіжки. Вночі 24 травня 2003 року заявник, якого усе ще тримали під вартою у відділі міліції, попросив дозволу скористатися туалетом. У приміщенні туалету він порізав собі судини на лівій руці. Коли кровотечу побачили, заявника було доставлено до місцевої лікарні. Того ж дня, після отримання необхідної медичної допомоги, заявника було звільнено. Проведений медичний огляд та допомога, надана заявнику у зв'язку з цією травмою, були зафіксовані медичними працівниками.

В подальшому прокуратура області пред'явила обвинувачення двом працівникам міліції – А. (який був оперативним працівником місцевого управління внутрішніх справ) і М. (який був начальником відділу в місцевому управлінні внутрішніх справ) за фактом зловживання владою та службовим становищем, перевищення влади, службового підроблення та завідомо незаконного затримання у справі заявника. Слідство щодо А. і М. на момент розгляду ЄСПЛ скарги заявника триває.

Висновки ЄСПЛ:

«82. Заявник наполягав, що його затримання відбулося з порушенням норм національного права. Він стверджував, що, незважаючи на те, що деякі періоди його затримання були оформлені державними органами різним чином, в цілому період тримання його під вартою мав на меті притягнення його до кримінальної відповідальності за крадіжки. Заявник також стверджував, що його затримання, яке тривало більш як 6 днів, жодним чином не було санкціоноване судом на порушення вимог національного законодавства та положень Конвенції, на які він посилався. Навіть пого-

джуючись із позицією державних органів, у будь-якому випадку, у справі мали місце суттєві процедурні недоліки щодо затримання та тримання заявника під вартою відповідно як до Кодексу України про адміністративні правопорушення, так і Кримінально-процесуального Кодексу.

85. Щодо цієї справи Суд зазначає, що 17 травня 2003 року державні органи прийняли рішення про затримання заявника у зв'язку з тим, що отримали певну інформацію про ймовірне вчинення ним крадіжки у цьому районі. Під час затримання заявника органи державної влади збирали докази щодо стверджуваних крадіжок. Відповідно затримання заявника було здійснене з метою притягнення заявника до відповідальності компетентним органом за підозрою у вчиненні крадіжок.

86. Тим часом після затримання державні органи оформили перші три дні затримання заявника за Кодексом України про адміністративні правопорушення. Тільки наступний період тримання заявника під вартою був оформлений за Кримінально-процесуальним кодексом. Однак вбачається, що протягом усього періоду тримання під вартою органи державної влади збирали докази щодо крадіжок та допитували заявника стосовно цього. Таким чином, Суд вважає, що адміністративний арешт заявника був насправді частиною більш тривалого безперервного затримання як підозрюваного у справі про крадіжки.

87. Суд також зазначає, що затримання заявника як підозрюваного у кримінальній справі, яке розпочалося 17 травня 2003 року та закінчилося 24 травня 2003 року, тривало більш ніж 6 днів, але протягом 72 годин жодного судового рішення винесено не було, що суперечило вимогам національного законодавства. Суд також вважає, що, виходячи з обставин цієї справи, адміністративний арешт виявився засобом продовження строку позбавлення заявника волі без винесення рішення судом.

88. Виходячи з цього, Суд вважає, що органи державної влади діяли недобросовісно, використовували обман щодо заявника та не робили спроб належного застосування національного законодавства, аби належним чином забезпечити процесуальні права заявника як підозрюваного. Зазначені дії слідчих органів не сумісні з принципом юридичної визначеності, вони є свавільними і суперечать принципу верховенства права. Таким чином, у цій справі мало місце порушення підпункту «с» пункту 1 статті 5 Конвенції». [Олексій Михайлович Захаркін проти України (1727/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_817]

371.3.15. Справа «Доронін проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«54. Суд зазначає, що 19 квітня 2000 року слідчий виніс постанову про привід заявника органами внутрішніх справ як підозрюваного у кримінальній справі. 20 квітня 2000 року заявника затримали працівники міліції як підозрюваного та доправили його до іншого міста для допиту. На думку Суду, з моменту затримання заявника 20 квітня 2000 року на підставі цієї постанови заявника було позбавлено свободи з метою допровадження його до компетентного судового органу у зв'язку з підозрою у вчиненні вбивства. Відповідно, початкове позбавлення його свободи відповідало пункту 1(c) статті 5 Конвенції. Злісна непокора заявника працівникам міліції та його адміністративний арешт у зв'язку з цим правопорушенням мали місце вже після того, як його затримали. З огляду на ці обставини тримання заявника під вартою за адміністративне правопорушення не могло, на думку Суду, звільнити органи влади від обов'язку забезпечення процедурних гарантій, пов'язаних зі статусом підозрюваного у кримінальній справі, який мав заявник.

55. Крім того незважаючи на те, що адміністративний арешт на підставі рішення суду, як правило, підпадає під дію пункту 1(a) статті 5 Конвенції, практика Суду вказує, що іноді необхідно за зовнішніми ознаками та використаними формулюваннями побачити реальну ситуацію. Факти справи свідчать про те, що під час адміністративного арешту із заявником поводились як з підозрюваним у кримінальній справі і слідчий допитував його стосовно справи про вбивство. Суд зазначає, що, хоча адміністративний арешт було застосовано до заявника на підставі іншого національного закону, не було видимих ознак зміни статусу заявника ані до, ані під час, ані після його адміністративного арешту. Отже, Суд доходить висновку, що адміністративний арешт заяв-

ника був фактично частиною тривалішого безперервного періоду тримання заявника під вартою як підозрюваного у кримінальній справі про вбивство, що належить до сфери пункту 1 (c) статті 5. Відтак, Суд відхиляє заперечення Уряду щодо недотримання вимоги шестимісячного строку стосовно цього періоду перебування заявника під вартою.

56. Далі Суд зазначає, що, як свідчать факти справи, адміністративний арешт заявника використали для того, щоб забезпечити його перебування як підозрюваного у кримінальній справі в розпорядженні слідчих органів, не забезпечуючи при цьому його процесуальних прав як підозрюваного, зокрема його права на захист. Лише після закінчення п'ятиденного адміністративного арешту було вирішено питання про взяття його під варту як підозрюваного у кримінальній справі згідно з відповідними положеннями Кримінально-процесуального кодексу. На думку Суду, зазначені дії слідчих органів не сумісні з принципом юридичної визначеності, є свавільними і суперечать принципу верховенства права. Отже, Суд доходить висновку, що в зазначений період мало місце порушення пункту 1 статті 5 Конвенції». [Доронін проти України (16505/02). https://minjust.gov.ua/files/286]

371.3.16. Справа «Нечипорук і Йонкало проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:

«178. Що стосується подальшого триденного затримання заявника (20–23 травня 2004 року), задокументованого міліцією як затримання на підставі підозри у вчиненні ним адміністративного правопорушення, то Суд зазначає, що протягом цього періоду із заявником поводилися як із підозрюваним у кримінальній справі стосовно вбивства пані І. Так, у зв'язку з цим убивством заявника допитував слідчий і він зізнався в його вчиненні, міліція провела обшуки за місцем його реєстрації та фактичним місцем проживання… Дивлячись за зовнішнім втіленням чи використаними формулюваннями та концентруючись на реальності ситуації, Суд визнає, що адміністративне затримання заявника було насправді частиною тримання його під вартою, про яке йдеться в пункті 1(c) статті 5, як підозрюваного у кримінальній справі про вбивство, але без забезпечення його процесуальних прав як підозрюваного, зокрема, його права на захист. (…)

(…)

182. Таким чином, Суд доходить висновку, що мало місце порушення пункту 1 статті 5 Конвенції у зв'язку з триманням заявника під вартою 20–26 травня 2004 року». [Нечипорук і Йонкало проти України (42310/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_683]

371.3.17. Справа «Малик проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:

«24. Суд повторює, що відповідно до підпункту «c» пункту 1 статті 5 Конвенції особу може бути затримано у контексті кримінального провадження лише з метою допровадження її до компетентного судового органу за обґрунтованою підозрою у вчиненні нею злочину. «Обґрунтована підозра» у вчиненні злочину означає, що існують факти або інформація, які можуть переконати об'єктивного спостерігача в тому, що зазначена особа могла вчинити правопорушення.

(…)

27. Суд зазначає, що о 22 год. 15 хв. 27 листопада 2009 року слідчий постановив затримати заявника у зв'язку з подіями, що відбулися приблизно за півроку до того. На підставі цієї постанови заявника тримали під вартою до 30 листопада 2009 року. (…) Згідно з протоколом заявника було затримано, оскільки очевидці вказали на нього як на особу, яка вчинила злочин. У протоколі не було вказано, хто саме вказав на заявника, а отже, вчинення якого саме злочину заявником свідки спостерігали. З огляду на відсутність цієї базової інформації протокол затримання не надавав істотної гарантії того, що затримання заявника було здійснене у зв'язку з обґрунтованою підозрою у вчиненні ним злочину.

(…)

Зважаючи на вищенаведене, Суд вважає, що тримання заявника під вартою на підставі постанови слідчого від 27 листопада 2009 року не відповідало вимогам підпункту «с» пункту 1 статті 5 Конвенції. Отже, було порушення підпункту «с» пункту 1 статті 5 Конвенції». [Малик проти України (37198/10). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a61]

371.3.18. Справа «Тимошенко проти України»

Фактичні обставини:

11 квітня 2011 року Генеральна прокуратура України порушила щодо заявниці кримінальну справу за частиною 3 статті 365 КК за підозрою у перевищенні влади або службових повноважень. Заявницю підозрювали у перевищенні службових повноважень та зловживанні службовим становищем при наданні Голові Державного підприємства «Нафтогаз України» вказівок щодо підписання з російським підприємством «Газпром» угоди, що передбачала імпорт природного газу за ціною 450 дол. США за 1000 кубічних метрів, що призвело до значних фінансових втрат з боку держави. Раніше, у 2010 році, щодо заявниці було порушено дві інші кримінальні справи за статтями 364 та 365 Кримінального кодексу України – одна щодо неналежного використання коштів, призначених для цілей купівлі карет швидкої допомоги, а друга – щодо коштів, отриманих Україною у рамках Кіотського протоколу.

На стадії досудового слідства та початковій стадії судового розгляду справи щодо газової угоди заявниця перебувала на свободі, але під підпискою про невиїзд. Із 29 червня до 4 серпня 2011 року Печерський суд провів шість судових засідань; заявниця взяла участь в усіх засіданнях. 5 серпня 2011 року засідання розпочалося о 9 год. Заявниця спізнювалася і її захисник попросив про півгодинну перерву. Заявниця прибула через сім хвилин. Суд відновив засідання о 09:30. Заявниця пояснила, що вона спізнилася через виснаження. Оскільки минулого дня засідання закінчилося о 20:02, вона мала готуватися до наступного засідання пізно вночі. Після перехресного допиту діючого Прем'єр-міністра України пана М. Азарова представник ГПУ звернувся до судді з клопотанням про взяття заявниці під варту з тих підстав, що вона перешкоджала правосуддю та демонструвала свою зневагу до судді К. та тих, хто брав участь у засіданні. Суддя К. задовольнив подання ГПУ у той самий день та постановив взяти заявницю під варту на невизначений строк, посилаючись на статтю 148 КПК. Його обґрунтування було таким: «Як на стадії попереднього розгляду даної справи, так і в ході судового розгляду справи підсудна Тимошенко Ю. В. систематично порушувала порядок засідання, і не виконує розпорядження головуючого, у висловах та поясненнях виявляла зневагу до учасників судового розгляду та суду, свідомо затягувала судовий розгляд даної справи, вчиняє дії в судовому засіданні, якими намагається перешкодити встановленню істини у справі, зокрема перешкоджає допиту свідків».

Він також додав і те, що заявниця відмовилася надавати будь-яку інформацію про своє постійне місце проживання (посилаючись на матеріали справи). Листи, надіслані на адресу, зазначену нею, поверталися поштою. Заявниця також неодноразово відмовлялася підписувати повідомлення, у яких їй повідомлялося про заплановані засідання. Як зазначалося в постанові, вона була остаточною і не підлягала оскарженню.

Заявницю було взято під варту в залі суду та доправлено до Київського слідчого ізолятора (СІЗО) № 13.

Рішення ЄСПЛ:

«267. Суд зазначає, що рішення про взяття заявниці під варту не встановлювало чіткого строку дії запобіжного заходу, що само по собі суперечить вимозі законності, закріпленій у статті 5 Конвенції. Крім того, Суд констатував, що ця проблема є повторюваною у справах щодо України внаслідок існування законодавчих прогалин.

268. Суд вважає, що ця справа порушує низку серйозних питань стосовно законності попереднього ув'язнення заявниці, які заслуговують на подальший розгляд.

269. Суд зауважує, що постанова про взяття під варту від 5 серпня 2011 року не містила посилань на будь-які порушення заявницею впродовж попередніх місяців зобов'язання не залишати місто як запобіжного заходу. Хоча суддя зазначив, що заявниця відмовилась надати розписку про

те, що вона повідомлена про дату, час та місце наступного судового засідання, він не вказав, що заявниця не з'являлась на будь-яке з судових засідань. Те саме стосується стверджуваної недоставки поштою деяких з листів суду на її адресу: суд не стверджував, що це перешкодило їй виконати її процесуальні зобов'язання. Відмова заявниці назвати свою адресу в судовому засіданні, як видається, також не мала будь-якого негативного впливу на її участь у провадженні, як вимагалося, з огляду на те, що її адреса вже містилась в матеріалах справи. Що стосується її запізнення на декілька хвилин у судове засідання 5 серпня 2011 року, вважати це небажанням з її сторони до співпраці не було підстав. Відповідно з висунутих щодо неї причин взяття її під варту не вбачається жодного ризику ухилення заявниці від правосуддя.

270. Як вбачається з постанови про взяття під варту, а також з клопотання прокурора щодо зміни запобіжного заходу та його фактичного контексту, головною підставою для взяття заявниці під варту були її ймовірне перешкоджання встановленню істини у справі та зневажлива поведінка. Ці підстави не включені в список підстав, які могли би виправдати позбавлення свободи за підпунктом «с» пункту 1 статті 5 Конвенції. Крім того, Суду незрозуміло, яким чином заміна підписки заявниці про невиїзд на взяття під варту була за тих обставин найбільш відповідним запобіжним заходом.

271. З огляду на те, що підстави, а, отже, мета попереднього ув'язнення заявниці залишалися незмінними до самого її засудження, Суд вважає, що позбавлення її свободи впродовж всього цього строку було свавільним та незаконним.

272. Отже, у цьому зв'язку було порушення пункту 1 статті 5 Конвенції». [Тимошенко проти України (49872/11). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_924]

371.3.19. Справа «Чанєв проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«27. Обставини цієї справи відрізняються від попередніх справ проти України тим, що кримінальне провадження щодо заявника здійснювалось відповідно до нового Кримінального процесуального кодексу України, який набрав чинності 19 листопада 2012 року. Суд зазначає, що новий КПК було розроблено, серед іншого, для усунення недоліків законодавства, що лежать в основі системних порушень статті 5 Конвенції. Тому, незважаючи на чіткість своєї практики щодо незаконності тривалого тримання під вартою без жодного судового рішення, Суд змушений більш детально розглянути цю скаргу.

28. Суд зазначає, що за новим КПК вибір запобіжних заходів, що обираються у кримінальному провадженні, довірено двом різним судовим інстанціям: слідчому судді під час досудового розслідування та судді, який розглядає справу, під час судового розгляду. Тому розподіл компетенцій між вищезазначеними особами чітко позначений моментом, коли розслідування закінчено, обвинувальний акт затверджено і кримінальну справу передано на розгляд суду. Уряд підтвердив цю позицію у своїх зауваженнях. Незважаючи на це, після передачі справи на розгляд суду слідчий суддя може перевіряти підстави позбавлення обвинуваченого свободи (див., статтю 206 КПК, пункт 18).

29. У цій справі запобіжний захід у вигляді тримання заявника під вартою під час досудового слідства до 27 лютого 2013 року було обрано слідчим суддею. У той день кримінальну справу щодо заявника було передано до суду першої інстанції, який прийняв до своєї юрисдикції справу та повноваження щодо обрання заявникові запобіжних заходів. Проте суд першої інстанції протягом близько півтора місяця (з 27 лютого по 15 квітня 2013 року) не розглядав питання щодо продовження тримання заявника під вартою, а заявник залишався під вартою, хоча статтею 203 КПК чітко передбачено, що усі ухвали про застосування запобіжного заходу втрачають чинність одразу після закінчення строку їхньої дії. Усі скарги заявника щодо незаконності досудового тримання його під вартою без судового рішення та його клопотання про звільнення було залишено без задоволення на тій підставі, що тримання його під вартою здійснювалося відповідно до закону. Зокрема, слідчий суддя залишив скаргу заявника без задоволення, стверджуючи, що у суду

першої інстанції було два місяці для вирішення питання щодо продовження тримання його під вартою відповідно до частини 3 статті 331 КПК. Таким чином, національні органи влади вважали, що порушення права заявника на свободу не було, незважаючи на той явний факт, що його тримали під вартою протягом півтора місяця без жодного судового рішення. До того ж вони посилалися на положення КПК як на такі, що допускають існування такої ситуації.

30. Щодо цього питання Суд із занепокоєнням зазначає, що новий Кримінальний процесуальний кодекс України, на відміну від звіту Уряду Комітетові міністрів, чітко та точно не врегульовує питання щодо тримання особи під вартою у період після закінчення досудового розслідування та до початку судового розгляду. Отже, частиною 3 статті 331 КПК передбачено, що суд першої інстанції має двомісячний строк для вирішення питання щодо продовження тримання обвинуваченого під вартою, навіть якщо вже закінчився строк дії попередньої ухвали про тримання під вартою, постановленої слідчим суддею, як це мало місце у цій справі.

31. Вищезазначених міркувань достатньо для того, щоб Суд міг дійти висновку, що чинне законодавство дозволяє продовження тримання підозрюваного під вартою без судового рішення протягом періоду тривалістю до двох місяців та що ці положення застосовувалися у справі заявника, який знаходився під вартою без ухвали суду про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою у період з 28 лютого по 15 квітня 2013 року.

Відповідно було порушення пункту 1 статті 5 Конвенції.

(…)

34. У цій справі Суд констатував порушення статті 5 Конвенції, яке відповідно до практики Суду у справах щодо України можна вважати системним. У справі «Харченко проти України» (Kharcnenko v. Ukraine) Суд зазначив, що постійно констатує «порушення підпункту «с» пункту 1 статті 5 Конвенції щодо періодів, протягом яких тримання під вартою здійснювалося без відповідного судового рішення, особливо протягом періоду після закінчення слідства та до початку судового розгляду». Вважалося, що проблема походить з прогалини у законодавстві, і державі-відповідачу було запропоновано вжити невідкладних заходів для приведення її законодавства та практики у відповідність з висновками Суду щодо статті 5 Конвенції. Як показує ця справа, нове законодавство містить аналогічний недолік, і стосовно нового Кримінального процесуального кодексу України було виявлено таке ж порушення.

35. З огляду на вищенаведене Суд вважає, що найбільш доцільним способом вирішення вищенаведеного порушення є невідкладене внесення змін до відповідного законодавства з метою забезпечення відповідності національного кримінального процесу вимогам статті 5 Конвенції». [Чанєв проти України (46193/13). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/main/tt798022/sort/page14]

371.3.20. Справа «Ярошовець та інші проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«143. Повертаючись до цієї справи, Суд зазначає, що один з головних аргументів, які висунули зазначені заявники у зв'язку зі своїми скаргами за підпунктом «а» пункту 1 статті 5 Конвенції, полягає у тому, що їхнє ув'язнення після засудження 13 серпня 2010 року не повинно було перевищувати призначені їм строки позбавлення волі. Відповідно Суд розпочне свою оцінку з першого періоду їхнього ув'язнення після постановлення вироку, який тривав з 13 серпня 2010 року по 20 вересня 2011 року.

144. Аргумент заявників може розумітися як такий, що випливає з положень національного законодавства, зокрема статті 338 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року та статті 72 Кримінального кодексу України 2001 року, які у поєднанні зі статтею 1 Закону України «Про попереднє ув'язнення» 1993 року передбачають, що строк попереднього ув'язнення, у тому числі період між постановленням вироку та набрання ним законної сили, зараховується до строку відбуття покарання. Таким чином, п'ятирічні строки позбавлення волі, призначені заявникам вироком від 13 серпня 2010 року, повинні були обчислюватися з 14 жовтня 2005 року – дати їхнього затримання. Оскільки вони перебували під вартою впродовж усього періоду з 14 жовтня

2005 року по 13 серпня 2010 року, вони ще мали б відбути приблизно два місяці позбавлення волі, якби вирок від 13 серпня 2010 року набрав законної сили. Проте вирок було оскаржено і зазначені заявники під час апеляційного провадження залишались під вартою більше тринадцяти місяців, що на одинадцять місяців перевищило строк невідбутого покарання, призначеного вироком від 13 серпня 2010 року.

145. Для Суду той факт, що строк тримання під вартою з часу постановлення вироку до набрання ним законної сили не враховується при обчисленні строку позбавлення волі, або що наслідком такого тримання під вартою фактично є збільшення загального строку позбавлення волі, сам по собі не є несумісним з положеннями підпункту «a» пункту 1 статті 5 Конвенції. Можуть існувати особливі міркування, які, незалежно від тривалості строку позбавлення волі, обґрунтовують позбавлення засудженого свободи під час апеляційного оскарження вироку. Більше того, поки ув'язнення витікає із законного засудження та має з ним достатній причинно-наслідковий зв'язок, рішення про призначення покарання у вигляді позбавлення волі та тривалість цього покарання є радше питаннями національних органів влади, ніж Суду. Проте підпункт «a» пункту 1 статті 5 Конвенції не може тлумачитися у спосіб, який відчинить двері свавільному і непропорційному триманню під вартою. Тривале тримання під вартою після засудження повинно не лише по-справжньому відповідати меті обмеження, дозволеного зазначеним положенням, яка полягає у виконанні вироку суду, але й також бути розумним з точки зору цієї мети.

146. У цій справі, що стосується тримання зазначених заявників під вартою з 13 серпня 2010 року по 20 вересня 2011 року, не було продемонстровано, що тривале тримання їх під вартою поза межами двомісячного строку невідбутої частини покарання слугувало меті виконання їхніх покарань. З огляду на рішення, якими було відмовлено у задоволенні клопотань заявників про звільнення з-під варти під час апеляційного провадження, цей аспект справи проаналізовано не було. Апеляційний суд посилався на серйозність обвинувачень та можливість скасування апеляційним судом вироку щодо заявників. Проте ці елементи самі по собі, за відсутності серйозної оцінки конкретної ситуації заявників, не вказують на те, що тривале тримання заявників під вартою впродовж часу, що перевищував строк невідбутої частини покарання на одинадцять місяців, було виправдане.

(…)

149. (…) у цій справі зазначені заявники ймовірно перебували у стані невизначеності щодо тривалості свого ув'язнення під час апеляційного провадження. Національне законодавство не передбачало максимально допустиму тривалість такого ув'язнення. Воно також не вимагало від суду, який постановив вирок, періодично переглядати законність продовжуваного тримання під вартою під час апеляційного провадження. У цілому, згідно з чинним законодавством під час апеляційного провадження засуджений міг перебувати під вартою впродовж необмеженого та невизначеного періоду часу, незалежно від невідбутого строку покарання та його або її конкретної ситуації, як, наприклад, небезпеки, яку міг засуджений становити для оточення. Тривалість такого тримання під вартою могла бути значною, у цій справі вона становила одинадцять місяців.

150. З огляду на зазначені міркування, Суд доходить висновку, що тримання зазначених заявників під вартою з 14 жовтня 2010 року по 20 вересня 2011 року, тобто впродовж часу, який перевищував невідбутий двомісячний строк позбавлення волі відповідно до вироку від 13 серпня 2010 року, було невиправданим.

151. Зазначена ситуація змінилась 20 вересня 2011 року, коли апеляційний суд скасував вирок від 13 серпня 2010 року та постановив новий вирок, яким призначив зазначеним заявникам покарання у вигляді позбавлення волі на строк, який вочевидь перевищували увесь строк тримання їх під вартою впродовж провадження у цій справі. Суд не вбачає жодних доказів того, що переглянутий вирок не був справжнім, або що апеляційний суд мав намір таким чином ретроспективно виправдати тримання зазначених заявників під вартою впродовж апеляційного провадження, як вони стверджували у своїх скаргах до Суду. Таким чином, тримання зазначених заявників під вартою з 20 вересня 2011 року по дату їхнього звільнення 8 травня 2012 року повинно вважатися таким, що має достатній причинно-наслідковий зв'язок з новим вироком щодо заявників.

152. За таких обставин немає необхідності розглядати гіпотетичний сценарій, згідно з яким у випадку залишення апеляційним судом вироку від 13 серпня 2010 року без змін, заявники мали б право вимагати відшкодування шкоди, як стверджував Уряд.

153. Відповідно Суд постановляє, що було порушення пункту 1 статті 5 Конвенції у зв'язку з триманням першого, третього, четвертого та п'ятого заявників під вартою з 14 жовтня 2010 року по 20 вересня 2011 року.

154. Суд також встановлює, що не було порушення цього положення щодо тримання їх під вартою з 20 вересня 2011 року по 8 травня 2012 року». [Ярошовець та інші проти України (74820/10, 71/11, 76/11, 83/11 та 332/11). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_b19]

371.3.21. Справа «Дубовик проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«59. Заявниця стверджувала, що з 5 березня до 18 квітня 2008 року, з 5 травня до 23 грудня 2008 року та з 28 січня до 1 квітня 2009 року рішення про надання їй статусу біженця було юридично дійсним, а законодавча заборона її видачі – чинною. Тому вона вважала, що тримання її під вартою було взагалі незаконним, і що жоден із перелічених у пункті 1 статті 5 випадків, у яких дозволяється позбавлення свободи, також не міг бути підставою для застосування такого запобіжного заходу протягом зазначених вище періодів.

60. Суд передусім зазначає, що вказаний ним тимчасовий захід стосувався вислання заявниці з території України і не вимагав тримання її під вартою. Отже, такий захід аж ніяк не може використовуватися за національним законом як підстава для затримання і тримання заявниці під вартою. Суд також нагадує: раніше він уже визнав, що національне законодавство не передбачало достатніх юридичних підстав для тримання заявниці під вартою в очікуванні на екстрадицію у період з 26 липня 2007 року до 5 березня 2008 року. Ці висновки так само застосовні й до періоду, про який ідеться, і в цей період так само не існувало адекватної юридичної підстави за національним законом.

61. До того ж 5 березня 2008 року заявниці було надано статус біженця, і цей статус не було оскаржено до 18 квітня 2008 року. Попри передбачені національним законодавством гарантії проти вислання особи, яка має статус біженця, заявниця залишалася під вартою. Уряд не пояснив, яким чином – якщо заявницю не можна було вислати з країни – метою тримання її під вартою у період з 5 березня 2008 року до 18 квітня 2008 року могла бути її «екстрадиція» у значенні статті 5.

62. Отже, порушення пункту 1 статті 5 Конвенції мало місце і стосовно цього періоду тримання заявниці під вартою». [Дубовик проти України (33210/07 і 41866/08). https://minjust.gov.ua/files/295]

371.3.22. Справа «Кац та інші проти України»

Фактичні обставини:

18 листопада 2002 року Солом'янське РУ ГУ МВС України в м. Києві (далі – райвідділ міліції) порушило кримінальну справу стосовно Ольги Біляк та пані С. за вчинення грабежу стосовно пані А. 15 січня 2003 року справу щодо Ольги Біляк було відокремлено від справи пані С. і виділено в окреме провадження. Згодом пані С. було засуджено до семи років ув'язнення за грабіж, учинений спільно з «іншою особою». 16 квітня 2003 року Ользі Біляк було пред'явлено обвинувачення у вчиненні грабежу. Наступного дня Солом'янський районний суд м. Києва (далі – Солом'янський суд) виніс ухвалу про застосування до Ольги Біляк запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

29 січня 2004 року слідчий райвідділу міліції виніс постанову про звільнення Ольги Біляк у зв'язку зі станом її здоров'я. З поданих сторонами документів не видно, коли саме про цю постанову дізналися в СІЗО. На зворотному боці однієї з наданих копій цієї постанови стоїть штамп СІЗО і від руки написано дату – «30.01.2004». Однак на іншій копії цієї постанови – штамп СІЗО,

номер і дата вхідної кореспонденції: № 2954 від 2 лютого 2004 року. 1 лютого 2004 року о 9 годині 15 хвилин ранку Ольгу Біляк відвідав лікар СІЗО, який дав їй болезаспокійливий засіб і протиспазматичний засіб. О 9 годині 55 хвилин вечора Ольга Біляк померла. У свідоцтві про смерть, виданому того самого дня, як причину смерті зазначено двосторонній плеврит. За інформацією Уряду, смерть була спричинена гострою серцевою недостатністю.

Одразу після смерті Ольги Біляк заявники подали скаргу на працівників СІЗО, вимагаючи притягнути їх до кримінальної відповідальності за недбалість. 31 січня 2006 року Солом'янський суд визнав Ольгу Біляк винною у вчиненні грабежу та кримінальну справу стосовно неї було закрито у зв'язку з її смертю. 7 листопада 2006 року апеляційний суд залишив обвинувальний вирок у справі Ольги Біляк без змін. Того ж дня суд виніс окрему ухвалу про те, що, на порушення статті 165[1] Кримінально-процесуального кодексу та статті 20 Закону «Про попереднє ув'язнення», не було виконано постанову слідчого про негайне звільнення Ольги Біляк з-під варти. Апеляційний суд вирішив довести це порушення національного закону до відома прокурора міста Києва.

Рішення ЄСПЛ:

«138. Заявники стверджували, що рішення від 29 січня 2004 року про звільнення Ольги Біляк з-під варти не виконувалося протягом трьох днів. Таку затримку не можна було виправдати необхідністю виконання певних адміністративних формальностей, і тому тримання її під вартою було незаконним у значенні пункту 1 статті 5 Конвенції.

139. Уряд повторював, що через відсутність остаточного рішення в цивільній справі заявників Уряд не може подати свої міркування стосовно того, було чи ні порушення права на свободу.

140. Суд повторює, що слово «законний» та словосполучення «відповідно до процедури, встановленої законом», які містяться в пункті 1 статті 5, по суті, відсилають до національного законодавства і встановлюють обов'язок забезпечувати дотримання матеріально-правових та процесуальних норм такого законодавства. Однак «законність» тримання під вартою з точки зору національного закону не завжди є вирішальним фактором. На додаток до цього, Суд має переконатися, що тримання під вартою протягом періоду, який розглядається, відповідало меті пункту 1 статті 5 Конвенції, який не дозволяє безпідставно позбавляти особу свободи.

141. Суд зауважує, що стаття 165[1] Кримінально-процесуального кодексу передбачає, що особу, яка утримується під вартою, має бути негайно повідомлено про те, що винесено рішення про її звільнення з-під варти. Стаття 20 Закону «Про попереднє ув'язнення» передбачає, що адміністрація місця попереднього ув'язнення зобов'язана негайно звільнити ув'язненого після отримання нею відповідного рішення. Не заперечується той факт, що жодне із згаданих вище положень не було виконано в цій справі.

142. Тому Суд дійшов висновку, що тримання Ольги Біляк під вартою з 29 січня до 1 лютого 2004 року не було законним у значенні підпункту «с» пункту 1 статті 5.

143. Отже, було порушено пункт 1 статті 5 Конвенції». [Кац та інші проти України (29971/04). https://minjust.gov.ua/files/583]

371.3.23. Справа «Ливада проти України»

Фактичні обставини:

11 жовтня 2003 року під час проведення міліцією спецоперації працівник міліції під прикриттям закупив у заявника, який на той час перебував у лікарні, певну кількість конопель. Після оперативної закупки її проведення було зафіксовано у присутності двох свідків. Заявника обшукали та вилучили ще певну кількість наркотичних засобів. Того ж дня заявника було затримано працівниками міліції на підставі статті 263 Кодексу України про адміністративні правопорушення за порушення правил обігу наркотичних засобів. На підставі положень вищезазначеного кодексу заявника було поміщено на три дні під варту в очікуванні результатів експертизи вилучених наркотичних засобів. 14 жовтня 2003 року, отримавши висновок експертизи про те, що вилучені наркотичні засоби були коноплями, слідчий ГУ МВС України в Харківській області постановив затримати заявника та взяти його під варту на підставі статей 106 та 115 Кримінально-процесуального кодексу України, оскільки продаж конопель у лікарні становив злочин, передбачений частиною другою статті 307 Кримінального кодексу України. Того ж дня заявника було допитано.

15 жовтня 2003 року працівниками міліції проти заявника також було порушено кримінальну справу за пунктом 2 статті 309 Кримінального кодексу України у зв'язку з тим, що 11 жовтня 2003 року у нього було вилучено додаткову кількість конопель, які він привіз до лікарні і там зберігав. 17 жовтня 2003 року заявник постав перед Ленінським районним судом м. Харкова, який як запобіжний захід обрав йому тримання під вартою. Суд зазначив, що злочини, вчинені заявником, є тяжкими, він є безробітним і вчиняв злочини, перебуваючи на лікуванні в лікарні. За цих підстав суд дійшов висновку, що заявник може переховуватись від правосуддя, перешкоджати слідству або вчинити повторний злочин.

10 серпня 2006 року суд першої інстанції визнав заявника винним у вчиненні злочинів, передбачених частиною другою статті 307 та частиною другою статті 309 Кримінального кодексу України, і призначив йому покарання у вигляді п'яти років позбавлення волі з конфіскацією майна. Суд також дійшов висновку, що твердження заявника про незаконність його адміністративного затримання було необґрунтованим, оскільки існували вагомі підстави для поміщення заявника під варту за статтею 263 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Зокрема, тримання його під вартою впродовж перших трьох діб було виправдано тим, що міліція очікувала на висновок експертизи, який підтвердив, що вилучена речовина була коноплями. Суд також вирішив, що строк позбавлення заявника волі має обчислюватися з 11 жовтня 2003 року.

10 квітня 2007 року апеляційний суд залишив висновки суду першої інстанції без змін, змінивши лише підстави кваліфікації діяння, у вчиненні якого заявник обвинувачувався, за частиною другою статті 309 Кримінального кодексу України. Суд також зменшив призначене заявнику покарання до трьох з половиною років позбавлення волі.

Рішення ЄСПЛ:

«42. Суд повторює, що проголошуючи право на свободу, пункт 1 статті 5 Конвенції має на увазі фізичну свободу особи, і мета цього положення полягає в недопущенні свавільного позбавлення такої свободи.

43. У цій справі органи влади встановили, що у період з 11 до 14 жовтня 2003 року заявник тримався під вартою на підставі статті 263 КУпАП, оскільки працівники міліції мали дочекатися результатів експертизи вилучених наркотичних засобів. Як стверджувалося, це був захід, необхідний для забезпечення провадження у адміністративній справі. Проте не було надано жодного документа на підтвердження того, що стосовно заявника було розпочато адміністративне провадження та у зв'язку з яким адміністративним проступком. Що стосується самого адміністративного затримання, не було надано протоколу про його застосування. За таких обставин не можна дійти висновку, що адміністративне затримання заявника здійснювалося законно.

44. Також вбачається, що стверджуване адміністративне затримання заявника насправді було заходом для забезпечення його доступності для подальшого кримінального провадження без отримання дозволу суду на тримання його під вартою впродовж більш тривалого проміжку часу. Дійсно, впродовж наступного проміжку часу, з 14 до 17 жовтня 2003 року, тримання заявника під вартою здійснювалось не за рішенням суду, а згідно з постановою слідчого, який вважав, що є підстави для затримання заявника та поміщення його під варту як підозрюваного у кримінальній справі. Внаслідок цього впродовж усього періоду з 11 до 17 жовтня 2003 року тримання заявника під вартою здійснювалось не на підставі рішення суду. При винесенні заявникові вироку національний суд вирішив, що строк позбавлення його волі за вчинені злочини має обчислюватися починаючи з 11 жовтня 2003 року.

45. Суд неодноразово констатував, що застосування адміністративного затримання для забезпечення доступності особи для подальшого кримінального провадження становить свавільне позбавлення свободи. Суд вважає, що ці висновки доречні й у цій справі. Непроведення у період з 11 до 14 жовтня 2003 року допитів або інших слідчих дій не може виправдати позбавлення заявника свободи на той час.

46. Вищенаведених міркувань для Суду достатньо, аби дійти висновку, що було порушення пункту 1 статті 5 Конвенції». [Ливада проти України (21262/06). https://minjust.gov.ua/files/40116]

371.3.24. Справа «Khodorkovskiy v. Russia»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
(Неофіційний авторський переклад)

«134. Уряд стверджував у своїх зауваженнях, що заявник не був «арештований», а був «підданий приводу» як свідок. Однак ця різниця не має значення, оскільки для цілей Конвенції він був позбавлений свободи: «привід» тривав багато годин, виключав будь-яку можливість для заявника перервати його і декларувався як засіб забезпечення допиту заявника. У термінах Конвенції він був таким чином позбавлений волі «для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, встановленого законом». Таким чином, ця ситуація підлягає розгляду відповідно до ст. 5 п. 1 (b).

135. Таке позбавлення волі повинно бути «законним». «Законний» означає перш за все відповідний національному законодавству. Суд зазначає, що російський суд визнав привід законним: закон дозволяє привід свідка, який не з'явився без поважної причини, і суд не визнав поважною причину, вказану заявником, а саме відрядження. Цей висновок не є необґрунтованим. Суд визнає, що національні органи влади мають певну свободу розсуду при оцінці таких питань. Таким чином, Суд приходить до висновку, що затримання заявника ґрунтувалося на російському законодавстві.

136. В той же час Європейський Суд нагадує, що пункт 1 статті 5 вимагає щоб будь-яке позбавлення свободи відповідало гарантіям, передбаченим статтею 5, які захищають людей від свавілля. Затримання (привід) буде прийнятним тільки відповідно до положень Конвенції, якщо «зобов'язання, запропоноване законом» не може бути виконано більш м'якими засобами. Або, перефразовуючи справу «Vasileva v. Denmark», необхідно дотримуватися балансу між суспільним інтересом до виконання зобов'язання і приватним інтересом до свободи.

137. Суд визнає, що якщо свідок не з'явився для допиту без поважної причини, він може бути доставлений до слідчого або в суд силою. Однак процес прийняття рішень у таких питаннях, коли мова йде про свободу людини, не повинен бути надмірно формальним, а повинен враховувати всі відповідні обставини справи. Таким чином, одна і та ж причина (відрядження, хвороба, сімейна подія тощо) в одному контексті може бути визнана поважною, а в іншому – ні.

138. Суд вважає встановленим, що заявник був проінформований про виклик і мав 21 годину, щоб повернутися в Москву, але не зробив цього. Формально кажучи, він пропустив допит, тому було прийнято рішення про привід. Але Європейський Суд не переконаний, що це було справжньою причиною для примусового приводу його в Москву на наступний ранок.

139. По-перше, важко зрозуміти, чому слідчий не міг чекати. До 25 жовтня 2003 року розслідування тривало кілька місяців. (…) Попередня поведінка заявника не викликала ніяких обґрунтованих побоювань, що він уникатиме допиту після повернення. Нарешті, в терміновому порядку слідчий міг попросити своїх сибірських колег допитати заявника на місці або відправити туди члена слідчої групи.

140. По-друге, спосіб, яким було здійснено привід, був незвичайним. Заявник був затриманий як небезпечний злочинець, а не простий свідок: протягом дуже короткого часу була проведена справжня поліцейська операція за участю групи озброєних співробітників, за заявником стежили в Новосибірську і він був затриманий на аеродромі рано вранці. Суд повторює стосовно цього, що затримання не повинно бути каральним.

141. Нарешті, розвиток подій у часі заслуговує на увагу. Щойно слідчий допитав заявника як свідка, він пред'явив йому звинувачення і подав 9-сторінкову заяву в Басманний районний суд м. Москви з проханням про затримання заявника. Така швидкість показує, що насправді слідчий був підготовлений до такого розвитку подій і хотів, щоб заявник був обвинуваченим, а не свідком.

142. Суд повторює стосовно цього, що затримання може бути незаконним, якщо його зовнішня мета відрізняється від реальної. У цій справі, якби заявник міг бути затриманим як підозрюваний у Новосибірську з доставленням у місцевий суд. Замість цього як свідка його приводом повернули в Москву, де Генеральна прокуратура могла бути впевнена в тому, що його судитимуть

у Басманному районному суді. Обставини затримання і приводу заявника показують, що, хоча формально він був затриманий як свідок і з дотриманням букви національного законодавства, реальний намір слідчого полягав у тому, щоб оголосити обвинувачення заявнику і, таким чином, змінити місце тримання під вартою на більш зручне.

143. Тому Європейський Суд робить висновок, що затримання заявника в Новосибірську 25 жовтня 2003 року суперечило підпункту «b» пункту 1 статті 5 Конвенції». [Khodorkovskiy v. Russia (5829/04). ECHR 2011-V. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–104983]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 370 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

371.4.1. У випадках, коли права і свободи людини обмежуються органами держави чи від її імені, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону вказаних прав, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

(Див.: 0.4.13)

371.4.2. У практиці ЄСПЛ затримання і тримання під вартою кваліфікуються як незаконні, якщо вони: вчинюються у порушення національного законодавства; або вчинюються відповідно до національного законодавства, яке не відповідає вимогам Конвенції щодо його якості та передбачуваності; або вони за конкретних обставин справи не можуть вважитися необхідними для досягнення легітимної мети, з якою особу затримано чи взято під варту.

(Див.: 371.3.1; 371.2.10 і 271.3.2;)

371.4.3. З'явлення особи із зізнанням та її згода із затриманням, домашнім арештом чи триманням під вартою не виключає ознаку незаконності, – якщо не дотримано норми матеріального та (або) процесуального права, якими встановлено порядок затримання, арешту, тримання під вартою.

(Див.: 371.2.7; 371.2.8; 371.3.9)

371.4.4. Невідображення в протоколі затримання того факту, що особа була затримана за кілька годин до складання цього протоколу, оцінюється ЄСПЛ як незаконне позбавлення свободи в період між моментом фактичного затримання і моментом його документального оформлення, а також в період тримання під вартою (з урахуванням моменту фактичного затримання) без судового рішення після закінчення передбаченого законом строку.

(Див.: 371.3.3)

371.4.5. Не може «автоматично» визнаватися незаконним затримання, домашній арешт чи тримання під вартою особи, яка за результатами наступного розгляду судом була виправдана у тому злочині, за підозрою у вчинені якого вона була затримана, було обрано відповідний запобіжний захід. Якщо затримання й обрання запобіжного заходу відповідали нормам кримінального процесуального закону, виправдальний вирок може лише слугувати підставою вивчення питання про обґрунтованість підозри: чи дійсно під час затримання і тримання під вартою були факти або інформація, які могли б переконати об'єктивного спостерігача, що особа, можливо, вчинила злочин.

(Див.: 371.2.11; 371.2.12)

371.4.6. Не визнається незаконним тримання під вартою затримка у виконанні судового рішення про звільнення з під варти, якщо строк такої затримки знаходиться в часових межах (в конкретному випадку – близько п'яти годин), необхідних для здійснення передбачених законом формальностей.

(Див.: 371.3.4)

371.4.7. Незаконним є тримання під вартою внаслідок затримки при виконанні постанови про звільнення взятої під варту особи, якщо така затримка «перевищує кілька годин» (в конкретних випадках затримка становила 2 доби і 14 діб).
(Див.: 371.3.11 та 372.3.13)

371.4.8. Правова позиція ЄСПЛ: захист від довільного затримання, встановлений у п. 1 ст. 5 Європейської конвенції, застосовується до будь-якого за тривалістю позбавлення свободи, наскільки б коротким воно не було.
(Див.: 371.2.13)

371.4.9. Правова позиція ЄСПЛ: оцінка державою фактичної ситуації або відсутність такої оцінки, не можуть рішуче вплинути на висновки Суду щодо наявності факту позбавлення свободи та законності тримання під вартою.
(Див.: 371.2.13)

371.4.10. «Запрошення» особи працівником правоохоронного органу до відділку поліції чи іншого приміщення дислокації правоохоронного органу може бути визнано незаконним затриманням у розумінні п. (c) ст. 5 Конвенції з урахуванням обставин у кожному окремо взятому випадку.
(Див.: 371.3.5)

371.4.11. Утримання з порушенням норм законодавства особи у відділку поліції чи в іншому місці дислокації правоохоронного органу, куди ця особа прийшла за власною ініціативою або особу було доставлено за її згодою, визнається незаконним затриманням.
(Див.: 371.3.6 та 371.3.7)

371.4.12. Правова позиція ЄСПЛ: здійснені формально відповідно до норм законодавства затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою не визнаються законними, якщо за офіційно проголошеними цілями позбавлення особи свободи стоять інші (істинні) цілі, які не передбачені законодавством та (або) Конвенцією.
(Див.: 371.2.14; 371.2.24)

371.4.13. Завідомо незаконним є затримання та тримання під вартою, вчинені на виконання запиту (прохання) іноземних правоохоронних органів за відсутності належним чином оформленого доручення чи вимоги про надання правової допомоги.
(Див.: 371.3.10)

371.4.14. Незважаючи на дотримання букви національного закону, рішення суду, який постановив вирок, залишити без змін обраний щодо засудженого запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, який явно перевищував тривалість призначеного покарання у вигляді позбавлення волі, визнано ЄСПЛ незаконним (свавільним).
(Див.: 371.3.11)

371.4.15. Правова позиція ЄСПЛ: незаконним триманням під вартою визнається використання адміністративного арешту для проведення оперативно-розшукових та (або) слідчих дій з метою збору доказів участі особи в скоєнні злочину.
(Див.: 371.3.14–371.3.16)

371.4.16. Включення вироком суду в загальний строк відбування покарання строку, коли особа утрималася під вартою без належного оформлення, не легалізує незаконні затримання та тримання під вартою.
(Див.: 371.3.22)

371.4.17. За відсутності в протоколі про затримання базової інформації, що відображає наявність передбачених законом підстав затримання, таке затримання є незаконним.
(Див.: 371.3.17)

371.4.18. Правова позиція ЄСПЛ: норми нового Кримінального процесуального кодексу України щодо підстав тримання особи під вартою у період після закінчення досудового розслідування та до початку судового розгляду не відповідають вимогам статті 5 Конвенції.

(Див.: 371.3.19)

371.4.19. Правова позиція ЄСПЛ: незаконним визнається тримання засуджених осіб в очікуванні результату розгляду справи в апеляційному суді під вартою впродовж часу, що перевищував строк невідбутої частини покарання.

(Див.: 371.3.20)

371.4.20. Незаконним визнається затримання і тримання під вартою з метою екстрадиції особи, якій в Україні надано статус біженця.

(Див.: 371.3.21)

371.4.21. Незаконне тримання під вартою внаслідок невиконання або неналежного виконання службовою особою своїх службових обов'язків має кваліфікуватися за ст. 367 як службова недбалість.

(Див.: 371.3.22)

371.4.22. Правова позиція ЄСПЛ: незаконним визнається тримання під вартою до, а тим більше після набуття законної сили вироком про засудження особи до покарання, не пов'язаного з позбавленням волі.

(Див.: 375.3.4)

371.4.23. Незаконним визнається затримання, домашній арешт або тримання під вартою, застосовані з використанням аргументів (підстав), що суперечать презумпції невинуватості.

(Див.: 371.3.9)

371.4.24. Завідомо незаконними слід визнати затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою, якщо вони вчинені стосовно осіб, які завідомо для суб'єкта цього злочину мають кримінально-правовий імунітет, у т.ч. – особи, зазначені у ст. 12 Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах.

(Див.: 6.4.1–6.4.3)

Згідно з ч. 4 ст. 6 КК України питання про кримінальну відповідальність дипломатичних представників іноземних держав та інших громадян, які за законами України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не є підсудні у кримінальних справах судам України, в разі вчинення ними злочину на території України вирішується дипломатичним шляхом. Витяги з міжнародних договорів наведені у параграфі 1 до статей 6–9 КК.

Зокрема країни – учасники Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах взяли на себе обов'язок (ст. 1) «надавати одна одній, відповідно до положень цієї Конвенції, якнайширшу взаємну допомогу у кримінальному переслідуванні правопорушень, покарання яких, на момент прохання про надання допомоги, підпадає під юрисдикцію судових властей запитуючої Сторони». Одною з форм взаємної допомоги у кримінальних справах зазначеним міжнародним договором визначено вручення одною Стороною документів та розпоряджень суду щодо явки свідків, експертів і притягнутих до відповідальності осіб до суду іншої Сторони договору.

При цьому можлива ситуація коли компетентні органи зарубіжної країни на прохання України забезпечують явку до українського суду осіб, стосовно яких є ґрунтовні докази про вчинення ними раніше злочину на території України або за межами України однак за обставин, що вказані у ст. 8 КК. Органи розслідування можуть мати всі, передбачені Кримінальним процесуальним кодексом України підстави для затримання таких осіб, а суд – для застосування запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту або тримання під вартою. Тим більше, що ні ст. 6 КК, ні ст. 6 КПК, у яких ідеться про умови, за яких можлива кримінальна відповідальність особи, яка корис-

тується дипломатичним імунітетом, не містять аналогічних правил стосовно осіб, явка яких до українського суду була забезпечена компетентними органами зарубіжної держави. Тим не менш, затримання, привід, домашній арешт чи тримання під вартою таких осіб слід визнати незаконними. Навіть якщо вони обґрунтовано підозрюються у вчинені тяжких чи особливо тяжких злочинів: умисне вбивство, зґвалтування, шпіонаж.

На наш погляд, у таких випадках виникає колізія норм внутрішнього кримінально-процесуального законодавства (статті КПК про підстави і порядок затримання, застосування приводу, домашнього арешту та тримання під вартою) і нормами міжнародного права, а саме – ст. 12 Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах, яка прямо забороняє притягувати до відповідальності, утримувати під вартою чи піддавати будь-якому іншому обмеженню особистої свободи зазначених у ній осіб «за діяння або обвинувальні вироки, які передували їх від'їзду з території запитуваної Сторони». Такими особами є свідок або експерт незалежно від громадянства, явку якого до українського суду забезпечили компетентні органи зарубіжної держави в порядку, передбаченому Європейською конвенцією про взаємну допомогу у кримінальних справах та додатковими протоколами до неї. Так само «особа, незалежно від громадянства, викликана в судові органи запитуючої Сторони для того, щоб відповідати за діяння, які є предметом кримінального переслідування, порушеного проти неї, не може ні притягуватися до відповідальності, ні утримуватися під вартою, ні підлягати ніякому іншому обмеженню її особистої свободи за діяння або обвинувальні вироки, які передували її від'їзду з території запитуваної Сторони і які не зазначені у повістці про виклик до суду» (ч. 2 ст. 12 Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах).

Зазначена колізія має бути вирішена відповідно до ч. 4 ст. 9 КПК, якою встановлено: «У разі якщо норми цього Кодексу суперечать міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, застосовуються положення відповідного міжнародного договору України». У даному випадку має застосуватися ст. 12 Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах, а не норми КПК щодо затримання, чи застосування приводу, домашнього арешту, тримання рід вартою.

Тому якщо слідчий чи прокурор завідомо знає про наявність у особи імунітету, наданого цій особі ст. 12 Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах, вчинить стосовно такої особи передбачені ст. 371 КК дії, вони мають кваліфікуватися за відповідною частиною цієї статті Особливої частини КК України.

Стаття 372. Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності

1. Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності слідчим, прокурором чи іншою уповноваженою на те законом особою –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Те саме діяння, поєднане з обвинуваченням у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину, а також поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення або іншою фальсифікацією, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

Стаття 373. Примушування давати показання

1. Примушування давати показання при допиті шляхом незаконних дій з боку прокурора, слідчого або працівника підрозділу, який здійснює оперативно-розшукову діяльність, –

карається обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, поєднані із застосуванням насильства або із знущанням над особою, за відсутності ознак катування, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

(Стаття 373 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 245-VII від 16.05.2013)

§1. Норми міжнародного права
щодо заборони незаконних дій під час слідства та оперативно-розшукових діяльності

373.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див: 0.4.1)
«Стаття 5
Ніхто не повинен зазнавати тортур, або жорстокого, нелюдського, або такого, що принижує його гідність, поводження і покарання». [Загальна декларація прав людини (ООН, від 10.12.1948). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

373.1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«Стаття 3. Заборона катування
Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

373.1.3. Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями
(ООН від 30.08.1955)
(див: 0.4.1)
«**Частина I. Загальні правила** [1]
(…)
Засоби вгамовування
33. Для покарання ніколи не слід користуватися такими засобами вгамовування, як наручники, кайдани, гамівні сорочки або ланцюги. Крім того, кайданами і ланцюгами взагалі не можна користуватися як засобами втихомирення. Іншими названими засобами можна користуватися тільки в таких випадках:
a) для запобігання втечі під час транспортування, при умові, що в'язні звільняються від пут, як тільки вони стануть перед судом або адміністративними органами;
b) з причин медичного характеру або за вказівкою лікаря;
c) за наказом директора, якщо інші засоби виявляються неефективними, коли треба завадити в'язневі нанести шкоду собі або іншим чи матеріальну шкоду; в таких випадках директор зобов'язаний негайно проконсультуватися з лікарем і подати звіт вищим адміністративним органам.
34. Методи і способи застосування засобів угамування визначаються центральним тюремним управлінням. Ці засоби не можна застосовувати довше, ніж це необхідно.
(…)
Частина II. Правила, що застосовуються до особливих категорій
A. Засуджені в'язні [2]

[1] Згідно з пунктом 4 (1) попередніх зауважень Правил частина I Правил застосована «до всіх категорій в'язнів, незалежно від того, чи перебувають останні в ув'язненні за кримінальною чи цивільною справою, чи тільки під слідством або ж засуджені, включно з в'язнями, що є предметом «заходів безпеки» або виправних заходів, призначених суддею».

[2] Згідно з пунктом 4 (2) попередніх зауважень Правил «правила, що фігурують у розділі A і стосуються засуджених в'язнів, слід однаковою мірою застосувати й до категорії осіб, про які йде мова в розділах B, C і D, за умови, що вони не суперечать правилам, розробленим для цих категорій, і поліпшують становище останніх».

Основні принципи

56. Викладені нижче керівні принципи відбивають дух, в якому слід керувати пенітенціарними закладами, і мету, до здійснення якої ці заклади повинні прагнути, виходячи з попереднього зауваження 1 даного тексту.

57. Ув'язнення та інші заходи, які ізолюють правопорушника від навколишнього світу, завдають йому страждань уже тому, що вони відбирають у нього право на самовизначення, оскільки позбавляють свободи. Тому, крім випадків, коли сегрегація (відокремлення) видається виправданою або коли цього вимагає дисципліна, в'язнична система не повинна поглиблювати страждань, що випливають з такого становища.

(…)

С. Особи, що перебувають під арештом або чекають суду

84. 1) Особи, що були заарештовані чи перебувають в ув'язненні за звинуваченням у кримінальному злочині й утримуються або в відділеннях міліції, або у в'язниці, але ще не викликані в суд і не засуджені, називаються далі в Правилах «в'язнями, що перебувають під слідством».

2) В'язні, що перебувають під слідством, вважаються невинними, і з ними слід обходитися відповідно.

3) При умові дотримання законоположень, що стосуються свободи особистості чи передбачають процедуру поводження з в'язнями, що перебувають під слідством, до цих в'язнів слід застосовувати особливий режим, основні правила якого подано нижче.

85. 1) В'язнів, які перебувають під слідством, слід утримувати окремо від засуджених.

2) Молодих в'язнів, які перебувають під слідством, слід утримувати окремо від дорослих і загалом в окремих закладах.

86. На ніч в'язнів, які перебувають під слідством, слід розміщувати поодинці в окремих приміщеннях, враховуючи, однак, місцеві особливості, що пояснюються кліматичними умовами.

87. Коли це не порушує прийнятого в закладі порядку, в'язням, які перебувають під слідством, можна дозволити, якщо вони того бажають, одержувати їжу зі сторони, за їхній власний рахунок, або через органи в'язничної адміністрації, або членів їхньої сім'ї чи друзів. В іншому випадку харчування в'язня забезпечується адміністрацією.

88. 1) В'язні, що перебувають під слідством, мають право носити цивільний одяг, за умови, що він утримується в чистоті і має пристойний вигляд.

2) Якщо в'язень, який перебуває під слідством, носить в'язничне обмундирування, то воно повинно відрізнятися від обмундирування засуджених.

89. В'язням, які перебувають під слідством, завжди треба надавати можливість працювати. Однак працювати вони не зобов'язані. Якщо такий в'язень вирішує попрацювати, його робота повинна оплачуватися.

90. Усі в'язні, які перебувають під слідством, повинні мати можливість придбати на власні кошти або за рахунок третіх осіб книги, газети, письмове приладдя та інші предмети, що дає їм змогу проводити час із користю, за умови, що ці речі сумісні з інтересами правосуддя, вимогами безпеки і нормальним ходом життя в закладі.

91. В'язням, які перебувають під слідством, дозволяється користуватися під час перебування їх у в'язниці послугами їхнього власного лікаря або стоматолога, якщо їхнє прохання про це видається виправданим і якщо вони сплатили пов'язані з цим видатки.

92. В'язні, які перебувають під слідством, повинні мати можливість негайно інформувати сім'ю про факт їхнього затримання, а також користуватися розумною можливістю спілкування з родичами і друзями, підпадаючи при цьому тільки під ті обмеження і нагляд, що необхідні для належного виконання правосуддя, дотримання вимог безпеки і забезпечення нормальної роботи закладу.

93. З метою свого захисту в'язні, які перебувають під слідством, повинні мати право звертатися там, де це можливо, до безплатної юридичної консультації, приймати в ув'язненні юридичного радника (адвоката), який взяв на себе їх захист, підготовлювати і передавати йому конфіденційні інструкції. З цією метою на їхню вимогу треба надавати в їхнє розпорядження письмове

приладдя. Побачення в'язня з його юридичним радником повинні відбуватися на очах, але за межами слуху міліцейських або в'язничних органів.

(…)

E. Особи, заарештовані або поміщені у в'язницю без пред'явлення звинувачення

95. Без шкоди для положень статті 9 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права особам, заарештованим або поміщеним до в'язниці без пред'явлення звинувачення, надається той самий захист, що й особам за частинами I і II, розділ C». [Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями (ООН від 30.08.1955). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_212]

373.1.4. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права

(ООН від 16.12.1966)

(ратифіковано Указом ПВР № 2148-VIII від 19.10.73)[1]

*«**Стаття 7***

Нікого не може бути піддано катуванню чи жорстокому, нелюдському або принижуючому гідність поводженню чи покаранню (…)

(…)

Стаття 9

1. Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути піддано свавільному арешту чи триманню під вартою. Нікого не може бути позбавлено волі інакше, як на підставах і відповідно до такої процедури, які встановлено законом. (…)

(…)

Стаття 14

(…)

3. Кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення як мінімум на такі гарантії на основі цілковитої рівності:

(…)

g) не бути приневоленим до давання свідчень проти самого себе чи до визнання себе винним». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

373.1.5. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 20 – Стаття 7 (заборона тортур або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводженню чи покаранню)»

Див.: 127.1.5

373.1.6. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 32 – Стаття 14 (Рівність перед судами і трибуналами і право кожного на справедливий судовий розгляд)»

(Дев'яноста сесія – 2007)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«6. Хотя статья 14 не включена в перечень не допускающих отступлений положений, перечисленных в пункте 2 статьи 4 Пакта, государства, использующие право отступления от нормальных процедур, требующихся по статье 14, в условиях чрезвычайного положения в государстве, должны обеспечивать, чтобы такие отступления не выходили за рамки тех, которые диктуются исключительно остротой фактического положения. Гарантии справедливого судебного разбирательства ни при каких обстоятельствах не могут быть объектом мер в обход защиты не допускающих отступлений прав. Так, например, поскольку статья 6 Пакта в целом не допускает отступлений, любое судебное разбирательство, приводящее к вынесению смертного приговора во время чрезвычайного положения, должно соответствовать положениям Пакта, в том числе всем требованиям статьи 14. Аналогичным образом, поскольку статья 7 также в целом не допускает

[1] Див. також: постанова Верховної ради України від 21.05.2015 р. «Про Заяву Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод».

отступлений, никакие показания или признания вины или в принципе другие доказательства, полученные в нарушение этого положения, не могут использоваться в качестве доказательств ни в каких судебных разбирательствах, охватываемых статьей 14, в том числе и в условиях чрезвычайного положения, за исключением тех случаев, когда показание или признание вины, полученное в нарушение статьи 7, используется как доказательство того, что имели место запрещаемые этим положением пытки или иное обращение. Отход от основополагающих принципов справедливого судебного разбирательства, включая презумпцию невиновности, запрещен во все времена

(…)

41. И наконец, в пункте 3 g) статьи 14 гарантируется право не быть принуждаемым к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным. Эту гарантию следует понимать как отсутствие любого прямого или непрямого физического или неоправданного психологического давления со стороны следственных органов на обвиняемых, с тем чтобы добиться признания вины. Тем более недопустимым является обращение с обвиняемым лицом, противоречащее статье 7 Пакта, с тем чтобы вырвать у него признание. Внутреннее законодательство должно обеспечивать, чтобы показания или признания, полученные с нарушением статьи 7 Пакта, не рассматривались в качестве доказательств, за исключением тех случаев, когда такие материалы используются как доказательство того, что имели место пытки или иное обращение, запрещаемое данным положением, и в этих случаях обязанность доказывания того, что показания обвиняемых были даны ими по их собственной доброй воле, ложится на государства.

(…)

60. Жестокое обращение с лицами, которым предъявлены уголовные обвинения, и принуждение их к даче или подписанию под угрозой насилия показаний с признанием вины, представляют собой нарушения как статьи 7 Пакта, запрещающей пытки и жестокое, бесчеловечное или унижающее достоинство обращение, так и пункта 3 g) статьи 14, запрещающего принуждение к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №32 – Стаття 14 (Рівність перед судами і трибуналами і право кожного на справедливий судовий розгляд)» (Дев'яноста сесія – 2007 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

373.1.7. Резолюція 43/173 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 року «Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином»

(ООН, від 09.12.1988)

(див: 0.4.1)

Приложение

Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме

Сфера применения Свода принципов

Настоящие Принципы применяются для защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме.

(…)

Принцип 1

Все лица, подвергнутые задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности.

(…)

Принцип 5

1. Настоящие принципы применяются ко всем лицам в пределах территории любого данного государства без какого бы то ни было различия, как то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии или верования, политических или иных убеждений, национального, этнического или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения.

2. Меры, применяемые в рамках закона и предназначенные специально для защиты прав и особого статуса женщин, в особенности беременных женщин и кормящих матерей, а также

детей, подростков, престарелых, больных или инвалидов, не рассматриваются как дискриминационные. Вопрос о необходимости и применении таких мер всегда подлежит рассмотрению судебным или другим органом.

Принцип 6

Ни одно задержанное или находящееся в заключении лицо не должно подвергаться пыткам или жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания[1]. Никакие обстоятельства не могут служить оправданием для пыток или других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания.

Принцип 7

1. Государствам следует запрещать в законодательном порядке любые действия, противоречащие правам и обязанностям, содержащимся в настоящих Принципах, налагать за такие действия соответствующие санкции и проводить беспристрастное расследование по жалобам.

2. Должностные лица, имеющие основания считать, что произошло или может произойти нарушение настоящего Свода принципов, должны сообщить об этом вышестоящим властям, и когда это необходимо, другим соответствующим властям или органам, на которые возложены полномочия по надзору или исправлению положения.

3. Любое другое лицо, имеющее основание считать, что произошло или может произойти нарушение настоящего Свода принципов, имеет право сообщить об этом в вышестоящие по отношению к причастным должностным лицам инстанции, а также другим соответствующим властям или органам, на которые возложены полномочия по надзору или исправлению положения.

(…)

Принцип 21

1. Запрещается злоупотреблять положением задержанного или находящегося в заключении лица с целью принуждения его к признанию, какому-либо иному изобличению самого себя или даче показаний против любого другого лица.

2. Ни одно задержанное лицо не должно подвергаться во время допроса насилию, угрозам или таким методам дознания, которые нарушают его способность принимать решения или выносить суждения.

(…)

Принцип 23

1. Продолжительность любого допроса задержанного или находящегося в заключении лица и перерывов между допросами, а также фамилии должностных лиц, проводящих допрос, и других присутствующих лиц фиксируются и удостоверяются в такой форме, какая может быть предписана законом.

2. Задержанное или находящееся в заключении лицо или его адвокат, когда это предусмотрено законом, имеют доступ к информации, о которой говорится в пункте 1 настоящего принципа.

Принцип 24

Задержанному или находящемуся в заключении лицу предоставляется возможность пройти надлежащее медицинское обследование в возможно кратчайшие сроки после его прибытия в место задержания или заключения; впоследствии ему предоставляется медицинское обслуживание и лечение всякий раз, когда в этом возникает необходимость. Обслуживание и лечение предоставляются бесплатно.

Принцип 25

Задержанное или находящееся в заключении лицо или его адвокат, при условии соблюдения лишь разумных условий, необходимых для поддержания безопасности и порядка в месте задержания или заключения, имеют право обращаться в судебный или иной орган с просьбой или прошением о повторном медицинском обследовании или заключении.

---

[1] Термин «жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения или наказания» должен толковаться таким образом, чтобы обеспечить, по возможности, наиболее широкую защиту против злоупотреблений физического или психологического характера, включая содержание задержанного или находящегося в заключении лица в условиях, которые лишают его, временно или постоянно, любого из его природных чувств, таких как зрение, слух, пространственная или временная ориентация.

Принцип 26

Факт прохождения задержанным или находящимся в заключении лицом медицинского обследования, фамилия врача и результаты такого обследования должным образом фиксируются в протоколе. Обеспечивается доступ к этому протоколу. Способы такого доступа определяются соответствующими нормами национального законодательства.

Принцип 27

Несоблюдение этих принципов при получении доказательств принимается во внимание при определении допустимости таких доказательств против задержанного или находящегося в заключении лица.

(…)

Принцип 30

1. Характер поведения задержанного или находящегося в заключении лица, представляющий собой дисциплинарное правонарушение во время задержания или заключения, вид и продолжительность дисциплинарного наказания, которое может быть наложено, а также власти, в компетенции которых входит назначение такого наказания, должны быть точно определены в надлежащим образом опубликованных законах или установленных в соответствии с законом правилах.

2. Задержанное или находящееся в заключении лицо имеет право быть заслушанным до наложения дисциплинарных санкций. Оно имеет право обжаловать такие меры перед вышестоящими властями.

(…)

Принцип 33

1. Задержанное или находящееся в заключении лицо или его адвокат имеют право направить в органы, ответственные за управление местом задержания или заключения, и в более высокие инстанции, а в случае необходимости – соответствующим органам, уполномоченным рассматривать жалобы или предоставлять средства защиты, – просьбу или жалобу относительно обращения с данным лицом, в частности в случае пыток или другого жестокого, бесчеловечного или унижающего человеческое достоинство вида обращения.

2. В тех случаях, когда ни задержанное или находящееся в заключении лицо, ни его адвокат не имеют возможности осуществить его права в соответствии с пунктом 1, такое право могут осуществить член семьи задержанного или находящегося в заключении лица или какое-либо другое лицо, которое осведомлено об этом деле.

3. Обеспечивается конфиденциальный характер просьбы или жалобы, если об этом просит податель просьбы или жалобы.

4. Каждая просьба или жалоба без промедлений рассматривается, и ответ дается без неоправданной задержки. В случае отклонения этой просьбы или жалобы или в случае неоправданной задержки податель просьбы или жалобы может направить ее в судебный или иной орган. Как задержанное или находящееся в заключении лицо, так и любой податель просьбы или жалобы в соответствии с пунктом 1 не могут подвергаться преследованиям за подачу просьбы или жалобы.

Принцип 34

Если смерть или исчезновение задержанного или находящегося в заключении лица происходит во время его задержания или заключения, то судебный или иной орган проводит расследование либо по своей собственной инициативе, либо по просьбе члена семьи такого лица или любого лица, располагающего сведениями по данному делу. Если это оправдано обстоятельствами, то такое расследование проводится на такой же процедурной основе всякий раз, когда смерть или исчезновение происходит вскоре после истечения срока задержания или заключения. Результаты такого расследования или доклад о нем предоставляются по просьбе, если это не наносит ущерба проводимому уголовному расследованию.

(…)

Общее положение

Ничто в настоящем Своде принципов не должно истолковываться в смысле ограничения или отхода от любого права, как оно определено в Международном пакте о гражданских и политических правах». [Резолюція 43/173 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 року «Звід

принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином» (ООН, від 09.12.1988). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_206]

373.1.8. Декларація про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання

(ООН, від 09.12.1975)

(див: 0.4.1)

Див.: 127.1.6

373.1.9. Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку

(ООН, від 17.12.1979)

Див.: 365.1.4.

373.1.10. Основні принципи Організації Об'єднаних Націй щодо використання сили і вогнепальної зброї посадовими особами правоохоронних органів

(ООН, від 07.09.1990)

Див.: 365.1.5.

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо незаконних дій під час слідства та оперативно-розшукових діяльності

373.2.1. Справа «Зякун проти України»

«Крім того, згідно з усталеною практикою Суду, коли особа висуває небезпідставну скаргу на жорстоке з нею поводження з боку працівників міліції або інших представників держави, яке було таким, що порушує статтю 3 Конвенції, це положення, взяте у поєднанні із загальним обов'язком держави за статтею 1 Конвенції «гарантувати кожному, хто перебуває під [її] юрисдикцією, права і свободи, визначені в … Конвенції», за своєю суттю вимагають проведення ефективного офіційного розслідування. Таке розслідування має бути здатним призвести до встановлення і покарання винних осіб». [Зякун проти України (34006/06). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b55]

373.2.2. Справа «Аднаралов проти України»

«43. Як неодноразово зазначав Суд, стаття 3 Конвенції є втіленням однієї з основних цінностей демократичних суспільств. Навіть за найважчих обставин, таких як боротьба з тероризмом та організованою злочинністю, Конвенція категорично забороняє катування та нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження чи покарання». [Аднаралов проти України (10493/12). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a52]

373.2.3. Справа «Михалкова та інші проти України»

«31. Крім того, Суд нагадує свою позицію у низці справ, що у ситуації, коли смерть мала місце внаслідок умисного поганого поводження, порушення Конвенції неможливо виправити лише шляхом надання компенсації потерпілій особі. Якби органи влади реагували на такі інциденти, що мали місце з вини представників держави, лише виплатою компенсації, не вживаючи при цьому достатніх заходів для кримінального переслідування і покарання винних осіб, тоді в деяких випадках представники держави могли б фактично безкарно порушувати права тих, хто перебуває під їхнім контролем (…)». [Михалкова та інші проти України (10919/05). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_676]

373.2.4. Справа «Chahal v. The United Kingdom»

«У статті 3 сформульована норма, яка втілює одну з основних цінностей демократичного суспільства (…). Суд повністю віддає собі звіт у тому, з якими величезними труднощами стикається в наші дні Держава, захищаючи населення своєї країни від насильства з боку терористів. Однак, навіть враховуючи ці обставини, Конвенція забороняє катування і нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження або покарання, незалежно від поведінки жертви. На відміну від

більшості норм Конвенції та протоколів №1 і №4 до неї в статті 3 ані слова ні про які винятки, і ніякі відступи від неї відповідно до статті 15 неможливі навіть у разі надзвичайного стану, який загрожує існуванню нації» [Chahal v. The United Kingdom (22414/93). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58004] (Неофіційний авторський переклад).

373.2.5. Справа «Джон Мюррей проти Сполученого Королівства»

«45. Хоч це конкретно й не зазначено в статті 6 Конвенції, проте безсумнівно, що право на мовчання під час допиту в поліції та імунітет від самообвинувачення є загальновизнаними міжнародними стандартами, які становлять суть поняття справедливої процедури згідно зі статтею 6 Конвенції. Забезпечуючи обвинуваченому захист від неправомірного примусу з боку органів влади, ці імунітети сприяють уникненню помилок судочинства та ґарантуванню цілей статті 6 Конвенції». [Джон Мюррей проти Сполученого Королівства (18731/91). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–113045]

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо незаконних дій під час слідства та оперативно-розшукових діяльності

373.3.1. Справа «Gäfgen v. Germany»

Фактичні обставини:

У 2002 році пан Gäfgen заподіяв шляхом удушення смерть одинадцятирічного підлітка J., та заховав його тіло біля озера. Заявник вимагав у батьків дитини викуп. Невдовзі після одержання грошей заявника було заарештовано, направлено до комісаріату поліції і допитано про місцезнаходження постраждалого. Наступного дня, сподіваючись, що підліток може бути живим, заступник начальника комісаріату D. наказав своєму підлеглому E. залякати заявника погрозами застосування фізичних страждань та за необхідності заподіяти йому такі страждання з метою змусити його вказати місцезнаходження дитини. Підкоряючись наказу, поліцейський повідомив заявникові, що спеціально підготовлена особа змусить його жорстко постраждати. Через десять хвилин, із остраху зазнати такого впливу, заявник вказав, де він заховав тіло жертви. Поліція супроводила його на місце скоєння злочину, де було віднайдено тіло та речові докази які викривали заявника, а саме сліди шин його машини.

Під час судового розгляду, заявник знову визнав, що він вчинив убивство. Висновки суду спиралися на ці визнання та на інші докази, зокрема зібрані внаслідок визнань одержаних у ході слідства під примусом. Заявника було засуджено до довічного ув'язнення.

У 2004 році, двох поліцейських, які було задіяні у здійсненні погроз на адресу заявника, було визнано винними у вчиненні тиску, у відданні наказу вчинити тиск та підбурюванні до вчинення тиску під час здійснення службових повноважень і застосовано кримінальне покарання. (Законодавство та судова практика ФРН погрозу застосування фізичного насильства відносять до незаконним примушуванням давати показання).

Gäfgen у 2005 році звернувся до ЄСПЛ зі скаргою на порушення ст. 3 Конвенції «Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню».

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«102. Що стосується тривалості оскаржуваної поведінки, Суд зазначає, що допит під загрозою жорстокого поводження тривав близько десяти хвилин.

103. Що стосується його фізичних та психічних наслідків, Суд зазначає, що заявник, який раніше відмовився розкривати місцезнаходження J., зізнався під загрозою жорстокого поводження, де він сховав тіло. Після цього він продовжував детально розповідати про смерть J. протягом усіх слідчих дій. Тому Суд вважає, що реальні та негайні загрози свідомого та неминучого жорстокого поводження, яким заявник піддавався під час допиту, слід вважати такими, що спричинили його значний страх та психічні страждання. Проте заявник не представив медичні свідоцтва, щоб встановити будь-які довготривалі несприятливі психологічні наслідки.

104. Суд також зауважує, що загроза не була спонтанним актом, але була навмисною та обміркованою.

105. Що стосується мети загроз, Суд переконаний, що заявник навмисно піддавався такому поводженню для отримання інформації про місцезнаходження J.

106. Суд також зазначає, що загрози умисного та неминучого жорстокого поводження були зроблені в контексті того, що заявник перебував під контролем правоохоронних органів, мабуть, у наручниках, і, таким чином, в уразливому стані. Зрозуміло, що D. і E. діяли при виконанні своїх обов'язків як представників влади і що вони мали намір, якщо це необхідно, реалізувати цю погрозу під медичним наглядом та спеціально підготовленим офіцером. Крім того, наказ D. загрожувати заявнику не був спонтанним рішенням, оскільки він дав такий наказ раніше і був роздратований тим, що підлеглі наказ не виконують. Загроза мала місце в атмосфері підвищеної напруженості та емоцій в умовах, коли працівники поліції перебували під сильним тиском, вважаючи, що J. ще живий.

107. У зв'язку з цим Суд визнає мотивацію поведінки працівників поліції врятувати життя дитини. Однак слід підкреслити, що, беручи до уваги положення статті 3 та практику Суду, заборона на жорстоке поводження з особою застосовується незалежно від поведінки потерпілого або мотивації влади. Особа не може бути піддана катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню навіть у тих випадках, коли це обумовлено мотивами того, що життя іншої особи піддається ризику. Жоден відступ не допускається навіть у випадку надзвичайної ситуації, пов'язаної із загрозою існуванню нації. Стаття 3, яка була сформульована однозначно, визнає, що кожна людина має абсолютне, невід'ємне право не бути підданою катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню за будь-яких обставин, навіть найскладніших. Філософське підґрунтя, яке лежить в основі абсолютного характеру права, передбаченого статтею 3, не дозволяє будь-яких винятків, у т.ч. щодо виправдання балансом інтересів, незалежно від поведінки зацікавленої особи та характеру злочину, що розглядається.

108. Беручи до уваги відповідні обставини, що характеризують поводження, яким заявник піддавався, Суд переконаний, що реальна загроза негайного жорстокого поводження з метою отримання інформації від заявника досягла мінімального ступеня тяжкості для винесення оскарженого в рамках статті 3. Суд повторює, що відповідно до своєї прецедентної практики (…), загроза може розглядатися як катування, оскільки природа катування охоплює як фізичні болі, так і психічні страждання. Зокрема, страх перед фізичними катуваннями може стати психічним катуванням. Проте віднесення конкретної загрози до психологічного катування чи до нелюдського або нелюдського поводження, залежить від усіх обставин справи, зокрема, ступінь інтенсивності загрози та тяжкості психічних страждань. Суд вважає, що метод допиту, на який був підданий заявник за обставин цієї справи, був досить серйозним, щоб вважатися нелюдським поводженням, забороненим Статтю 3, але не досягнув рівня жорстокості, необхідної для досягнення межі катування.

(…)

132. Отже, було порушення статті 3 Конвенції». [Gäfgen v. Germany (22978/05). ECHR 2010-VI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–99015]

373.3.2. Справа «Луньов проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«92. У цій справі заявник скаржився на побиття та залякування з метою примусити його відмовитися від заяви до Суду та зізнатися у вчиненні злочину, який йому інкримінувався. Наступного дня у заявника було діагностовано можливу тупу травму живота. Суд за таких обставин вважає, що скарги заявника необхідно було розслідувати.

93. Суд зазначає, що розслідування скарг заявника було розпочато швидко. Проте через місяць справу було закрито за відсутністю події злочину. Ця та дві наступні постанови про закриття

кримінальної справи, порушеної за скаргою заявника, були скасовані судом та прокуратурою у зв'язку з виявленими недоліками розслідування. Сторони не повідомили Суд про остаточні результати провадження.

94. Суд зауважує, що окрім недоліків, вказаних національними органами влади – таких як непроведення певних процесуальних дій, – слід зазначити, що первинне медичне обстеження, яке згодом стало підставою для численних висновків про відсутність у заявника тілесних ушкоджень, було поверховим. Воно, вочевидь, мало на меті встановити, чи були у заявника проблеми зі здоров'ям, які вимагали хірургічного втручання, та чи міг він перебувати під вартою, а не встановити наявність у заявника тілесних ушкоджень.

95. З огляду на відсутність остаточного рішення, встановлені національними органами влади недоліки та незабезпечення доказової бази через те, що не було проведено належного медичного обстеження заявника, Суд доходить висновку, що у цій справі було порушення процесуального аспекту статті 3 Конвенції». [Луньов проти України» (4725/13). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b09]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 373 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

373.4.1. Щодо поняття «застосування насильства або знущання над особою, за відсутності ознак катування» (ч. 2 ст. 373) дивися параграф 4 до ст. 127, а також параграф 4 до ст. 365 КК України.

(Див.: 127.4.1–127.4.9; 365.4.1; 365.4.2; 365.4.8; 365.4.12; 365.4.14; 365.4.15)

373.4.2. Правова позиція ЄСПЛ: погроза застосувати до особи фізичну силу, як засіб примусити його давати показання, визнається нелюдським чи таким, що принижує гідність, поводженням (порушення ст. 3 Конвенції).

(Див.: 373.3.1)

У доктрині кримінального права розрізняються фізичне насильство і психологічне насильство. Законодавець у деяких статтях КК використовує поняття «фізичне насильство», в інших статях КК, у т. ч. в ч. 2 ст. 373 КК поняття «насильство» не конкретизоване. У зв'язку з цим постає потреба визначити – застосування якого саме насильства є кваліфікуючою ознакою цього злочину (примушування давати показання – ст. 373 КК України).

У цьому сенсі слід вказати, що ЄСПЛ погрозу застосування фізичного насильства прирівнює (за умови певного контексту) до реального застосування фізичної сили.

(Див.: 127.4.1–127.4.9; 365.4.1; 365.4.2; 365.4.8; 365.4.12; 365.4.14; 365.4.15)

373.4.3. Примушування давати показання при допиті шляхом незаконних дій, поєднаних із застосуванням насильства або із знущанням над особою (ч. 2 ст. 373) або поєднаних із катуванням (ст.127 КК України), не допускається навіть з мотивів збереження життя іншої людини чи для запобігання посягань на національну безпеку країни.

(Див.: 373.1.2 – ст. 3 і частина 2 ст. 15; 373.3.1)

373.4.4. Сам факт непроведення ефективного офіційного розслідування скарги на нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження з боку прокурора, слідчого або працівника підрозділу, який здійснює оперативно-розшукову діяльність (навіть за відсутності інших об'єктивних обставин, що підтверджують таку скаргу), є достатнім для винесення ЄСПЛ рішення про порушення ст. 3 Конвенції.

(Див.: 373.3.2)

Стаття 374. Порушення права на захист

1. Недопущення чи ненадання своєчасно захисника, а також інше грубе порушення права підозрюваного, обвинуваченого на захист, вчинене слідчим, прокурором або суддею, –

карається штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Ті самі дії, які призвели до засудження невинної у вчиненні кримінального правопорушення особи, або вчинені за попередньою змовою групою осіб, або такі, що спричинили інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 374 із змінами, внесеними згідно із Законами № 4652-VI від 13.04.2012, № 245-VII від 16.05.2013)

§1. Норми міжнародного права
щодо забезпечення права на захист

374.1.1. Загальна декларація прав людини
(ООН, від 10.12.1948)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
*«**Статья 8***
Каждый человек имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией или законом.
(…)
Статья 10
Каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право, на основе полного равенства, на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом.
Статья 11
1. Каждый человек, обвиняемый в совершении преступления, имеет право считаться невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком путем гласного судебного разбирательства, при котором ему обеспечиваются все возможности для защиты». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

374.1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
*«**Стаття 6. Право на справедливий суд***
1. Кожен має право на справедливий … розгляд його справи … судом, …, який … встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.
2. Кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку.
3. Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права:
(…)
(c) захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

374.1.3. Основні положення про роль адвокатів
(ООН, від 01.08.1990)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«1. Будь-яка людина в праві звернутися по допомогу до адвоката за своїм вибором для підтвердження своїх прав і захисту в усіх стадіях кримінальної процедури.

2. Уряди повинні гарантувати ефективну процедуру і працюючий механізм для реального і рівного доступу до адвокатів усіх осіб, які проживають на його території і підпорядковані його юрисдикції незалежно від раси, кольору шкіри, етнічного походження, статі, мови, релігії, політичних та інших поглядів, національного або соціального походження, економічного чи іншого статусу.

3. Уряди мають забезпечити необхідне фінансування та інші ресурси для юридичної допомоги бідним та іншим незаможнім людям. Професійні асоціації адвокатів мають співробітничати в організації та створенні умов подання такої допомоги.

4. Уряди та професійні асоціації адвокатів повинні розробити програму, що має на меті інформування членів суспільства про їх права і обов'язки, про роль адвокатів у захисті основних свобод.

З цією метою особлива увага має приділятися бідним та іншим незаможнім людям, оскільки вони самі неспроможні відстоювати свої права і мають потребу у допомозі адвоката.

Спеціальні гарантії у кримінальній юстиції

5. Обов'язком урядів є забезпечення можливості кожному бути поінформованим компетентними владами про право одержати допомогу адвоката за його вибором при арешті, затриманні або поміщенні у тюрму, або обвинуваченні у кримінальному злочині.

6. Будь-яка вищезазначена особа, яка не має адвоката, у випадках, коли інтереси правосуддя вимагають цього, повинна бути забезпечена допомогою адвоката, котрий має відповідну компетенцію та досвід ведення таких справ, щоб забезпечити її ефективну допомогу без оплати з її боку, якщо у неї немає необхідних коштів.

7. Уряди повинні забезпечити людині, підданій затриманню, арешту або поміщеній у тюрму з пред'явленням або без пред'явлення обвинувачення у вчиненні кримінального злочину, швидкий допуск до адвоката, у будь-якому випадку не пізніше ніж через 48 годин з моменту затримання або арешту.

8. Затриманій, заарештованій або поміщеній в тюрму особі мають бути забезпечені необхідні умови, час і засоби для зустрічі або комунікацій й консультацій з адвокатом без зволікань, перешкод і цензури, з повною їх конфіденційністю. Такі консультації можуть бути в полі зору, проте, за межами чутності уповноважених посадових осіб». [Основні положення про роль адвокатів (ООН, від 01.08.1990). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_835]

374.1.4. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права

(ООН, 16.12.1966)

(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.1973)

*«**Стаття 14***

(…)

3. Кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення як мінімум на такі гарантії на основі цілковитої рівності:

a) бути терміново і докладно повідомленим мовою, яку він розуміє, про характер і підставу пред'явленого йому обвинувачення;

b) мати достатній час і можливості для підготовки свого захисту і спілкуватися з обраним самим ним захисником;

c) бути судженим без невиправданої затримки;

d) бути судженим в його присутності і захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захисника; якщо він не має захисника, бути повідомленим про це право і мати призначеного йому захисника в будь-якому разі, коли інтереси правосуддя того вимагають, безплатно для нього в усякому такому випадку, коли у нього немає достатньо коштів для оплати цього захисника;

e) допитувати свідків, які дають проти нього показання, або мати право на те, щоб цих свідків було допитано, і мати право на виклик і допит його свідків на тих самих умовах, які існують для свідків, що дають показання проти нього;

f) користуватися безплатною допомогою перекладача, якщо він не розуміє мови, використовуваної в суді, або не говорить цією мовою;

g) не бути приневоленим до давання свідчень проти самого себе чи до визнання себе винним.

(…)

5. Кожен, кого засуджено за будь-який злочин, має право на те, щоб його засудження і вирок були переглянуті вищестоящою судовою інстанцією згідно з законом». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

374.1.5. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 32 – Стаття 14 (Рівність перед судами і трибуналами і право кожного на справедливий судовий розгляд)»

(Дев'яноста сесія – 2007 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«13. Право на равенство перед судами и трибуналами обеспечивает также равенство состязательных возможностей. Это означает, что одни и те же процессуальные права должны обеспечиваться всем сторонам, кроме как если различия предусматриваются законом и могут быть оправданы по объективным и разумным основаниям, не ставящим подсудимого в фактически невыгодное положение и не подвергающим его иному несправедливому отношению. Равенство состязательных возможностей отсутствует, если, например, только обвинителю, но не подсудимому разрешено обжаловать определенное решение. (…).

(…)

25. Понятие справедливого судебного разбирательства включает гарантию справедливого и публичного разбирательства. Справедливость судебного разбирательства предполагает отсутствие любого прямого или непрямого влияния, давления или запугивания или вмешательства любой из сторон и по любым мотивам. Слушание дела в суде является несправедливым, если, например, подсудимый в рамках уголовного процесса сталкивается с выражением враждебности со стороны публики или поддержкой одной из сторон в зале заседания, к которым суд относится с терпимостью, нарушая тем самым право на защиту, или же подвергается другим проявлениям враждебности со сходными последствиями. Проявления расово обусловленного отношения со стороны коллегии присяжных, которые не пресекаются судом, или же не свободный от расовых предубеждений отбор присяжных заседателей также являются примерами отрицательного воздействия на справедливость судопроизводства.

(…)

31. Право всех лиц, обвиняемых в уголовном преступлении, быть в срочном порядке и подробно уведомленными на языке, который они понимают, о характере и основании предъявляемых им обвинений, предусмотренное в пункте 3 a), является первой из предусмотренных в статье 14 минимальных гарантий в уголовном процессе. Эта гарантия действует в отношении всех случаев предъявления обвинений в уголовном преступлении, включая и дела лиц, не взятых под стражу, но не к уголовному расследованию, предшествующему предъявлению обвинений. Уведомление о причинах ареста отдельно гарантируется в пункте 2 статьи 9 Пакта. Право быть информированным о предъявленном обвинении «в срочном порядке» требует, чтобы информация предоставлялась, как только соответствующему лицу официально предъявляется обвинение в совершении уголовного преступления по внутреннему праву или же лицу, которое было публично поименовано уголовным преступником. Содержащиеся в подпункте 3 a) конкретные требования могут быть удовлетворены посредством предъявления обвинения устно – если впоследствии оно подтверждается в письменной форме – или в письменной форме при условии, что в информации указан соответствующий закон и предполагаемые общие факты, на которых строится обвинение. В случае заочного судебного разбирательства пункт 3 a) статьи 14 требует, чтобы независимо от отсутствия обвиняемого лица были приняты все необходимые меры для информирования обвиняемых в предъявляемых им обвинениях и уведомления их о ведущемся судопроизводстве.

32. В подпункте 3 b) предусматривается, что обвиняемые лица должны иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранными ими самими защитниками. Это положение является важным элементом гарантии справедливого судебного

разбирательства и применения принципа равенства состязательных возможностей. В тех случаях, когда обвиняемый не имеет достаточных средств, общение с защитником может быть обеспечено только если бесплатно предоставляются услуги переводчика на досудебной стадии и во время судебного разбирательства. То, что считается «достаточным временем», зависит от обстоятельств каждого дела. Если исходя из разумных оснований защитники считают, что времени для подготовки защиты недостаточно, на них ложится обязанность просить о переносе судебного разбирательства на более поздний срок. Государство-участник не несет ответственности за поведение защитника, кроме как если судье стало или должно было стать очевидным, что поведение защитника несовместимо с интересами правосудия. Существует обязательство удовлетворять разумные просьбы о переносе заседания суда, в частности в тех случаях, когда обвиняемому вменяется серьезное уголовное преступление и для подготовки защиты требуется дополнительное время.

33. «Достаточные возможности» должны включать доступ к документам и другим доказательствам; такой доступ должен быть обеспечен ко всем материалам, которые обвинение планирует предъявить на суде против обвиняемого, или оправдывающим обвиняемого. Следует понимать, что оправдывающие материалы включают не только материалы, устанавливающие невиновность, то также и другие доказательства, которые могли бы помочь защите (например, указания на то, что признание вины не было добровольным). В тех случаях, когда утверждается, что доказательства были получены в нарушение статьи 7 Пакта, должна представляться информация об обстоятельствах, в которых было получено такое доказательство, с тем чтобы можно было оценить состоятельность утверждения. Если обвиняемый не говорит на языке, на котором ведется судебное разбирательство, но он представлен защитником, который знает этот язык, может быть достаточным, чтобы соответствующие документы из материалов дела были предоставлены защитнику.

34. Право сношения с защитником требует, чтобы обвиняемому был предоставлен скорый доступ к защитнику. Защитнику должна быть предоставлена возможность встретиться со своим клиентом без свидетелей и общаться с обвиняемым в условиях, которые полностью обеспечивали бы конфиденциальность их общения. Кроме того, адвокаты должны иметь возможность консультировать и представлять лиц, обвиняемых в уголовном преступлении, в соответствии с общепризнанными принципами профессиональной этики без каких бы то ни было ограничений, воздействия, давления или неправомерного вмешательства с какой бы то ни было стороны.

(…)

36. В пункте 3 d) статьи 14 содержатся три отдельные гарантии. Во первых, этот пункт требует, чтобы лицам, обвиняемым в уголовном преступлении, было предоставлено право быть судимыми в их присутствии. Судебные разбирательства в отсутствие обвиняемых могут быть при некоторых обстоятельствах допустимыми в интересах надлежащего отправления правосудия, например в тех случаях, когда обвиняемые, хотя и уведомленные о судебном разбирательстве достаточно заблаговременно, отказываются осуществлять свое право быть судимыми в их присутствии. Таким образом, подобные судебные разбирательства совместимы с пунктом 3 d) статьи 14, только если предпринимаются необходимые шаги по своевременному вызову обвиняемых в суд и заблаговременному их информированию относительно даты и места суда и с требованием присутствовать.

37. Во вторых, право каждого обвиняемого в уголовном преступлении защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника и быть уведомленным об этом праве в том виде, как оно предусмотрено в пункте 3 d) статьи 14, охватывает два вида защиты, которые не являются взаимоисключающими. Лица, пользующиеся помощью адвоката, имеют право давать инструкции своему защитнику относительно ведения их дела в пределах профессиональной ответственности и давать показания от своего собственного имени. В то же время используемые в Пакте формулировки ясны на всех официальных языках в том отношении, что в Пакте предусматривается право защищать себя лично «или» через посредство выбранного им самим защитника, предполагающее таким образом возможность для обвиняемого отказаться от помощи любого защитника. Однако это право защищать себя лично без участия адвоката не является абсолютным. Интересы правосудия могут в рамках конкретного судебного разбирательства требовать назна-

чения защитника против желания обвиняемого, особенно в том случае, если обвиняемый существенным и систематическим образом препятствует надлежащему проведению судебного разбирательства или же ему предъявлено тяжкое обвинение, но он оказывается не в состоянии действовать в своих собственных интересах, или в тех случаях, когда это необходимо для защиты уязвимых свидетелей от дальнейшего беспокойства или запугивания, если им придется подвергнуться допросу со стороны обвиняемого. Однако любое ограничение желания обвиняемых лиц защищать себя лично должно преследовать объективные и достаточно серьезные цели и не выходить за рамки того, что необходимо для отстаивания интересов правосудия. Поэтому во внутреннем праве следует избегать любого абсолютного запрета на право защищать себя лично в судебном разбирательстве уголовного дела без помощи адвоката.

38. В-третьих, пункт 3 d) статьи 14 гарантирует право на юридическую защиту лиц, обвиняемых в уголовном преступлении, в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для них в любом таком случае, когда у них нет достаточно средств для оплаты этого защитника. При решении вопроса о том, должен ли быть назначен защитник, «когда интересы правосудия этого требуют», важное значение имеет тяжесть преступления, а также наличие определенной объективной возможности успеха в стадии обжалования. В тех случаях, когда речь может идти о смертной казни, нет необходимости доказывать, что обвиняемый должен пользоваться действенной помощью адвоката во всех стадиях судебного разбирательства. Защитник, предоставляемый компетентными органами на основе этого положения, должен эффективно представлять обвиняемого. В отличие от тех случаев, когда адвокаты приглашаются в частном порядке, очевидно неправомерное поведение или некомпетентность, например, отзыв жалобы без консультации в деле, предполагающем назначение смертной казни, или отсутствие во время заслушания свидетеля в подобных случаях, может повлечь за собой ответственность соответствующего государства за нарушение пункта 3 d) статьи 14 при условии, что судье будет ясно, что поведение адвоката несовместимо с интересами правосудия. Нарушение этого положения имеет место также в том случае, если суд или другие соответствующие органы власти препятствуют назначенным адвокатам в эффективном выполнении ими своих функций.

39. В пункте 3 e) статьи 14 гарантируется право обвиняемых в уголовном преступлении лиц допрашивать показывающих против них свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и право на вызов и допрос их свидетелей на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против них. В качестве варианта применения принципа равенства состязательных возможностей данная гарантия имеет важное значение для обеспечения эффективной защиты обвиняемыми и их защитниками и тем самым обвиняемым гарантируются те же самые юридические полномочия требовать присутствия свидетелей и допрашивать или подвергать перекрестному допросу любых свидетелей, имеющихся у обвинения. Вместе с тем, эта гарантия не предоставляет неограниченного права на привлечение к участию в процессе любого свидетеля по требованию обвиняемых или их защитников, но только лишь право на допуск свидетелей, имеющих значение для защиты, а также на предоставление надлежащей возможности опросить и оспорить заявления показывающих против них свидетелей на одной из стадий судопроизводства. В этих пределах и в зависимости от ограничений, касающихся использования заявлений, признательных показаний и других доказательств, полученных в нарушение статьи 7, определять допустимость доказательств и то, каким образом суды оценивают их, надлежит в первую очередь внутренним законодательным органам государств-участников.

40. Право пользоваться бесплатной помощью переводчика, если обвиняемые не понимают языка, используемого в суде, или не говорят на этом языке, в том виде как оно предусмотрено в пункте 3 f) статьи 14, воплощает еще один аспект принципа справедливости и равенства состязательных возможностей в судопроизводстве по уголовным делам. Это право действует на всех этапах устного судебного разбирательства. Оно принадлежит как иностранцам, так и гражданам государства. Однако лица, обвиняемые в уголовном преступлении, родной язык которых отличается от используемого в суде официального языка, в принципе не имеют права на бесплатную помощь переводчика, если они знают официальный язык в достаточной степени для того, чтобы эффективно защищать себя.

41. И наконец, в пункте 3 g) статьи 14 гарантируется право не быть принуждаемым к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным. Эту гарантию следует понимать как отсутствие любого прямого или непрямого физического или неоправданного психологического давления со стороны следственных органов на обвиняемых, с тем чтобы добиться признания вины. Тем более недопустимым является обращение с обвиняемым лицом, противоречащее статье 7 Пакта, с тем чтобы вырвать у него признание. Внутреннее законодательство должно обеспечивать, чтобы показания или признания, полученные с нарушением статьи 7 Пакта, не рассматривались в качестве доказательств, за исключением тех случаев, когда такие материалы используются как доказательство того, что имели место пытки или иное обращение, запрещаемое данным положением, и в этих случаях обязанность доказывания того, что показания обвиняемых были даны ими по их собственной доброй воле, ложится на государства». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 32 – Стаття 14 (Рівність перед судами і трибуналами і право кожного на справедливий судовий розгляд)» (Дев'яноста сесія – 2007 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

374.1.6. Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила»)

(ООН, від 29.11.1985) (в системі «Право» Верховної Ради України – російською мовою)

«15.1. В ходе всего судебного разбирательства несовершеннолетний имеет право быть представленным его или ее адвокатом или право на обращение за бесплатной правовой помощью, если предоставление такой помощи предусмотрено в этой стране законодательством.

15.2. Родители или опекун имеют право участвовать в судебном разбирательстве, и компетентный орган власти может потребовать их присутствия в интересах несовершеннолетнего. Однако компетентный орган власти может отказать им в таком участии, если имеются основания полагать, что это необходимо в интересах несовершеннолетнего». [Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила») (ООН, від 29.11.1985). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_211]

374.1.7. Резолюція 43/173 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 року «Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином»

(ООН, від 09.12.1988)

(див: 0.4.1).

«***Сфера применения Свода принципов***

Настоящие Принципы применяются для защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме.

(…)

Принцип 10

Каждому арестованному сообщаются при аресте причины его ареста и без промедлений сообщается любое предъявленное ему обвинение.

Принцип 11

1. Лицо не может находиться в задержании без предоставления эффективной возможности быть в срочном порядке заслушанным судебным или иным органом. Задержанное лицо имеет право само выступать в свою защиту или пользоваться помощью адвоката, как это предусмотрено законом.

2. До сведения задержанного лица или его адвоката, если таковой имеется, без промедлений доводится полная информация о любом постановлении о задержании, а также о причинах задержания.

3. Судебный или иной орган должен иметь полномочия для рассмотрения, в случае необходимости, основания для продолжения задержания.

(…)

Принцип 17

1. Задержанное лицо имеет право на получение юридической помощи со стороны адвоката. Оно вскоре после ареста информируется компетентным органом о своем праве, и ему предоставляются разумные возможности для осуществления этого права.

2. Если задержанное лицо не имеет адвоката по своему выбору, оно во всех случаях, когда этого требуют интересы правосудия, имеет право воспользоваться услугами адвоката, назначенного для него судебным или иным органом, без оплаты его услуг, если это лицо не располагает достаточными денежными средствами.

Принцип 18

1. Задержанное или находящееся в заключении лицо имеет право связываться и консультироваться с адвокатом.

2. Задержанному или находящемуся в заключении лицу предоставляются необходимое время и условия для проведения консультаций со своим адвокатом.

3. Право задержанного или находящегося в заключении лица на его посещение адвокатом, на консультации и на связь с ним, без промедления или цензуры и в условиях полной конфиденциальности, не может быть временно отменено или ограничено, кроме исключительных обстоятельств, которые определяются законом или установленными в соответствии с законом правилами, когда, по мнению судебного или иного органа, это необходимо для поддержания безопасности и порядка.

4. Свидания задержанного или находящегося в заключении лица с его адвокатом могут иметь место в условиях, позволяющих должностному лицу правоохранительных органов видеть их, но не слышать.

5. Связь задержанного или находящегося в заключении лица с его адвокатом не может использоваться как свидетельство против обвиняемого или находящегося в заключении лица, если она не имеет отношения к совершаемому или замышляемому преступлению.

(…)

Общее положение

Ничто в настоящем Своде принципов не должно истолковываться в смысле ограничения или отхода от любого права, как оно определено в Международном пакте о гражданских и политических правах». [Резолюція 43/173 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 року «Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином» (ООН, від 09.12.1988). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_206]

374.1.8. Основні принципи, що стосуються ролі юристів

(ООН, від 07.09.1990)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«5. Правительства обеспечивают, чтобы компетентные власти немедленно информировали каждого человека о его праве пользоваться помощью юриста по своему выбору при аресте или задержании либо при обвинении его в совершении уголовного преступления.

6. Во всех случаях, когда того требуют интересы правосудия, каждый такой человек, не имеющий юриста, имеет право на помощь юриста, опыт и компетентность которого соответствуют характеру правонарушения, назначенного в целях предоставления ему эффективной юридической помощи бесплатно, если у него нет достаточных средств для оплаты услуг юриста.

7. Кроме того, правительства обеспечивают, чтобы все арестованные или задержанные лица, независимо от того, предъявлено ли им обвинение в совершении уголовного преступления или нет, получали немедленный доступ к юристу и в любом случае не позднее, чем через сорок восемь часов с момента ареста или задержания.

8. Всем арестованным, задержанным или заключенным в тюрьму лицам предоставляются надлежащие возможности, время и условия для посещения юристом, сношения и консультации с ним без задержки, вмешательства или цензуры и с соблюдением полной конфиденциальности. Такие консультации могут проводиться в присутствии должностных лиц по поддержанию правопорядка, но без возможности быть услышанными ими». [Основні принципи, що стосуються ролі юристів (ООН, від 07.09.1990). http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_313]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо порушення права на захист

374.2.1 Справа «Чопенко проти України»

«48. Суд нагадує, що навіть якщо першочерговою метою статті 6 Конвенції у тому, що стосується кримінального провадження, є забезпечення справедливого розгляду «судом», уповноваженим встановлювати обґрунтованість «будь-якого висунутого … кримінального обвинувачення», це не означає, що стаття не застосовується до досудового провадження. Отже, стаття 6 Конвенції – особливо її пункт 3 – може застосовуватися ще до того, як справу передано до суду, якщо та тільки тією мірою, якою справедливість суду може бути підірвана початковим недотриманням її положень.

(…)

«64. Проте Суд кілька разів вказував, що при встановленні обґрунтованості кримінального обвинувачення особисте заслуховування підсудного має бути загальним правилом. Будь-який відхід від цього принципу має бути винятковим та підлягати обмежувальному тлумаченню. Для вирішення питання, чи було обмеження сумісним з Конвенцією, слід, серед іншого, враховувати особливі риси відповідного провадження та спосіб, у який інтереси заявника фактично представлялися та захищалися у суді апеляційної інстанції, особливо з урахуванням характеру питань, які цей суд мав вирішити, а також їхньої важливості для особи, яка подала скаргу. Особиста участь підсудного у засіданні суду апеляційної інстанції набуває особливої важливості, коли апеляційний розгляд справи стосується оцінки особистості та характеру підсудного, або якщо підсудний заявляє, що він не вчиняв інкримінованих йому злочинів, і суд апеляційної інстанції має здійснити повну оцінку питання щодо вини або невинуватості підсудного. Іншими важливими питаннями є те, наскільки засудження є соціальним клеймом, а також чи є предметом спору особиста свобода підсудного». [Чопенко проти України (17735/06). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a59]

374.2.2. Справа «Олександр Володимирович Смірнов проти України»

«64. Суд повторює, що вимоги пункту 3 статті 6 Конвенції слід розглядати як окремі аспекти права на справедливий суд, гарантованого пунктом 1 цієї статті, а отже, вони мають розглядатися разом.

(…)

69. Суд нагадує встановлені його практикою принципи, відповідно до яких право кожного обвинуваченого у вчиненні злочину на ефективний захист його інтересів, у разі необхідності – призначеним державою захисником, хоча й не абсолютне, є однією з основних ознак справедливого судового розгляду (…)». [Олександр Володимирович Смірнов проти України (69250/11). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a09]

374.2.3. Справа «Огороднік проти України»

«101. Суд, приймаючи до уваги особливу вразливість обвинуваченого на початкових етапах провадження, коли він потрапляє у стресову ситуацію і одночасно має справу з дедалі складнішими положеннями кримінального законодавства, послідовно вказував, що забезпечення доступу до захисника на ранніх етапах є процесуальною гарантією права не свідчити проти себе та основною гарантією недопущення жорстокого поводження. Усі винятки з реалізації цього права повинні бути чітко визначеними, а їхня дія має бути суворо обмежена в часі. Ці принципи є особливо актуальними у випадках серйозних обвинувачень, бо саме тоді, коли особі загрожує найсуворіше покарання, її право на справедливий судовий розгляд має забезпечуватися в демократичному суспільстві максимально можливою мірою.

102. Як правило, доступ до захисника має надаватися з першого допиту підозрюваного працівниками міліції, за винятком випадків, коли за конкретних обставин відповідної справи продемонстровано, що існують вагомі підстави для обмеження такого права. Право на захист буде в принципі непоправно порушено, якщо визнавальні покази, отримані під час допиту правоохоронними органами без доступу до захисника, використовуватимуться з метою її засудження.

103. Вищезазначені принципи права на захист і права не свідчити проти себе відповідають загальновизнаним міжнародним стандартам прав людини, які є основними складовими поняття справедливого судового розгляду та раціональна суть яких пов'язана, зокрема, із захистом обвинуваченого від свавільного тиску органів влади. Вони також сприяють попередженню помилок при здійсненні правосуддя та досягненню цілей статті 6 Конвенції, зокрема дотриманню принципу рівності між органами слідства чи прокуратури та обвинуваченим. Право не свідчити проти себе передбачає, зокрема, що у кримінальній справі сторона обвинувачення, намагаючись довести вину обвинуваченого, не може використовувати докази, здобуті всупереч волі обвинуваченого за допомогою методів примусу чи тиску.

104. Насамкінець Суд повторює, що будь-яка відмова від гарантованих Конвенцією прав тією мірою, якою вона дозволяється, не повинна суперечити жодному важливому суспільному інтересу, має бути встановлена у недвозначний спосіб та супроводжуватися мінімальними гарантіями, співмірними з важливістю такої відмови». [Огороднік проти України (29644/10). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a68]

374.2.4. Справа «Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany»

«40… Термін «безоплатно» в п. 3 е) ст. 6 Конвенції має сам по собі цілком ясне і певне значення… це не означає не звільнення від оплати на певних умовах, не тимчасові пільги з оплати, не припинення платежу, а загальне і повне звільнення від необхідності платити». [Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany (6210/73; 6877/75; 7132/75). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57530] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.5. Справа «Майзіт проти Росії»

« (…) державні органи не можуть відповідати за кожний недолік, допущений офіційно призначеним адвокатом під час представництва інтересів особи. Відповідно до п. «с» ч. 3 ст. 6 Конвенції, компетентні державні органи повинні втрутитися лише тоді, коли недоліки у захисті інтересів особи з боку адвоката є для них безпосередньо очевидними чи коли вони довідаються про такі недоліки у якийсь інший спосіб». [Майзіт проти Росії (20.01.2005). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_380]

374.2.6. Справа «Перна проти Італії»

«26. (…) для обвинуваченого недостатньо подати скаргу про те, що йому не дозволили допитати певних свідків; він має підтримати свою вимогу щодо виклику свідків, пояснивши важливість такої дії, і довести, що суду конче необхідно отримати показання відповідних свідків з метою встановлення реальних фактів». [Перна проти Італії (Case of Perna v. Italy) (48898/99). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/main/tt798022/sort/page27]

374.2.7. Справа «Андрій Яковенко проти України»

«114. Суд повторює, що обов'язок держави за підпунктом «b» пункту 3 статті 6 Конвенції щодо забезпечення права обвинуваченого на захист у кримінальній справі включає в себе обов'язок щодо організації провадження у такий спосіб, щоб не перешкоджати його здатності зосереджуватися та застосовувати розумові здібності для захисту своєї точки зору. Якщо підсудних затримано, умови їхнього тримання під вартою, перевезення, харчування та інші подібні організаційні заходи є важливими чинниками, що мають у зв'язку з цим враховуватися.

(…)

122. Суд наголошує, що хоча право кожного обвинуваченого у вчиненні злочину на ефективну юридичну допомогу захисника, який у разі необхідності призначається офіційно, не є абсолютним, воно є однією з основних ознак справедливого судового розгляду. Як правило, доступ до захисника має надаватися з першого допиту підозрюваного працівниками міліції, за винятком випадків, коли за конкретних обставин відповідної справи продемонстровано, що існують вагомі підстави для обмеження такого права. Сам факт невиправданого обмеження доступу підозрюваного, якого тримають під вартою, до захисника може порушити право на захист, навіть якщо

у результаті не було отримано жодних визнавальних показів. У той же час ані буква, ані дух статті 6 Конвенції не заважають особі добровільно відмовитися – або вголос, або за мовчазною згодою – від права отримати гарантії на справедливий розгляд справи, якщо відмова від цього права здійснюється у недвозначний спосіб та супроводжується хоча б мінімальними запобіжними механізмами, співмірними з її значущістю.

123. Суд також зазначає, що при призначенні захисника національні державні органи мають зважати на побажання захисника. Проте вони можуть не брати до уваги ці побажання, коли існують відповідні та достатні підстави вважати, що того вимагають інтереси правосуддя. Саме лише призначення захисника у рамках надання правової допомоги не означає виконання вимог підпункту «с» пункту 3 статті 6 Конвенції, а національні державні органи повинні відповідно до підпункту «с» пункту 3 статті 6 Конвенції втрутитися, якщо нездійснення захисником, призначеним у рамках надання правової допомоги, ефективного представництва інтересів є явним або належним чином було доведено до їхнього відома у якийсь інший спосіб. В інших випадках, зважаючи на незалежність адвокатської діяльності від держави, здійснення захисту є по суті питанням підсудного та його захисника, незалежно від того, чи цей захисник був призначений у рамках надання правової допомоги, чи він фінансується у приватному порядку». [Андрій Яковенко проти України (63727/11). https://minjust.gov.ua/files/42425]

374.2.8. Справа «Іглін проти України»

«69. У великій кількості справ Суд уже зазначав, що державні органи можуть нести відповідальність за забезпечення надання обвинуваченим захисту в провадженні з оскарження. Фактори, що мають відношення до встановлення меж цього обов'язку, включають: (a) обсяг повноважень суду, що переглядає справу (чи розповсюджуються вони як на питання права, так і на питання фактів, чи має суд повноваження повністю переглянути справу та дослідити додаткові аргументи, які не були розглянуті під час провадження у суді першої інстанції); (b) тяжкість обвинувачень щодо заявника та (c) суворість покарання, яке може бути призначене заявникові». [Іглін проти України (39908/05). https://minjust.gov.ua/files/517]

374.2.9. Справа «Джон Мюррей проти Сполученого Королівства»

«66. (…) поняття справедливості, закріплене в статті 6 Конвенції, вимагає, щоб обвинувачений мав можливість скористатися перевагами правової допомоги вже на початкових етапах допитів у поліції. Відмова в доступі до адвоката упродовж перших 48 годин поліційних допитів у ситуації, коли правам захисту може бути завдано непоправної шкоди, – хоч би яким було виправдання для такої відмови, – є несумісною з правами обвинуваченого, які надає йому стаття 6 Конвенції». [Джон Мюррей проти Сполученого Королівства (18731/91). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–113045]

374.2.10. Справа «Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain»

«78. Пункт 1 статті 6 Конвенції разом із пунктом 3 Конвенції також зобов'язує Договірні держави вживати позитивні заходи, зокрема негайно інформувати обвинуваченого про характер та причини звинувачення проти нього, надати йому достатній час і можливості для підготовки його захисту, забезпечити йому право захищати себе особисто або з правовою допомогою, а також давати йому змогу допитати свідків, що свідчать проти нього та бути присутнім під час допиту свідків, що свідчать на його користь чи проти нього. Останнє право не лише тягне за собою рівне ставлення до обвинувачення та захисту у цьому питанні, але також означає, що слухання свідків має взагалі мати змагальний характер». [Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain (10590/83). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57429] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.11. Справа «Brandstetter v. Austria»

«46. (…) Право на справедливий судовий розгляд не вимагає, щоб національний суд, на прохання захисту, призначив додаткових експертів, коли висновок призначеного експертом суду свідчить на користь сторони обвинувачення.

(…)

52. (…) Суд, зокрема, стверджує, що підпункт c) пункту 3 статті Конвенції не передбачає необмеженого права використовувати будь-які аргументи захисту. Це буде деформацією концепції права на захист осіб, обвинувачених у кримінальному злочині, якщо припустити, що вони не можуть бути піддані судовому переслідуванню, коли під час здійснення цього права вони навмисно викликають хибні підозри щодо протиправної поведінки стосовно свідка або будь-якої іншої особи, залученої до кримінального провадження». [Brandstetter v. Austria (11170/84; 12876/87; 13468/87). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57683] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.12. Справа «Colozza v. Italy»

«27. Хоча в п. 1 ст. 6 Конвенції про це спеціально не згадується, із завдань і цілей ст. 6, взятої в цілому, видно, що особа, якій пред'явлено кримінальне обвинувачення, має право брати участь у розгляді справи. Більш того, підпункти c), d) і e) п. 3 гарантують кожному, хто обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення, право «захищати себе особисто», «допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали», «якщо він не розуміє мови, яка використовується в суді, або не розмовляє нею, – одержувати безоплатну допомогу перекладача», і важко уявити собі, як він може здійснювати ці права, не будучи присутнім.

(…)

30. (…) [при застосуванні заочного засудження] обвинуваченого не можна позбавити можливості довести, що він не прагнув ухилитися від правосуддя або що його відсутність була обумовлена непереборною силою». [Colozza v. Italy (9024/80). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57462] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.13. Справа «Constantinescu v. Romania»

«58. (…) хоча право обвинуваченого звернутися до суду з останнім словом, звичайно, має важливе значення, воно не може замінити його право бути вислуханим судом під час судового розгляду». [Constantinescu v. Romania (28871/95). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58737] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.14. Справа «Poitrimol v. France»

«31. Заочне засудження підсудного в принципі не сумісне з Конвенцією, за виключенням випадків коли засуджений має право домогтися того, щоб суд виніс рішення про фактичну і правову обґрунтованість обвинувачення заново, після того як вислухає його. Можна поставити запитання, чи існує ця умова [законності заочного засудження], коли зацікавлена особа відмовилася від свого права бути присутньою на засіданні або захищатися. Але навіть у цьому випадку для того, щоб подібна відмова була сумісна з Конвенцією, вона повинна бути визначена і забезпечена мінімумом гарантій, що відповідають тяжкості обвинувачення». [Poitrimol v. France (14032/88). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57858] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.15. Справа «Niderost-Huber v. Switzerland»

«24. (…) поняття справедливого судочинства також передбачає, в принципі, право учасників судового розгляду на ознайомлення з усіма доказами у справі та коментувати їх». [Niderost-Huber v. Switzerland (18990/91). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58199] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.16. Справа «Fitt v. The United Kingdom»

«45. (…) У деяких випадках може бути необхідним приховати від захисту певні докази з тим, щоб захистити основні права іншої особи або з метою охорони публічного інтересу. Проте, законними з точки зору п. 1 ст. 6 Конвенції є тільки ті заходи, що обмежують права захисту, які абсолютно необхідні. Крім того, якщо ми хочемо гарантувати обвинуваченому справедливий судовий розгляд, будь-які труднощі, що виникли у захисту в результаті обмеження його прав, повинні бути достатньою мірою компенсовані відповідними процедурами в подальшому судовому

процесі». [Fitt v. The United Kingdom (29777/96). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58833] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.17. Справа «Van Mechelen and others v. The Netherlands»

«55. Нарешті, слід нагадати, що засудження не повинно ґрунтуватися виключно або вирішальною мірою на анонімних свідченнях [свідків].

(…)

58. Беручи до уваги те значення, яке має в демократичному суспільстві право на справедливе відправлення правосуддя, будь-які заходи, що обмежують права захисту, повинні диктуватися суворою необхідністю. Якщо менше обмежувальна міра буде достатня, то саме вона повинна застосовуватися». [Van Mechelen and Others v. The Netherlands (21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58030] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.18. Справа «Pakelli v. Germany»

«31. Стаття 6 п. 3 (c) Конвенції гарантує обвинуваченому в скоєнні кримінального злочину, три права: захищати себе особисто; мати захисника, обраного особисто; і за певних умов мати призначеного йому захисника безкоштовно». [Pakelli v. Germany (8398/78). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57554] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.19. Справа «Kamasinski v. Austria»

«74. Право, зазначене в пункті 3 (e) статті 6 Конвенції, на безкоштовну допомогу перекладача, поширюється не лише на усні заяви під час слухання судового розгляду, а й на документальний матеріал та досудове провадження. Пункт 3 (e) означає, що особа, обвинувачена в кримінальному злочині, яка не може зрозуміти або говорити мовою, яка використовується в суді, має право на безкоштовну допомогу перекладача для перекладу або тлумачення всіх цих документів або виступів у провадженні, порушеному проти неї, яке їй необхідно зрозуміти або надати мовою суду для того, щоб користуватися перевагами справедливого судового розгляду.

Проте пункт 3 (e) статті 6 не вимагає письмового перекладу всіх тестів письмових доказів чи офіційних документів. Надана допомога повинна бути такою, щоб відповідач міг знати справу проти нього та захищати себе, зокрема, маючи можливість надати суду свою версію подій». [Kamasinski v. Austria (9783/82). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57614] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.20. Справа «Croissant v. Germany»

«28. (…) уникнення перерв або відкладення судового процесу відповідає інтересам правосуддя, які є актуальними в даному контексті, і цілком може обґрунтувати призначення [захисника] проти бажань обвинуваченого.

(…)

37. (…) Суд вважає прийнятним, згідно з Конвенцією, що тягар доведення відсутності достатніх коштів [для оплати юридичної допомоги захисника] покладається на особу, яка про це заявляє». [Croissant v. Germany (13611/88). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57736] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.21. Справа «Бенхем проти Сполученого Королівства (Benham v. The United Kingdom)»

«61. Суд погоджується з Комісією в тому, що в разі існування безпосередньої загрози позбавлення свободи, інтереси правосуддя, як правило, вимагають забезпечити [безоплатну] адвокатську підтримку». [Бенхем проти Сполученого Королівства (Benham v. The United Kingdom) (19380/92). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–105919]

374.2.22. Справа «Artico v. Italy»

33. (…) Суд нагадує, що Конвенція покликана гарантувати не теоретичні чи ілюзорні права, а права, які є практичними та ефективними; це особливо стосується прав на захист з огляду на

визнане місце, яке має в демократичному суспільстві, право на справедливий судовий розгляд, з якого вони випливають. Як правильно підкреслюють делегати Комісії, стаття 6–3-с Конвенції говорить про «допомогу», а не про «призначення». Саме лиш призначення не забезпечує ефективну допомогу, адже адвокат, призначений для юридичної допомоги, може померти, серйозно хворіти, тривалий час бути не здатний виконувати обов'язки. Якщо їм повідомлено про таку ситуацію, органи влади повинні або замінити його, або змусити його виконувати свої зобов'язання». [Artico v. Italy (6694/74). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57424] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.23. Справа «Engel and Others v. The Netherlands»

«91. (…) [стаття 6, п. 3d) Конвенції] не вимагає присутності і допиту всіх свідків з боку обвинуваченого. Її основною метою, як це випливає зі слів «на тих самих умовах», є забезпечення повної рівності сторін. Для цього стаття надає компетентним національним органам вирішити питання, – які свідчення необхідні у даній справі з метою справедливого судового розгляду, – основного змісту статті 6 Конвенції». [Engel and Others v. The Netherlands (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57479] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.24. Справа «Freixas v. Spain»

«Суд нагадує в першу чергу, що відповідно до незмінної судової практики ст. 6, п. 3 підп. с) не гарантує право вибору захисника, який буде призначений судом, а також не гарантує право консультуватися щодо вибору захисника, призначеного безкоштовно». [Freixas v. Spain (53590/99). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–22229] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.25. Справа «Daud v. Portugal»

«38… З принципу незалежності судової влади від держави випливає, що поведінка захисту, по суті, є справою між відповідачем та його захисником, незалежно від того, призначають адвоката за схемою правової допомоги або він оплачується в приватному порядку (…). Компетентні органи влади, згідно з пунктом 3 (с) статті 6 Конвенції, мають втрутитися лише у випадку, якщо неспроможність адвоката, призначеного безкоштовно, є явною або якщо їм про це повідомлять будь-яким іншим способом». [Daud v. Portugal (11/1997/795/997). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58154] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.26. Справа «Foucher v. France»

«36. Таким чином, Суд, як і Комісія, вважає важливим, щоб заявник мав доступ до його матеріалів справи та отримав копію документів, які вона містить, щоб оскаржити офіційний акт про його звинувачення. (…) Оскільки він не мав такого доступу, заявник не зміг підготувати адекватний захист і не мав можливості користуватися рівністю сторін, що суперечить вимогам пункту 1 статті 6 Конвенції разом із пунктом 3 статті 6 Конвенції». [Foucher v. France (22209/93). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58017] (Неофіційний авторський переклад).

374.2.27. Справа «Боротюк проти України»

«80. (…) Суд нагадує, що ані буква, ані дух статті 6 Конвенції не перешкоджають особі добровільно відмовитися – у відкритий чи мовчазний спосіб – від свого права на гарантії справедливого судового розгляду. Однак для того, щоб така відмова була дійсною для цілей Конвенції, вона має бути виражена у недвозначній формі і має супроводжуватися мінімальними гарантіями, співмірними з важливістю такої відмови». [Боротюк проти України (33579/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_704]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо порушення права на захист

374.3.1. Справа «Собко проти України»
Фактичні обставини:

3 жовтня 2008 року, заявник написав явку з повинною, в якій зізнався, що задушив малолітнього В., розгнівавшись на безлад у кімнаті. У протоколі про явку з повинною зазначалось, що заявника було ознайомлено зі змістом статті 63 Конституції. Того ж дня щодо заявника було порушено кримінальну справу за підозрою у вбивстві дитини. Заявник провів ніч у відділі міліції. 4 жовтня 2008 року, близько 1 год. ночі, заявника було офіційно затримано як підозрюваного. У протоколі затримання він написав, що відмовляється від послуг захисника та розкаюється у скоєному злочині. Того ж дня заявник написав ще одну явку з повинною такого ж змісту, що й попередня.

18 травня 2009 року апеляційний суд Черкаської області, діючи як суд першої інстанції, визнав заявника винним у скоєнні умисного вбивства дитини та призначив йому покарання у вигляді позбавлення волі строком на дванадцять років. Суд взяв до уваги, зокрема, протокол явки заявника з повинною від 3 жовтня 2008 року та визнавальні покази, які він дав 5 жовтня 2008 року і які підтримував по 10 лютого 2009 року. Проте суд не взяв до уваги його явку з повинною від 4 жовтня 2008 року, оскільки вона вже не могла розглядатись як «явка з повинною», а заявника слід було допитувати як підозрюваного у присутності адвоката. Крім того, суд обґрунтував своє рішення речовими доказами і висновками експертиз. Твердження заявника про вплив на нього з боку працівників міліції було відхилено як необґрунтовані. При призначенні заявнику покарання суд першої інстанції як пом'якшуючу обставину врахував факт явки заявника з повинною.

10 червня 2009 року заявник подав касаційну скаргу. Він скаржився, зокрема, на відсутність доступу до захисника під час першого допиту 3 жовтня 2008 року у відділі міліції. Він стверджував, що його примусили зізнатися у скоєнні злочину шляхом застосування до нього «фізичного насильства та психологічного тиску». 15 вересня 2009 року у засіданні за участю прокурора, але за відсутності заявника або його захисника, Верховний Суд України залишив вирок суду першої інстанції без змін. Суд дійшов висновку, що право заявника на захист не було порушено, оскільки протокол про явку з повинною від 4 жовтня 2008 року було вилучено з доказової бази.

Рішення ЄСПЛ:

«54. Повертаючись до цієї справи, Суд зазначає, що 3 жовтня 2008 року працівники міліції допитували заявника кілька разів. Першого разу заявника було допитано, разом з його дружиною, як свідка загибелі його пасинка. Сторони не оспорювали те, що будинок, в якому стався стверджуваний нещасний випадок, був зачинений, що ключі від нього знаходились у заявника, та що він був останньою особою, яка бачила хлопчика живим. Суд зауважує, що працівники міліції вирішили повторно допитати заявника того ж дня на підставі інформації, отриманої від судово-медичного експерта про те, що смерть хлопчика настала внаслідок задушення третьою особою. Будучи повторно допитаним у його будинку, заявник продовжував дотримуватися версії «нещасного випадку». Тоді його доправили до відділу міліції, де йому було запропоновано «розповісти правду», і де він написав явку з повинною.

55. Абстрагуючись від зовнішніх ознак та офіційних кваліфікацій процесуальних статусів заявника на національному рівні, Суд вважає, що принаймні з вечора 3 жовтня 2008 року із заявником de facto поводились як із підозрюваним в умисному вбивстві, а отже він мав право на доступ до захисника.

56. Незважаючи на те, що доказів отримання первинних визнавальних показів заявника під тиском немає, Суд вважає, що сам факт доправлення його до відділу міліції та допиту там без надання правової допомоги захисника свідчить про його вразливість. Це питання набуває ще більшої ваги з огляду на низький рівень його розумового розвитку, який, як було встановлено під час судово-психіатричної експертизи, межував з легкою дебільністю. Відповідно Суд має сумнів щодо того, що заявник міг повною мірою розуміти наслідки зізнання у вчиненні вбивства свого малолітнього пасинка.

57. Суд фактично не вбачає жодної вагомої причини для обмеження права заявника на захисника під час його першого допиту в якості підозрюваного як 3 жовтня 2008 року, так і під час наступного його допиту 4 жовтня 2008 року. Лише 5 жовтня 2008 року заявникові було призначено захисника.

58. Суд не залишає поза увагою той факт, що заявник не відмовлявся від своїх визнавальних показів впродовж чотирьох місяців, коли у нього вже був захисник. Проте Суд вважає, що його первинні визнавальні покази вочевидь вплинули на стратегію слідства та створили межі, в яких мала будуватись подальша стратегія захисту заявника. Відповідно незалежно від того, чи вирішив заявник відмовитись від визнавальних показів, чи підтримувати їх, початкове порушення його права на захист не могло бути виправлено самим лише фактом подальшого надання йому правової допомоги.

59. Суд зауважує, що суд першої інстанції вилучив з доказової бази протокол про явку з повинною від 4 жовтня 2008 року на тій підставі, що було порушено право заявника на правову допомогу. У той же час Суд зазначає, що при винесенні рішень національні суди, тим не менш, брали до уваги його первинні визнавальні покази від 3 жовтня 2008 року, надані за відсутності захисника. З цього випливає, що зазначені визнавальні покази було використано для засудження заявника, навіть якщо вони були не єдиним доказом та підтверджувались іншими доказами у матеріалах справи.

60. Суд першої інстанції насправді послався на первинні визнавальні покази заявника як такі, що свідчать про його каяття і є підставою пом'якшення вироку. Таким чином, заявникові було призначено покарання у виді позбавлення волі строком на дванадцять років, а можливим покаранням за вбивство малолітньої дитини було позбавлення волі строком від десяти до п'ятнадцяти років або довічне позбавлення волі. Отже, може видаватися, що визнавальні покази заявника мали для його засудження сприятливі наслідки. Проте Суд зазначає, що на цій стадії він, за порадою свого захисника, вирішив взагалі заперечити свою вину, не кажучи вже про каяття. Іншими словами, заявник обрав вилучення протоколу про явку з повинною, який було складено за відсутності захисника, з доказової бази, навіть не дивлячись на ризик отримати суворіше покарання.

61. У підсумку Суд доходить висновку, що право заявника на правову допомогу захисника було обмежено на початковому етапі кримінального розслідування, що не існувало вагомих підстав для такого обмеження, та що його визнавальні покази, надані під час допиту працівниками міліції за відсутності захисника, були використані для його засудження.

62. З цього випливає, що у зв'язку з вищезгаданим було порушення пункту 1 статті 6 Конвенції у поєднанні з підпунктом «с» пункту 3 статті 6 Конвенції». [Собко проти України (15102/10). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_b24)

374.3.2. Справа «Олександр Володимирович Смірнов проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«70. (…) Суд зазначає, що відповідно до офіційних документів заявника було заарештовано за підозрою у вчиненні злочину 23 грудня 2002 року. Однак, як випливає з його тверджень, на той час він уже був під вартою в міліції протягом майже трьох тижнів (з 5 грудня 2002 року), і його de facto допитували і поводились з ним як із підозрюваним. Суд зазначає, що ці твердження відповідають матеріалам справи. Зокрема слід зазначити, що обласний суд обчислював строк позбавлення волі заявника, починаючи з 5 грудня 2002 року, непрямо вказавши таким чином, що він вже був під вартою станом на цю дату. Є також протоколи допитів заявника 14 і 15 грудня 2002 року щодо його участі у революційному русі, а також протокол його очної ставки з іншою особою, пов'язаною із цим рухом, від 17 грудня 2002 року (…) Слід зазначити, що немає жодних доказів того, що заявник зазнав жорстокого поводження з боку міліції, і що de jure на той момент він був допитаний тільки в якості свідка. Водночас відповідно до пояснень, наданих співробітниками міліції м. Каховки, опитаних у зв'язку зі скаргами заявника на жорстоке поводження, 14 і 15 грудня 2002 року він дійсно перебував у них під вартою як затриманий у ході розслідування (…)

71. Виходячи із цих документів та ненадання будь-яких доказів протилежного Урядом, Суд приймає твердження заявника про те, що його дійсно було взято під варту 5 грудня 2002 року і з того дня і надалі з ним поводилися як із підозрюваним у вчиненні злочину. Звідси випливає, що він мав бути проінформований про своє право на захист, та йому мали забезпечити доступ до адвоката не пізніше ніж з часу його першого допиту після арешту. Згідно із фактами справи органи влади без будь-яких вагомих причин не надали заявнику можливості отримати доступ до адвоката у період з 5 по 23 грудня 2002 року. З цього випливає, що свідчення, надані заявником, було отримано з порушенням права заявника на захист.

72. Суд далі зазначає, що 23 грудня 2002 року після офіційного документування арешту заявника його було поінформовано про право на захист, і він висловив бажання мати адвоката. Проте 24 грудня 2002 року заявника знову було допитано без адвоката. Заявник дійсно дав письмову згоду на допит без адвоката. Однак слід зазначити, що він зробив це через декілька хвилин після того, як висловив бажання мати адвоката, та до того, як йому надали доступ до адвоката … Він також не пояснив, чому так швидко змінив свою думку. За цих обставин Суд не може погодитися з тим, що заявник, який на той час перебував під вартою в міліції і не консультувався з адвокатом, однозначно відмовився від свого права на захист щодо допиту 24 грудня 2002 року, як того вимагає стаття 6 Конвенції. Звідси випливає, що інформацію, надану ним під час допиту, про який йдеться, також було отримано в порушення його права на захист.

73. Далі Суд зазначає, що заявнику згодом було призначено захисника, і він відмовився від своїх первинних показів. Проте недоліки в забезпеченні його права на захист на початкових стадіях розслідування надалі виправлено не було. Зокрема, обласний суд явно посилався на зізнання заявника, надані ним 23 і 24 грудня 2002 року, в якості підстави для його засудження, не взявши до уваги твердження заявника щодо порушення його процесуальних прав… Верховний Суд України також залишив відповідні скарги заявника, наведені у його заяві, без задоволення. За цих обставин Суд вважає, що право заявника на захист було невиправно порушено.

74. Відтак мало місце порушення пункту 1 та підпункту «с» пункту 3 статті 6 Конвенції. У світлі цих висновків немає необхідності розглядати скарги заявника, що стосуються інших аспектів порушення його права на захист». [Олександр Володимирович Смірнов проти України (69250/11). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a09]

374.3.3. Справа «Огороднік проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«105. (…) Суд зазначає, що, як це випливає з наявних доказів, у липні 2008 року працівники міліції володіли інформацією про причетність заявника до низки розбійних нападів та крадіжок. Саме з метою перевірки цієї інформації вони затримали заявника разом з двома іншими особами 16 липня 2008 року. Проте тримання заявника під вартою з 16 по 25 липня 2008 року було задокументовано як стягнення за адміністративне правопорушення у вигляді непокори законним розпорядженням та вимогам працівників міліції.

106. Суд зазначає, що протягом цього періоду заявник de facto вважався підозрюваним у кримінальній справі. Упродовж зазначеного періоду він майже щодня давав визнавальні покази щодо вчинення розбійних нападів та крадіжок, а також неодноразово підписував відмову від правової допомоги. Зосереджуючи увагу на реаліях ситуації, а не на її зовнішньому вигляді та використаній термінології, Суд вважає, що адміністративний арешт заявника був насправді частиною тримання його під вартою як підозрюваного у кримінальній справі.

(…)

109. (…) розгляд Верховним Судом України скарги заявника на порушення його процесуальних прав був формалістичним.

110. Тому Суд вважає, що права заявника не свідчити проти себе та на правову допомогу було неналежним чином обмежено під час досудового слідства і що це обмеження не було виправлено під час судового розгляду.

111. Для Суду цього достатньо, щоб дійти висновку, що було порушення пункту 1 та підпункту «c» пункту 3 статті 6 Конвенції». [Огороднік проти України (29644/10). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_a68]

374.3.4. Справа «Smolik v. Ukraine»

Фактичні обставини:

У другій половині дня 12 травня 2004 року неповнолітня К. була знайдена в її квартирі мертвою, з кількома ножовими ранами. Того ж дня місцева прокуратура порушила кримінальну справу у зв'язку з убивством, а міліція відвідала будинок заявника. У присутності матері заявник зізнався у вбивстві потерпілої та був доставлений до відділку міліції. О 19:50 в той самий день заявник був обстежений медичним експертом, який повідомив про подряпини на руці, спині, талії та плечах заявника. Заявник залишився під вартою в поліції без складання протоколу про затримання в порядку ст. 106 Кримінально-процесуального кодексу України.

9:30 ранку 13 травня 2004 року заявникові було надано доступ до обраного ним адвоката. Йому було роз'яснено його процесуальні права, включаючи право не давати жодних свідчень, отримувати інформацію про обвинувачення проти нього, зустрітися з адвокатом до того, як він буде допитуватися, шукати докази, вимагати відсторонення слідчого, брати участь у слідчих діях та подавати скарги. Між 11:05 і 15:45 в той самий день слідчий з прокуратури допитав заявника в присутності адвоката та вчителя. Під час допиту заявник заявив, що проник у квартиру потерпілої, використовуючи ключ, який він та його однокласник викрали у К. заздалегідь. План заявника полягав лише в тому, щоб викрасти гроші, але коли К. повернулась до квартири несподівано, між ними зав'язалася боротьба, він схопив ножа і кілька разів ударив потерпілу; він потім взяв гроші і залишив квартиру.

16 травня 2004 року місцевий суд обрав як запобіжний захід тримання заявника під вартою та, зокрема, зауважив, що заявник був затриманий як підозрюваний о 17 год 50 хв 13 травня 2004 р. На судовому засіданні заявника представляв адвокат.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«54. У цій справі вперше заявник мав будь-яке спілкування з поліцією стосовно інциденту у його будинку в присутності його матері. Видається, що поліція пішла на співбесіду з заявником, як це робили стосовно інших осіб, пов'язаних із жертвою, намагаючись зібрати будь-яку інформацію, яка може бути корисна для розслідування. Немає підстав стверджувати, що коли вона відвідувала будинок заявника, поліція вже вирішила, що заявник був підозрюваним. У той же час з'ясовується, що заявник зізнався добровільно на власний розсуд, і тільки після того, як він зізнався, поліція повинна була вважати його підозрюваним. Більше того, заяви, зроблені заявником під час першого опитування, судами не використовувались для його засудження, і немає ніяких ознак того, що його права на захист були необґрунтовано порушені через цю співбесіду іншим способом.

55. Відповідно, той факт, що заявник зізнався поліції негайно під час першої співбесіди, не свідчить про те, що права заявника відповідно до статті 6 були порушені.

56. (…) немає жодних доказів того, що заявника було допитано під час розгляду справи, або що будь-яка інша слідча дія була проведена за його участю. (…) Крім того, згідно зі статтею 45 Кримінально-процесуального кодексу [України] присутність захисника для неповнолітніх підозрюваних була обов'язковою. Більше того, матеріали справи не свідчать про те, що затримка доступу заявника до обраного ним адвоката було викликано органами влади. (…)

57. Отже, випливає, що відсутність адвоката до ранку 13 травня 2004 року не вплинула на права заявника відповідно до статті 6 Конвенції та справедливість процесу проти нього.

59. З цього випливає, що ця частина заяви є явно необґрунтованою і повинна бути відхилена як неприйнятна відповідно до пунктів 3 (a) статті 35 та 4 Конвенції». [Smolik v. Ukraine (11778/05). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–108645]

374.3.5. Справа «Гріненко проти України»:

Фактичні обставини:

«20 листопада 2004 року міліція за підозрою в організації вбивства В. затримала заявника в його квартирі в Харкові, відвезла його до відділку міліції в Харкові, а потім перевезла його до

Києва (приблизно 450 кілометрів). Вранці 21 листопада 2004 року батько заявника найняв адвоката з Харкова, Н. Б., який повинен був представляти заявника. 14 та 28 січня 2005 року заявника було допитано за відсутності адвоката Н. Б., але в присутності призначеного адвоката. Згідно з протоколом, наданим Урядом, під час допиту 14 січня 2005 року заявник повідомив слідчому, що його визнання від 21 листопада 2004 року було отриманні шляхом жорстокого поводження.

Рішення ЄСПЛ:

«97. Нарешті, незважаючи на те, що заявник вказав двох адвокатів як своїх представників, слідчий неодноразово допитував заявника виключно в присутності призначеного адвоката. Немає ніяких ознак того, що адвокат, найнятий батьком заявника, був належним чином повідомлений про ці слідчі дії.

98. Наведені вище міркування є достатніми для того, щоб Суд дійшов висновку, що мало місце порушення статті 6 §1 і 3 (c) Конвенції». [Гріненко проти України (Справа №33627/06). https://precedent.in.ua/2015/11/18/grynenko-protyv-ukrayny]

374.3.6. Справа «Cebotari v. Moldova»

Фактичні обставини:

Заявник скаржився, відповідно до статті 34 Конвенції, що неможливість конфіденційних зустрічей з адвокатом вплинула на його право на подачу скарги до ЄСПЛ. Йому не було дозволено зустрічатися з адвокатом наодинці, крім того, їх розділяла скляна перегородка без отворів, що заважало нормальному обговорення і роботі з документами. У результаті їм доводилося кричати, щоб почути один одного, і вони не могли передавати один одному документи без участі слідчого або прокурора. Тому заявник не міг самостійно підписати заяву і довіреність, і це була змушена зробити його дружина. На фотографіях, представлених Урядом, видно, що в кімнаті для зустрічей адвокатів з їх клієнтами в слідчому ізоляторі місця для затриманих відділені від решти частини кімнати дверима і вікном. Вікно складається з двох з'єднаних разом скляних пластин. В обох пластинах просвердлені невеликі отвори, однак ці отвори не збігаються між собою, щоб через вікно нічого не можна було передати. Крім того, між скляними пластинами знаходиться щільна зелена сітка з тонкого дроту або з пластика, яка закриває частину вікна з отворами.

З 1 по 3 грудня 2004 року Асоціація адвокатів Молдови провела страйк, відмовившись відвідувати будь-які справи щодо осіб, які утримуються в слідчому ізоляторі, поки адміністрація не погодиться надати адвокатам приміщення для конфіденційних зустрічей з їх клієнтами. Вимоги Асоціації адвокатів були відхилені.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«58. Суд зазначає, що одним із ключових елементів ефективного представлення адвокатом інтересів клієнта є захист конфіденційності інформації, якою вони обмінюються. Цей принцип сприяє відкритому і чесному спілкуванню між клієнтами і адвокатами. Суд нагадує, що право на конфіденційне спілкування з адвокатом захищається Конвенцією як важлива гарантія права на захист.

59. Дійсно, якщо адвокат не може спілкуватися зі своїм клієнтом і отримувати від нього конфіденційні інструкції без нагляду, його допомога втрачає велику частину своєї корисності, тоді як Конвенція покликана гарантувати права, які є практичними й ефективними.

60. Суд вважає, що порушення права на конфіденційне спілкування з адвокатом, і отже, права на подачу скарги, гарантованого статтею 34 Конвенції, не обов'язково вимагає фактичного перехоплення або прослуховування. На думку Суду, обґрунтованого й реального побоювання, що бесіда прослуховується, може бути досить для обмеження ефективності допомоги, що надається адвокатом. Таке побоювання неминуче перешкоджає вільній бесіді між адвокатом і клієнтом, що призводить до порушення права клієнта на ефективний захист.

(…)

63. Відповідно, Суд приходить до висновку, що заявник і його адвокат мали вагомі підстави побоюватися, що їх бесіди в кімнаті для зустрічей з адвокатами не були конфіденційними.

64. Крім того, Суд зазначає, що, незважаючи на твердження Уряду, що заявник і його адвокат могли легко обмінюватися документами, на фотографії, наданої Урядом, видно, що це не так, оскільки в скляній перегородці були відсутні відповідні отвори. Це, на думку Суду, ще більше ускладнювало завдання адвоката.

66. У даному випадку, реалізація права заявника на ефективний захист у суді була серйозно ускладнена, оскільки він не мав можливості підписати заяву або доручення.

67. На думку Суду, міркування безпеки, на які посилається Уряд, не є переконливими, оскількивізуальне спостереження за зустрічами адвоката і клієнта було б достатнім для цих цілей.

68. Зважаючи на вищенаведене, Суд вважає, що неможливість для заявника обговорити зі своїм адвокатом питання, що стосуються даної заяви до Суду, не будучи розділеними скляною перегородкою, перешкоджало реалізації його права на подачу скарги. Отже, мало місце порушення статті 34 Конвенції». [Cebotari v. Moldova (35615/06). ECHR 2007-XI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–83247]

374.3.7. Справа «Нечипорук і Йонкало проти України»

Фактичні обставини:

20 травня 2004 року приблизно о 13 годині працівники міліції затримали заявника на вулиці та допровадили його до Південно-Західного відділу міліції. Згідно з письмовим поясненням, яке дав начальникові Південно-Західного відділу міліції один із працівників міліції, які здійснювали затримання, приводом для затримання заявника стала його підозріла поведінка. У відділі міліції заявника було піддано особистому обшуку, під час якого в його кишені було виявлено пакет із «зеленою речовиною рослинного походження». За твердженням заявника цей пакет підкинули йому працівники міліції. Того самого дня о 22 год. 45 хв. у приміщенні відділу міліції до заявника було застосовано адміністративне затримання за підозрою в незаконному зберіганні наркотичних засобів. Як зазначено у відповідному протоколі, заявника було затримано за підозрою у вчиненні ним правопорушення, передбаченого статтею 44 КпАП. Уночі з 20 на 21 травня 2004 року його було допроваджено з камери до одного із службових кабінетів Південно-Західного відділу міліції, де працівники міліції Р. О. і М. Д., погрожуючи застосуванням насильства, примусили його зізнатися в тому, що він убив пані І.

21 травня 2004 року заявник був допитаний слідчим прокуратури м. Хмельницького про обставини вбивства пані І. 23 травня 2004 року щодо заявника було порушено кримінальну справу за підозрою у вчиненні розбійного нападу з метою заволодіння майном та у вчиненні вбивства з корисливих мотивів. У зв'язку з порушеною кримінальною справою заявника було затримано. Слідчий задокументував затримання о 12 годині дня, заповнивши стандартний бланк протоколу затримання підозрюваного.

Рішення ЄСПЛ:

«264. Хоча у справі, що розглядається, невідомо, коли саме допустили захисника заявника до участі в його справі, з фактів справи видно, що це відбулося не раніше 23 травня 2004 року, і сторони цього не заперечують. Суд наголошує на тому, що формально застосувавши до заявника адміністративне затримання, а фактично поводячись із ним як із підозрюваним у вчиненні злочину, міліція позбавила його доступу до захисника, участь якого була б обов'язковою за законодавством України, якби заявник обвинувачувався у вбивстві, вчиненому групою осіб та/або з корисливих мотивів, тобто злочині, у зв'язку з яким його фактично допитували.

265. Суд зазначає, що заявник декілька разів зізнавався у вчиненні розбійного нападу і вбивства під час перших допитів, коли не мав допомоги захисника, і безсумнівно зазнав обмеження в доступі до захисника в тому, що його зізнання, надані працівникам міліції, були використані для його засудження. Хоча заявник повторив свої зізнання у присутності захисника, Суд вважає, що обмеження його права на захист на самому початку не було усунуто під час судового розгляду, оскільки не було адекватної реакції судів на скаргу заявника щодо поганого поводження.

266. Крім того, як визнали національні органи, після залучення захисника до участі у справі заявника останній не мав безперешкодного доступу до нього.

267. Отже, Суд доходить висновку, що було порушено пункт 3(c) статті 6 Конвенції». [Нечипорук і Йонкало проти України (42310/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_683]

374.3.8. Справа «Жуковський проти України»

Фактичні обставини:

29 липня 2003 року Черкаський суд визнав заявника винним у вчиненні вбивства та засудив його на чотирнадцять років позбавлення волі. Суд обґрунтував свої висновки матеріалами кримінальної справи, отриманими від відповідних російських органів, і матеріалами, отриманими під час допитів свідків судом у Росії в лютому та березні 2003 року.

Заявник подав касаційну скаргу, крім іншого, посилаючись на те, що докази, отримані в Російській Федерації, були недопустимі, оскільки він і його захисники не брали участі в допитах.

18 листопада 2003 року Верховний Суд України залишив вирок Черкаського суду без зміни. В ухвалі Верховний Суд України зазначив, що заявник і його захисники знали про складнощі, з якими було пов'язано забезпечення явки свідків з Росії, і погодилися з пропозицією надіслати доручення суду Російської Федерації провести допити свідків у цій країні та підтримали її, але вони не виявили заінтересованості щодо присутності на допитах, хоча мали на це право. Через відсутність будь-яких дій з боку заявника та його захисника щодо цього питання суд не встановив будь-якого порушення права на захист заявника.

Рішення ЄСПЛ:

«44. Суд зазначає, що важливість повторного заслуховування свідків у цій справі визнавалася національними судами у багатьох випадках і не заперечувалася в цьому Суді. Питання, яке стоїть перед цим Судом, полягає в тому, чи відповідали вимогам пункту 1 і підпункту «d» пункту 3 статті 6 Конвенції заходи, вжиті національними органами в цій справі для отримання показань свідків.

45. Суд зазначає, що національні органи вивчали різні способи отримання показань та обрали допит свідків у Російській Федерації за допомогою механізму міжнародної правової допомоги. Таке рішення, щодо якого не заперечувала сторона захисту, можна вважати розумним. Проте за обставин справи воно призвело до ситуації, за якої заявника засудили за особливо тяжкий злочин здебільшого на основі показань свідків, жоден з яких не був присутній під час судового розгляду кримінальної справи в Україні. Національні суди не заслуховували безпосередньо показань цих свідків, а у заявника не було можливості для їх перехресного допиту. Суд не переконаний у тому, що матеріали досудового слідства, в якому частково брав участь заявник, а також відеозаписи допитів могли компенсувати таку повну відсутність можливості для судів і для заявника безпосередньо допитати свідків. Окрім того, будучи обізнаним про труднощі у забезпеченні права заявника допитати свідків у цій справі, Суд вважає, що доступні сучасні технології могли б забезпечити більш інтерактивний спосіб допиту свідків з-за кордону, наприклад, з допомогою відеозв'язку.

46. Суд також зазначає, що, хоча заявник і його захисник не вжили жодних доступних їм кроків для того, щоб бути більш активно залученими у допити (це вони не заперечували), та не пояснили причини, чому вони так бездіяли, національні органи, зі свого боку, повинні були хоча б повідомити їх заздалегідь про дату та місце проведення допитів і про сформульовані ними питання. Така інформація могла б надати заявнику та його захиснику розумну можливість подати клопотання щодо з'ясування деяких питань або доповнення окремих питань, які б їм видавалися важливими. У світлі цих висновків Суд відхиляє заперечення Уряду щодо прийнятності цієї частини заяви.

47. Цих міркувань достатньо для висновку Суду про те, що право заявника на допит свідків було необґрунтовано обмежено, тоді як вирок щодо нього вирішальною мірою було обґрунтовано показаннями зазначених свідків.

Відповідно було порушення пункту 1 і підпункту «d» пункту 3 статті 6 Конвенції». [Жуковський проти України (31240/03). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_714]

374.3.9. Справа «Капустяк проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«90. Суд зазначає, що заявник клопотав про допит низки свідків, явно намагаючись підтвердити свої твердження, що він зазнав жорстокого поводження працівників міліції з метою отри-

мання його зізнавальних показань. Хоча показання свідків, про виклик яких клопотав заявник, могли прояснити питання можливого жорстокого з ним поводження, ці показання були б доречними для розгляду справи заявника по суті, якби він надав зізнавальні показання в міліції і національні суди посилалися б на них під час винесення обвинувального вироку, або якщо ці показання свідків мали б інше важливе значення для його засудження. Проте, враховуючи вищезазначене Суд доходить висновку, що у цій справі мали місце інші обставини.

91. Суд із самого початку зазначає, що протягом усього провадження жодний з підсудних не заперечував свою причетність до розбійного нападу на житло, усі вони визнали себе винними за обвинуваченням у цьому розбійному нападі. Розбіжності між підсудними та обвинуваченням, а також із заявником стосувалися виключно ролі, яку він відігравав в насильницьких діях, які призвели до смерті пана Н. З самого першого допиту у міліції заявник послідовно заперечував свою причетність до цих дій. Інші підсудні навпаки свідчили про те, що саме заявник вдарив ножем пана Н.

92. Єдиним елементом показань заявника, які він надав під час досудового слідства, що торкався питання, хто саме вдарив пана Н. ножем, було визнання ним 6 грудня 2008 року, яке він згодом повторив на суді, того факту, що він використав ніж, щоб вирізати з рам належні потерпілим картини з метою їхнього викрадення. При цьому, визнаючи зазначений факт, заявник завжди наполягав на тому, що він не бив пана Н. ножем, а насправді відігравав у нападі на пана Н. значно меншу від інших підсудних роль. Заявник ніколи не відмовлявся від цього, зробленого ним на самому початку, зізнання та повторив його під час судового розгляду. Його зізнання не розходилося з його позицією впродовж усього провадження.

93. Отже, Суд доходить висновку, що заявник не надав міліції зізнавальних показань щодо своєї причетності в нанесенні панові Н. ножового поранення. Більше того, як видається, визнання заявника винним ґрунтувалося на достатній доказовій базі без урахування власних тверджень заявника, та, перш за все, на показаннях інших підсудних; на тому факті, що показання інших підсудних узгоджувалися з показаннями потерпілої, яка вижила, а не з версією заявника, а також з висновком ДНК експертизи, в якому зазначалося, що на одязі заявника були виявлені сліди крові, що можливо належала пані Н..

94. За цих обставин, Суд встановлює, що будь-які можливі показання свідків, про виклик яких клопотав заявник, не могли вплинути на результат цього судового розгляду.

95. Отже, Суд вважає, що заявник не довів того, що національний суд не допитав будь-кого зі свідків, чиї показання могли б вплинути на справедливість провадження його справи в цілому.

96. Таким чином, не було порушення пункту 1 та підпункту «d» пункту 3 статті 6 Конвенції». [Капустяк проти України (26230/11). https://minjust.gov.ua/files/54708]

374.3.10. Справа «Бортнік проти України»

Фактичні обставини:

7 вересня 2002 року пізно ввечері сусідка заявника пані П. була жорстоко побита у своєму будинку, отримала низку ножових поранень, струс мозку та переломи кісток. Через три дні вона померла в лікарні. 30 вересня 2002 року слідчим було порушено кримінальну справу за фактом заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, що спричинили смерть. Того ж дня заявника було допитано. Він стверджував, що він був знайомий з пані П., оскільки вона була його сусідкою. Вона проживала одна та ні з ким не спілкувалась.

1 жовтня 2002 року заявника було затримано. В протоколі його затримання без подальших пояснень було зазначено, що його було затримано за підозрою у заподіянні пані П. тяжких тілесних ушкоджень. Далі заявника було допитано як підозрюваного. Він стверджував, що ввечері 27 вересня 2002 року хотів придбати алкогольний напій домашнього виробництва або позичити у пані П. певну суму грошей. Оскільки остання відмовилась, він вдарив її своєю дерев'яною палицею, за допомогою якої пересувався. Пані П. сказала йому, що викличе міліцію. Заявник вирішив, що якщо вона це зробить, він матиме судимість. Він узяв ніж та декілька разів вдарив пані П. «щоб залякати її та помститись». У своїх письмових свідченнях заявник також зазначив: «від послуг захисника відмовляюсь, це не пов'язано з моїм матеріальним становищем».

11 квітня 2003 року дії заявника було перекваліфіковано на умисне вбивство з корисливих мотивів, оскільки характер ушкоджень потерпілої підтвердив умисел нападника вбити її. Можливим покаранням за такий злочин було довічне позбавлення волі. 12 травня 2003 року заявника було допитано в присутності його захисника. Він стверджував про свою невинуватість. 25 листопада 2003 року апеляційний суд Донецької області визнав заявника винним у вчиненні умисного вбивства та розбою та призначив покарання у вигляді позбавлення волі строком на тринадцять років із примусовим лікуванням від алкоголізму.

Заявник оскаржив цей вирок. Він скаржився, що його дії були неправильно кваліфіковані на стадії досудового слідства, що порушило його право на захист. 18 березня 2004 року Верховний Суд України в присутності прокурора залишив вирок заявника без змін.

Рішення ЄСПЛ:

«41. Перш за все Суд зазначає, що у справі, яка розглядається, Уряд визнав, що заявник побоювався можливого поганого поводження і тому визнав себе винним. Відповідно він не вбачав жодної потреби мати захисника на цій стадії.

42. Хоча заявник стверджував, що він «буде захищати свої права сам», він погоджувався з усіма діями та висновками слідчих органів та не оскаржував їх. Проте, кожен раз, коли заявник опинявся за межами юрисдикції органів слідства, він відразу ж стверджував, що він невинуватий. Так, в суді заявник негайно вимагав залучення захисника та стверджував, що він невинуватий. Після цього він не змінював своєї позиції.

43. Необхідно також зазначити, що заявник має фізичну ваду, страждав на хронічний алкоголізм та належав до соціально незахищеної групи, що могло призвести до висновку, що він був особливо уразливим, юридично неосвіченим та схильним до зовнішнього впливу.

44. За цих обставин Суд вважає, що відмова заявника від юридичного представництва на початковій стадії не була дійсною.

45. Далі Суд зазначає, що спочатку дії заявника були кваліфіковані як нанесення тяжких тілесних ушкоджень, пізніше перекваліфіковані як вбивство, оскільки характер тілесних ушкоджень потерпілої вказували на намір нападника вбити її (…), і заявника було засуджено за вчинення умисного вбивства. Характер тілесних ушкоджень жертви не був новою обставиною, невідомою раніше, що могла б пояснити попередню кваліфікацію дій як менш тяжкого злочину, в контексті якого юридичне представництво не було необхідним. За цих обставин заявник не скористався юридичною допомогою під час вирішальної початкової частини провадження.

46. Таким чином, засудження заявника за вчинення вбивства ґрунтувалось головним чином на показаннях, наданих за відсутності його захисника під час досудового слідства. Заявник визнавав себе винним лише в присутності слідчого та під час відтворення обстановки і обставин подій, де не було його захисника. Будь-які інші можливі докази винуватості заявника мали непрямий характер.

47. Суд вже постановляв у подібних ситуаціях, що, хоча заявник мав можливість оскаржити докази щодо нього в суді першої інстанції та пізніше в його скаргах, відсутність захисника під час перебування заявника під вартою в органах внутрішніх справ, могла непоправно вплинути на його право на захист.

48. Вищевказаних міркувань достатньо, щоб Суд дійшов висновку, що у цій справі мало місце порушення підпункту (c) пункту 3 статті 6 Конвенції». [Бортнік проти України (39582/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/main/tt798022/sort/page10]

374.3.11. Справа «Леонід Лазаренко проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«53. Суд зазначає, що на час затримання заявника українське законодавство передбачало обов'язкову участь захисника уже на стадії дізнання, а саме з моменту затримання, якщо, зокрема, довічне позбавлення волі було можливим покаранням за злочин(и), у вчиненні яких підозрювалась особа. Враховуючи той факт, що зрештою заявникові було призначено покарання у виді довічно-

го позбавлення волі, Суд розглядатиме, чи була ця підстава застосовною у справі заявника, і якщо так, то з якого моменту.

54. Суд вказує, що заявника було затримано та допитано як підозрюваного у вчиненні умисного вбивства без обтяжуючих обставин, яке каралося позбавленням волі на визначений строк. З огляду на обставини цієї справи, зокрема, на виявлення трупа потерпілого та його викраденого автомобіля до затримання заявника Суд вважає, що на момент затримання слідчий мав усі підстави підозрювати заявника у вчиненні умисного вбивства з корисливих мотивів, покарання за яке передбачалося у виді або позбавлення волі на визначений строк, або довічного позбавлення волі, що, відповідно, вимагало обов'язкової участі захисника. Відповідно, Суд не виключає, що, як стверджував заявник, первісно висунуті щодо нього обвинувачення були спеціально пом'якшені на тій стадії провадження для того, щоб обійти вказану юридичну гарантію. Суд також враховує специфіку вказаної підстави для обов'язкової участі захисника, на яку заявник навряд чи посилався би, оскільки призначення більш суворого виду покарання було б явно несумісним з його інтересами. Ця обставина демонструє вразливість становища заявника та його справжню потребу в юридичній допомозі, у якій фактично було відмовлено з огляду на спосіб, у який слідчий використав свої дискреційні повноваження стосовно кваліфікації розслідуваного злочину.

55. Щодо питання, коли заявник повинен був отримати можливість скористатися послугами захисника відповідно до національного законодавства, Суд зазначає, що згідно з Кримінально-процесуальним кодексом України [1960 року] «дізнання» є поняттям з широким значенням, яке включає «вжиття необхідних оперативно-розшукових заходів з метою виявлення ознак злочину і осіб, що його вчинили». Крім того, відповідно до статті 45 Кримінально-процесуального кодексу [1960 року] така участь захисника мала б бути забезпечена заявнику негайно після його затримання та в будь-якому випадку – до його першого допиту працівниками міліції.

56. Суд також зазначає, що наявні у нього матеріали справи містять відмову заявника від участі захисника, датовану 5 січня 2002 року. Суд підкреслює, що, враховуючи кваліфікацію слідчим інкримінованого заявникові злочину на тій первісній стадії слідства, заявник відмовився від захисника, не усвідомлюючи всієї тяжкості можливого покарання. Таким чином, ця відмова не може вважатися такою, що супроводжувалась мінімальними гарантіями, співмірними з її важливістю. Крім того, видається, що вона не сумісна з вимогами українського законодавства, яке для випадку заявника передбачало можливість відмови від певного захисника, який мав бути замінений іншим, а не відмови від захисника взагалі.

57. Виходячи з обставин справи, Суд зазначає, що заявник визнав себе винним у вчиненні вбивства Л. під час допиту та відтворення обстановки і обставин події, які були проведені через кілька днів після його затримання за відсутності захисника. Хоча він пізніше відмовився від свого зізнання, суди посилались на нього як на підставу для своїх висновків щодо його винуватості. Слід підкреслити, що не важливо, якою мірою первісне зізнання вплинуло на вирок. Те, що воно невідновно обмежило право на захист, презюмується, як тільки встановлено, що воно мало якийсь вплив на вирок. Хоча зізнання не було єдиною підставою для засудження, воно беззаперечно вплинуло на вирок і було доказом, на який посилались суди. Суд не покликаний робити припущення щодо можливої реакції заявника та порад його захисника, якби заявник мав доступ до нього на первісній стадії провадження. Він вважає, що у світлі обставин справи як гарантії, передбачені національним законодавством, так і гарантії справедливості, закріплені статтею 6 Конвенції, вимагали, щоб заявник мав можливість скористатись допомогою захисника, починаючи з найпершого допиту в міліції, але цього не було зроблено. Крім того, національні суди проігнорували обмеження права заявника на захист під час первісної стадії попри те, що заявник зазначав про це у касаційній скарзі до Верховного Суду України, та те, що відповідно до національного законодавства воно становило істотне порушення кримінально-процесуального закону, яке передбачало скасування вироку. Цей недолік не міг бути виправлений ані юридичною допомогою, наданою заявнику пізніше, ані змагальним характером подальшого провадження.

58. Щодо стверджуваного примушування заявника свідчити проти себе Суд зазначає, що національні суди відхилили це твердження як необґрунтоване. Суд не може та не покликаний замінювати цей висновок своїм. У той же час, Суд зазначає, що позбавлення заявника юридичної

допомоги та використання наданих ним під час того періоду визнавальних показань для засудження є достатніми ознаками порушення гарантій справедливого судового розгляду.

59. Відповідно, в цій справі було порушення пункту 1 статті 6 у поєднанні з підпунктом «с» пункту 3 статті 6 Конвенції». [Леонід Лазаренко проти України (22313/04). https://minjust.gov.ua/files/820]

374.3.12. Справа «Боротюк проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«81. (…) Суд зазначає, що за відсутності юридичної допомоги захисника заявник кілька разів зізнався у вбивстві пана М. 20 і 21 квітня 2003 року, і ці визнавальні показання було покладено в основу вироку. Як національні суди, так і Уряд приділили особливу увагу тому фактові, що 20 квітня 2003 року заявник прямо відмовився від захисника і добровільно взяв участь у кількох слідчих діях. Не заперечуючи самого факту такої відмови, заявник наполягав на тому, що застосований до нього примус був таким, що змусив його дати свідчення проти себе, не маючи можливості скористатися юридичною допомогою.

82. Суд зазначає, що заявник відмовився від захисника, перебуваючи в особливо вразливому становищі, оскільки мав проблеми зі здоров'ям і недостатньо розумів нюанси юридичної кваліфікації інкримінованого йому злочину (яка з часом змінилась із заподіяння тілесних ушкоджень, що спричинили смерть, на умисне вбивство). Крім того, зазначена відмова стосувалася лише однієї слідчої дії, а саме допиту заявника слідчим, тоді як після цього заявника залучали до інших слідчих дій, зокрема, в нічний час, не забезпечуючи йому доступу до захисника. Суд також зауважує, що адвокату, якого батьки заявника найняли як захисника, було відмовлено у доступі до заявника не на підставі того, що заявник відмовився від захисника, а під тим приводом, що він був свідком (хоча на той час його допитували як підозрюваного) і не давав адвокату довіреності (тоді як він не мав можливості зробити цього, оскільки перебував під вартою). Насамкінець, Суд враховує й той факт, що заявник відмовився від своїх визнавальних показань одразу після допуску захисника до участі у справі і ніколи не повторював їх, коли провадження в його справі здійснювалося за участю захисника. Виходячи з усіх цих міркувань, Суд доходить висновку про те, що у цій справі не було недвозначної відмови заявника від свого права на юридичну допомогу захисника. Не було й жодних інших вагомих підстав для обмеження права заявника на таку юридичну допомогу. Таким чином, починаючи з його першого допиту працівниками міліції, органи державної влади були зобов'язані забезпечити заявнику доступ до захисника, але не зробили цього.

83. Суд зауважує, що визнавальні показання заявника, отримані за відсутності захисника та за обставин, які дають підстави підозрювати, що як відмова від захисника, так і визнавальні показання здобуто всупереч його волі, були використані як докази, на підставі яких він був засуджений судом. Отже, Суд визнає, що заявник зазнав такого обмеження права на доступ до захисника, яке підірвало загальну справедливість провадження у його справі.

84. Таким чином, Суд доходить висновку про те, що в цій справі мало місце порушення пункту 1 статті 6 у поєднанні з підпунктом «с» пункту 3 статті 6 Конвенції». [Боротюк проти України (33579/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_704]

374.3.13. Справа «Жупнік проти України»

Фактичні обставини:

У 1993 році заявник був відповідальним за приватизацію державного підприємства «А», шляхом викупу його працівниками. 26 серпня 1995 року щодо заявника було порушено кримінальну справу за підозрою у вчиненні шахрайства щодо працівників підприємства А. під час процесу приватизації. У квітні 2000 року прокуратура Малиновського району м. Одеси затвердила остаточний обвинувальний висновок та направила справу до суду. Згідно з обвинувальним висновком заявник обвинувачувався у вчиненні посадового підлогу та замаху на розкрадання

державного майна шляхом зловживання посадовим становищем (стаття 17, частина друга статті 84 та частина перша статті 172 Кримінального кодексу України, чинного на той час).

3 жовтня 2003 року Приморський районний суд м. Одеси встановив, що дії заявника не підпадають під дію тих положень Кримінального кодексу України, на які посилалась прокуратура. Проте його дії кваліфікувались як зловживання посадовим становищем, передбачене частиною першою статті 165 Кримінального кодексу України, чинного на той час. У результаті суд визнав заявника винним у вчиненні зловживання посадовим становищем та призначив йому покарання у вигляді одного року позбавлення волі, але звільнив від його відбування у зв'язку з амністією.

Заявник оскаржив вирок, стверджуючи, що прокуратура ніколи не обвинувачувала його у вчиненні злочину, передбаченого частиною 1 статті 165 Кримінального кодексу України. У подальшому суд першої інстанції діяв ultra vires, засуджуючи його за злочин, покарання за який передбачає ця стаття. Далі у своїй апеляційній скарзі заявник наводив різні доводи щодо обвинувачення у зловживанні посадовим становищем за статтею 165 Кримінального кодексу України. 9 грудня 2004 року апеляційний суд Одеської області провів судове засідання за участю заявника та залишив вирок щодо нього без змін. Суд встановив, зокрема, що, перекваліфіковуючи обвинувачення заявника за іншою статтею Кримінального кодексу України, суд першої інстанції правильно оцінив факти та жодним чином не погіршив становище заявника. Таким чином, суд не вийшов за межі своєї компетенції.

Заявник подав касаційну скаргу, у якій стверджував про порушення судом норм матеріального права та наводив ті ж доводи, що і в своїй апеляційній скарзі. 25 травня 2006 року Верховний Суд України залишив касаційну скаргу заявника без задоволення.

Заявник скаржився на те, що провадження щодо нього було несправедливим. Зокрема, оскільки заявника не було повідомлено про його нове обвинувачення до того, як було ухвалено вирок, його було позбавлено можливості належним чином підготувати свій захист щодо нього. Заявник посилався на пункт 1 і підпункти «a» та «b» пункту 3 статті 6 Конвенції.

Рішення ЄСПЛ:

«37. Суд зазначає, що межі гарантій, передбачених підпунктом «a» пункту 3 статті 6 Конвенції, мають оцінюватись, зокрема, у світлі більш загального права на справедливий судовий розгляд, гарантованого пунктом 1 статті 6 Конвенції. У кримінальних справах надання повної та докладної інформації щодо висунутих особі обвинувачень, які в подальшому можуть бути сприйняті судом як юридична кваліфікація діяння, є неодмінною передумовою забезпечення справедливості провадження. У цьому зв'язку необхідно зазначити, що підпункт «a» пункту 3 статті 6 Конвенції не накладає жодних формальних вимог щодо способу, у який обвинувачений має бути проінформований про характер і причини висунутих щодо нього обвинувачень. Суд також зазначає, що підпункти «a» і «b» пункту 3 статті 6 Конвенції взаємопов'язані та що право бути поінформованим про характер і причини висунутих обвинувачень слід розглядати у світлі права обвинуваченого на підготовку свого захисту.

38. У цій справі Суд зазначає, що заявник не знав, що Приморський районний суд м. Одеси міг перекваліфікувати його дії як такі, що караються за частиною першою статті 165 Кримінального кодексу України, чинного на час вчинення злочину. Ця обставина позбавила його можливості захищати себе в суді першої інстанції від обвинувачень, за якими його зрештою було засуджено.

39. Проте Суд надає вирішальне значення подальшому провадженню в апеляційному суді Одеської області, яке мало місце після оскарження заявником такої перекваліфікації у його апеляційній скарзі.

40. Необхідно зазначити, що апеляційний суд переглянув справу заявника в цілому, як з точки зору дотримання процесуального права, так і матеріального. Крім того, суд не тільки вивчив матеріали справи, надані судом нижчої інстанції, та зауваження заявника і прокуратури, а й провів усне судове засідання. Апеляційний суд також міг самостійно перекваліфікувати дії заявника чи виправдати його за статтею 366 Кримінально-процесуального кодексу України.

41. Суд зазначає, що апеляційний суд відхилив вимоги заявника щодо виправдання його за обвинуваченнями за частиною першою статті 165 Кримінального кодексу України. Він встановив, що дії заявника містили всі складові елементи зловживання посадовим становищем і що, пере-

кваліфіковуючи обвинувачення з «привласнення майна шляхом зловживання своїм посадовим становищем» на «зловживання посадовим становищем», суд першої інстанції не погіршив становище заявника.

42. У контексті застосування матеріального права це рішення було у подальшому переглянуто Верховним Судом України, який встановив, що суди нижчих інстанцій діяли в межах своєї компетенції та правильно застосували закон у справі заявника.

43. У світлі вищезазначеного, Суд вважає, що під час провадження в національних судах заявник мав можливість підготувати свій захист щодо перекваліфікованого обвинувачення. Оцінюючи справедливість провадження в цілому, та з огляду на характер і межі провадження в апеляційному суді та Верховному Суді України, Суд вважає, що будь-які недоліки провадження суду першої інстанції було усунуто судами вищих інстанцій.

44. Таким чином, Суд вважає, що право заявника бути детально поінформованим про характер та причини обвинувачення, висунутого щодо нього, та мати адекватні час і можливості для підготовки свого захисту, не було порушено.

45. Відповідно не було порушення статті 6 Конвенції щодо гарантій справедливого судового розгляду». [Жупнік проти України (20792/05). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_816]

374.3.14. Справа «Шабельник проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«39. Щодо скарги заявника на відмову національних судів дозволити його матері бути його додатковим (законним) представником під час судового провадження у справі Суд нагадує, що передбачене цим положенням право на юридичного представника, вибраного на власний розсуд, не має абсолютного характеру.

Законодавча вимога наявності у захисника юридичної освіти не є порушенням згаданого вище положення. Далі Суд зазначає, що на момент подання клопотання, про яке йдеться, заявника представляв адвокат і що надалі цей адвокат протягом усього судового розгляду представляв його інтереси. У матеріалах справи немає жодних свідчень того, що заявник не міг вільно вибрати собі іншого захисника з відповідною кваліфікацією. Можливість бути представленим родичами, передбачена кримінально-процесуальним законодавством, є додатковою до права на захист і не може підлягати захисту гарантіями пункту 3 (c) статті 6 Конвенції.

40. Тому Суд відхиляє скаргу заявника на відмову в дозволі його матері бути його представником і долучає до суті справи доводи Уряду щодо застосовності статті 6 до слідчих дій, які проводилися із залученням заявника у період з 15 до 25 лютого 2002 року». [Шабельник проти України (16404/03). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_457]

374.3.15. Справа «Яременко проти України»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

«87. Суд також висловлює занепокоєння щодо обставин, за яких відбувався перший допит заявника стосовно злочину 1998 року. Як видно з відповідних положень Кримінально-процесуального кодексу (…) існує вичерпний перелік ситуацій, у яких забезпечення підозрюваному юридичного представництва є обов'язковим. Одна з підстав для забезпечення представництва в обов'язковому порядку є серйозність злочину, у вчиненні якого підозрюється відповідна особа, і, отже, ймовірність призначення їй покарання у вигляді довічного позбавлення волі. У цій справі правоохоронні органи, здійснюючи розслідування за фактом насильницької смерті особи, порушили кримінальну справу за фактом заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, які спричинили смерть, а не за фактом вбивства. Перша кваліфікація стосувалась менш тяжкого злочину і тому не вимагала обов'язкового забезпечення юридичного представництва підозрюваного. Негайно

після отримання зізнання у вчиненні злочину кваліфікацію змінили на вбивство, у вчиненні якого пред'явили обвинувачення заявникові.

88. Суд вражений тим фактом, що внаслідок заходів, до яких вдалися органи влади, заявник не зміг скористатися перевагами обов'язкового представництва і опинився в ситуації, в якій, як він стверджував, його примусили відмовитися від свого права на захисника та свідчити проти себе. При цьому слід нагадати, що заявник мав захисника в іншому на той час триваючому проти нього кримінальному провадженні, але все-таки відмовився від свого права мати представника під час допиту стосовно іншого злочину. Ці обставини дають вагомі підстави припускати існування певної прихованої мети в попередній кваліфікації злочину. Той факт, що зізнання у вчиненні злочину було отримано від заявника за відсутності захисника, і те, що заявник одразу відмовився від свого зізнання, коли захисник вже був присутній, свідчать про уразливість його становища та реальну потребу у відповідній юридичній допомозі, якої його фактично позбавили 1 лютого 2001 року завдяки тому способу, в який слідчий райвідділу міліції застосував свої дискреційні повноваження стосовно кваліфікації розслідуваного злочину.

(…)

91. Отже, було порушено пункт 3(c) статті 6 Конвенції». [Яременко проти України (66338/09). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_405]

374.3.16. Справа «Єрохіна проти України»

Фактичні обставини:

3 листопада 2001 року заявниця була затримана за підозрою у вчиненні вбивства З. Між 11:10 та 15:15 її допитував слідчий прокуратури, після чого було складено протокол допиту на двох аркушах. Згідно з протоколом заявниці було роз'яснено її право за статтею 63 Конституції України не давати показання щодо себе, після чого вона заперечила свою причетність до злочину. О 15:30 було складено протокол затримання. При цьому слідчий повідомив заявницю про її право на захисника та право не давати показання щодо себе. Заявниця підписала протокол та дописала: «на даний момент від послуг адвоката відмовляюсь». Слідчий прийняв цю відмову, склавши окрему постанову. У період між 3 та 5 листопада 2001 року заявницю регулярно відвідував слідчий та працівники міліції, які, як стверджувалося, примушували її зізнатися у вчиненні вбивства. Під час цих розмов заявниці було дозволено зателефонувати своєму другу М. Заявниця попросила М. знайти адвоката. Після цієї розмови М. разом з П. (родичем заявниці) найняли для заявниці захисника.

5 листопада 2001 року захисник подав до прокуратури клопотання дозволити йому побачення із заявницею. Оскільки він не міг знайти слідчого, який вів кримінальну справу заявниці, він передав відповідний ордер юридичної консультації іншому слідчому та попросив останнього передати його слідчому, який вів справу заявниці. 5 листопада 2001 року заявниця, вважаючи, що її друг не знайшов адвоката, написала явку з повинною, зізнавшись у вбивстві З. Згідно з твердженнями заявниці вона вигадала обставини вчинення злочину разом з працівниками міліції після того, як поступилася їхнім вимогам взяти вину на себе. Того ж дня зізнання було включено до протоколу допиту, проведеного слідчим прокуратури за відсутності захисника. Перед допитом заявниці пояснили її права за статтею 63 Конституції України. 6 листопада 2001 року заявниця підтвердила свої визнавальні показання під час відтворення обстановки і обставин події, яке також було проведене за відсутності захисника. Того ж дня суд продовжив строк тримання заявниці у місцевому ІТТ до десяти діб.

7 листопада 2001 року заявницю було повідомлено, що її друг знайшов для неї захисника. За клопотанням заявниці слідчий допустив захисника до справи та йому було дозволено вперше побачитися із заявницею. Того ж дня заявниця відмовилась від свого зізнання та подала до прокуратури скаргу про те, що її визнавальні показання та відмова під права на захисника були отримані під психологічним тиском з боку працівників міліції та прокуратури. Вона також стверджувала, що слідчий не повідомив її про те, що М. знайшов для неї захисника та що захисник намагався побачитися з нею з 5 листопада 2001 року. 9 листопада 2001 року захисник заявниці подав до прокуратури скаргу на те, що у період між 5 та 7 листопада 2001 року йому незаконно перешкоджали зустрітися із заявницею.

В подальшому про недопущення захисника подавала скаргу заявниця до прокуратури, але також і до судів, що розглядали її кримінальну справу. Зокрема, вона подала цю скаргу до апеляційного суду та до Верховного Суду України.

Рішення ЄСПЛ:

«66. Суд зазначає, що між 11:10 та 15:15 3 листопада 2001 року заявниця допитувалась в якості підозрюваної у справі. Перед допитом заявниці було роз'яснено, що за статтею 63 Конституції України вона має право не давати показань щодо себе. Проте, про право на захист її повідомлено не було та допит проводився за відсутності захисника. До 15:30 того дня заявниця не підписувала відмову від юридичної допомоги.

67. Крім того, 5 та 6 листопада 2001 року слідчі органи отримали від заявниці, яка все ще не мала захисника, визнавальні показання. При цьому слідчі органи посилались на той факт, що о 15:30 3 листопада 2001 року заявниця відмовилась від свого права на отримання юридичної допомоги та після цього її не вимагала.

(i) Чи відмовилась заявниця від свого права на захист 5 та 6 листопада 2001 року

68. Суд зазначає, що відмова заявниці від 3 листопада 2001 року була обмеженою у часі: заявниця зазначила, що вона відмовляється від послуг захисника «на даний момент». Відповідно слідчі органи не мали законних підстав посилатися на цю відмову при проведенні слідчих дій 5 та 6 листопада 2001 року та були зобов'язані переконатися, чи заявниця все ще відмовляється від юридичної допомоги.

69. Тим не менш, 5 та 6 листопада 2001 року заявниця не була повідомлена про своє право на юридичну допомогу, та її стверджувана відмова від юридичної допомоги у ці дні задокументована не була. Крім того, заявницю не було повідомлено про те, що її друг найняв для неї захисника та що останній намагається отримати допуск до справи з 5 листопада 2001 року, що могло б змінити її позицію.

70. З цих причин Суд доходить висновку, що 5 та 6 листопада 2001 року не було відмови від права на захисника.

(ii) Виправдання відсутності захисника у зазначений період

71. Суд не вбачає будь-якої вагомої причини, на підставі якої право заявниці на доступ до захисника у зазначений період могло бути обмежене. Варто зазначити, що, хоча захисник заявниці прибув до прокуратури 5 листопада 2001 року, повідомив про свій намір бути допущеним до справи та надав ордер юридичної консультації, його не допускали до справи до 7 листопада 2001 року.

72. Суд також зазначає, що визнавальні показання, отримані за відсутності захисника, були покладені судами в основу обвинувального вироку. За цих обставин права заявниці на захист були невиправно порушені.

73. У світлі міркувань, наведених вище, Суд констатує, що було порушення пункту 1 та підпункту «с» пункту 3 статті 6 Конвенції у зв'язку з незабезпеченням державними органами права заявниці на доступ до захисника на початковому етапі тримання її під вартою». [Єрохіна проти України (12167/04). https://minjust.gov.ua/files/26906]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 374 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

374.4.1. Порушенням права на захист визнається потурання суддею вияву ворожості до підсудного з боку публіки в залі засідання, виявам упередженого ставлення присяжних тощо.

(Див.: 374.1.5 – п. 25)

374.4.2. Порушенням права на захист визнається обмеження на доступ обвинуваченого до документів та інших доказів, – як таких, що пред'являє сторона звинувачення, так і таких, що виправдовують обвинуваченого, а також до інших доказів, які могли б допомогти захисту (наприклад, докази того, що визнання вини не було добровільним).

(Див.: 374.1.5 – п. 33)

374.4.3. Не визнається порушенням права на захист відмова в наданні безкоштовної допомоги перекладача обвинуваченій особі, рідна мова якої відрізняється від використовуваної в суді офіційної мови, але яка володіє офіційною мовою достатньо для того, щоб ефективно захищати себе.

(Див.: 374.1.5 – п. 40)

374.4.4. Підозрюваними (диспозиція ч. 1 ст. 374 КК України) визнаються не лише особи, які визнані підозрюваними за відповідними процесуальними процедурами і документами, але також особи, з якими проводять слідчі дії як з підозрюваними de facto, тобто до процесуального оформлення підозри.

(Див.: 374.3.1–374.3.3)

Як протилежну ситуацію див. наступний пункт: 374.4.5.

374.4.5. Відсутність захисника під час добровільного зізнання особою у вчиненні злочину під час опитування працівниками правоохоронних органів осіб, які мали стосунок до жертви злочину, за відсутності реальних підстав на момент такого опитування вважати вказану особу підозрюваною у вчинені злочину, не утворює порушення статті 6 Конвенції (право на захист).

(Див.: 374.3.4)

374.4.6. Допит підозрюваного у присутності призначеного адвоката але за відсутності адвоката, з яким укладено договір про захист, визнано порушенням права особи «використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд» (ст.6 Конвенції).

(Див.: 374.5.5)

374.4.7. Обмеження спілкування підозрюваної особи із захисника лише через скляну перегородку за обставин, що викликають обґрунтоване побоювання, що бесіда прослуховується, визнане порушенням права на захист.

(Див.: 374.3.6)

374.4.8. Способом «недопущення чи ненадання своєчасно захисника» є, зокрема, застосування до підозрюваного адміністративного затримання, під час якого від нього вимагається зізнання у вчинені злочину.

(Див.: 374.3.3; 374.3.7)

374.4.9. Способом «недопущення чи ненадання своєчасно захисника» є, зокрема, завідомо неправильна кваліфікація діяння як менш тяжкого злочину з метою отримання під час допиту без участі захисника від підозрюваного зізнання у вчинені злочину з наступною перекваліфікацією.

(Див.: 374.3.10; 374.3.11; 374.3.15)

374.4.10. Порушенням права на захист визнається позбавлення обвинуваченої особи на виклик (допит) свідків, що може бути кваліфіковане як грубе порушення якщо вирок вирішальною мірою було обґрунтовано показаннями зазначених свідків.

(Див.: 374.3.8)

Як протилежну ситуацію, див. наступний пункт: 374.4.11.

374.4.11. Відсутнє порушення права на захист, якщо будь-які можливі показання свідків, клопотання підсудного про виклик яких було відхилено, не могли вплинути на результат цього судового розгляду.

(Див.: 374.3.10)

374.4.12. Зміна кваліфікації судом першої інстанції навіть якщо особу засуджено за статтею КК з менш суворою санкцію порівняно з санкцією статті, за якою вчинене було кваліфіковано органами досудового слідства, визнається порушенням права на захист. Однак якщо в подальшому апеляційний суд переглянув справу в цілому, як з точки зору дотримання процесуального права, так і матеріального, право на захист вважається відновленим.

(Див.: 374.3.13)

374.4.13. Правова позиція ЄСПЛ: недопущення як захисника матері обвинуваченого не визнано порушенням права на захист.

(Див.: 374.3.14)

374.4.14. Правова позиція ЄСПЛ: порушенням права обвинуваченого на захист визнається засудження за пособництво особи, яка під час досудового слідства була обвинувачена як виконавець цього злочину.

(Див.: 26.3.2)

374.4.15. Для визначення порушення «грубим» чи «негрубим» слід, зокрема, враховувати судову практику ЄСПЛ у справах відповідної категорії.

(Див.: 0.4.14)

374.4.16. У випадках, коли права і свободи людини обмежуються органами держави чи від її імені, а також коли розглядається питання про виконання позитивного обов'язку держави забезпечити охорону вказаних прав, ЄСПЛ оцінює вчинене за усталеним алгоритмом, що включає вивчення фактичних обставин, аналіз національного законодавства та міжнародного права включно з судовими прецедентами, співставлення аргументів скаржника та уряду держави-відповідача.

(Див.: 0.4.13)

Стаття 375. Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови

1. Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

2. Ті самі дії, що спричинили тяжкі наслідки або вчинені з корисливих мотивів, в інших особистих інтересах чи з метою перешкоджання законній професійній діяльності журналіста, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

(Стаття 375 із змінами, внесеними згідно із Законом № 421-VIII від 14.05.2015)

§1. Норми міжнародного права,
щодо законності судових рішень

375.1.1. Загальна декларація прав людини

(ООН, від 10.12.1948)

(див.:0.4.1)

«Статья 8

Каждый человек имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией или законом.

(…)

Статья 10

Каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право, на основе полного равенства, на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом». [Загальна декларація прав людини. (ООН, від 10.12.1948). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015]

375.1.2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997) [1]

«***Стаття 6. Право на справедливий суд***

1. Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його

[1] Див. також: постанова Верховної ради України від 21.05.2015 р. «Про Заяву Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод» *(див.: 0.2.4)*.

прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.

(…)

Стаття 10. Свобода вираження поглядів

(…)

2. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві (…) для підтримання авторитету і безсторонності суду». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

375.1.3. Основні принципи незалежності судових органів (схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 року)

(ООН, від 13.12.1985)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«16. Без шкоди для якоїсь дисциплінарної процедури чи якогось права на апеляцію або компенсацію з боку держави відповідно до національних законів суддям слід користуватися особистим імунітетом від судового переслідування за фінансову шкоду, спричинену в результаті хибних дій чи упущень, які мали місце при здійсненні ними своїх судових функцій.

17. Звинувачення або скарга, що надійшли на суддю в ході виконання ним своїх судових і професійних обов'язків, повинні бути невідкладно і безсторонньо розглянуті згідно з відповідною процедурою. Суддя має право на відповідь і справедливий розгляд. На початковому етапі розглядання скарги має проводитись конфіденційно, якщо суддя не звернеться з проханням про інше.

18. Судді можуть бути тимчасово усунуті від посади або звільнені тільки з причин їх нездатності виконувати свої обов'язки чи поведінки, невідповідної до посади, яку вони займають.

19. Усі процедури покарання, усунення від посади і звільнення мусять визначатися відповідно до встановлених правил судової поведінки.

20. Рішення про дисциплінарне покарання, усунення від посади чи звільнення повинні бути предметом незалежної перевірки. Цей принцип може не застосовуватися до рішень Верховного суду або до рішень законодавчих органів, прийнятих при розгляді справ у порядку імпічменту або при дотриманні аналогічної процедури». [Основні принципи незалежності судових органів (схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 року) (ООН, від 13.12.1985). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо законності судових рішень

375.2.1. Справа «Мироненко і Мартенко проти України»

«69. (…) при визначенні наявності у відповідній справі законних підстав сумніватися в безсторонності певного судді позиція особи, про яку йдеться, має важливе, але не вирішальне значення. Вирішальне значення при цьому матиме можливість вважати такі сумніви об'єктивно обґрунтованими.

70. У цьому зв'язку навіть видимі ознаки можуть мати певне значення або, іншими словами, «має не лише здійснюватися правосуддя – ще має бути видно, що воно здійснюється».

Адже йдеться про необхідність забезпечення довіри, яку суди в демократичному суспільстві повинні вселяти у громадськість». [Мироненко і Мартенко проти України (4785/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_567]

375.2.2. Справа «Олександр Волков проти України»

«104. Як правило, безсторонність означає відсутність упередженості та необ'єктивності. Згідно з усталеною практикою Суду існування безсторонності для цілей пункту 1 статті 6 Конвенції повинно встановлюватися згідно з: (і) суб'єктивним критерієм, врахувавши особисті переконання та поведінку конкретного судді, тобто чи мав суддя особисту упередженість або чи був

він об'єктивним у цій справі, та (її) об'єктивним критерієм, іншими словами, шляхом встановлення того, чи забезпечував сам суд та, серед інших аспектів, його склад, достатні гарантії для того, щоб виключити будь-який обґрунтований сумнів у його безсторонності.

105. Проте між суб'єктивною та об'єктивною безсторонністю не існує беззаперечного розмежування, оскільки поведінка судді не тільки може викликати об'єктивні побоювання щодо його безсторонності з точки зору стороннього спостерігача (об'єктивний критерій), а й може бути пов'язана з питанням його або її особистих переконань (суб'єктивний критерій). Отже, у деяких випадках, коли докази для спростування презумпції суб'єктивної безсторонності судді отримати складно, додаткову гарантію надасть вимога об'єктивної безсторонності». [Олександр Волков проти України (21722/11). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_947]

375.2.3. Справа «Проніна проти України»

«23. Суд нагадує, що п. 1 статті 6 Конвенції зобов'язує суди давати обґрунтування своїх рішень, але це не може сприйматись як вимога надавати детальну відповідь на кожен аргумент. Межі цього обов'язку можуть бути різними в залежності від характеру рішення. Крім того, необхідно брати до уваги, між іншим, різноманітність аргументів, які сторона може представити в суд, та відмінності, які існують у державах-учасницях, з огляду на положення законодавства, традиції, юридичні висновки, викладення та формулювання рішень. Таким чином, питання, чи виконав суд свій обов'язок щодо подання обґрунтування, що випливає зі статті 6 Конвенції, може бути визначено тільки у світлі конкретних обставин справи». [Проніна проти України (63566/00). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_096]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо законності судових рішень

375.3.1. Справа «Будан проти України»
Фактичні обставини:

Київський районний суд м. Донецька у постанові від 1 червня 2012 року про обрання шістнадцятирічному Будану запобіжного заходу у вигляді взяття під варту зазначив, що Будан втікає з дому, за місцем реєстрації не проживає, обвинувачується у вчиненні тяжкого злочину, за який передбачене покарання у вигляді позбавлення волі строком до семи років, і, перебуваючи на свободі, може перешкоджати встановленню істини, ухилятись від слідства і суду або продовжувати злочинну діяльність. Апеляційний суд додав до цього, що взяття заявника під варту обумовлене тим фактом, що він веде жебрацький спосіб життя, походить з бідної сім'ї та не отримує від неї жодної фінансової підтримки.

Рішення ЄСПЛ:

«28. (…) З матеріалів справи не випливає, що до 24 травня 2012 року заявник вчиняв насильницькі дії або був причетний до злочинної діяльності, або що він втікав з дому до 21 травня 2012 року, займаючись жебрацтвом «з раннього віку по всій території України», як це було зазначено слідчим у поданні про взяття заявника під варту». [Будан проти України (38800/12). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_b06]

375.3.2. Справа «Сокуренко і Стригун проти України»
Фактичні обставини:

У лютому 2002 року ТОВ «Агро-Рось» звернулося з двома позовними заявами до Смілянської районної ради народних депутатів (далі – Рада) і кожного із заявників про визнання недійсним рішення Ради про надання заявникам певних земельних ділянок. 12 серпня 2003 року Черкаський обласний господарський суд виніс два рішення, якими повністю задовольнив позовні заяви. 18 листопада 2003 року апеляційний господарський суд м. Києва відхилив апеляції заявників і залишив рішення суду першої інстанції без змін.

16 березня 2004 року Вищий господарський суд України, розглянувши касаційні скарги заявників, скасував рішення судів нижчих інстанцій і повернув справу на новий розгляд.

25 травня 2004 року Верховний Суд України, розглянувши касаційну скаргу ТОВ «Агро-Рось», залишив у силі постанови Київського апеляційного господарського суду, скасувавши постанови Вищого господарського суду на тій підставі, що висновки Вищого господарського суду не відповідали фактичним обставинам і були необґрунтованими та помилковими.

Рішення ЄСПЛ:

«16. Заявники скаржилися, що Верховний Суд не міг вважатися «судом, встановленим законом» за обставинами їхніх справ, оскільки його рішення не відповідали закону і порушували п. 1 статті 6 Конвенції, у відповідному положенні якої сказано: «1. Кожен має право на справедливий… розгляд його справи… судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру..».

(…)

18. Уряд стверджував, що згідно з Конституцією України (254к/96-ВР) Верховний Суд є найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції, і, з огляду на те, що конституційні положення є нормами прямої дії, Верховний Суд міг ухвалювати рішення на основі принципу законності.

19. Уряд також стверджував, що скасування постанов Вищого господарського суду України та залишення в силі рішення судів першої та другої інстанцій, хоча останнє й не було прямо вказано у Господарському процесуальному кодексі (1798–12), становило загальну практику Верховного Суду в господарських справах. З огляду на таку практику, заявники не могли скаржитися, що до них було застосовано особливе ставлення. З цієї ж причини постанови Верховного Суду у справах заявників були передбачуваними і не порушили принцип правової певності.

20. Нарешті, Уряд стверджував, що Верховний Суд не перевищив своїх повноважень, передбачених українським законодавством, оскільки його дії були спрямовані на дотримання принципу законності – одного з головних принципів здійснення правосуддя в Україні – і, відповідно, на уникнення затримок у оскаржуваних провадженнях. Уряд дійшов висновку, що Верховний Суд України не порушив прав заявників, гарантованих п. 1 статті 6 Конвенції.

21. Заявники дотримувались протилежної думки. Вони стверджували, що Верховний Суд не є законодавчим органом, таким чином, він не міг застосовувати практику, яка мала б силу закону.

(…)

26. У цій справі Суд зазначає, що згідно зі статтею 111–18 Господарського процесуального кодексу (1798–12) Верховний Суд, скасувавши постанову Вищого господарського суду, міг або повернути справу на новий розгляд до нижчого суду, або ж припинити провадження у справі. Натомість він залишив у силі постанову Апеляційного суду, і такі дії не були передбачені Господарським процесуальним кодексом, що було підтверджено Урядом у його зауваженнях. Суд також зазначає, що не було жодної іншої правової норми, яка б надавала повноваження Верховному Суду ухвалювати такого роду рішення. І, нарешті, Суд вважає, що загальні положення Конституції України, на які посилався Уряд, не могли слугувати достатньою правовою підставою для такої специфічної компетенції, яка не надавалась відповідним законодавством.

27. Суд повторює, що у деяких випадках він визнавав, що найвищий судовий орган, уповноважений тлумачити закон, міг ухвалювати рішення, яке не було чітко визначено законом. Таке застосування закону, однак, мало винятковий характер, і зазначений суд надав чіткі й вірогідні підстави для такого виняткового відступу від застосування своїх визначених повноважень. Проте у даній справі Верховний Суд не надав жодних аргументів щодо прийняття такої постанови, виходячи за межі своїх повноважень шляхом свідомого порушення Господарського процесуального кодексу (1798–12) і ухвалення такого роду рішень, що, як вказувалось Урядом, стало звичайною практикою Верховного Суду України.

28. На думку Суду, перевищивши свої повноваження, які були чітко викладені у Господарському процесуальному кодексі (1798–12), Верховний Суд не може вважатися «судом, встановленим законом» у значенні пункту 1 статті 6 Конвенції відносно оскаржуваного провадження.

29. Відповідно було порушення пункту 1 статті 6 Конвенції». [Сокуренко і Стригун проти України (29458/04 та N 29465/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_115)]

375.3.3. Справа «Савінський проти України»

Фактичні обставини:

Заявник працював старшим інспектором Роздільнянської митниці Одеської області, Україна. 6 листопада 2000 року Новозаводський районний суд м. Чернігова виніс вирок у справі заявника. Суд, зокрема, встановив, що заявник оформив документи, які підтверджують, що два вантажні автомобілі з товарами залишили митну територію України, а заявник не перевірив фактичну наявність автомобілів на митному посту. Втім товари було знайдено та вилучено Службою безпеки України в межах митної території України. Суд не встановив жодного доказу, що заявник діяв умисно для вчинення злочину: заявник заперечував жодний кримінальний намір, а слідством не було встановлено жодних інших осіб, причетних до контрабанди та ухиляння від сплати податків. На підставі цих висновків суд призначив заявнику покарання у вигляді трьох років позбавлення волі за недбале виконання своїх службових обов'язків та штраф у розмірі 400 грн. В той же час суд виправдав заявника за іншими статтями обвинувачення. Цим самим вироком суду заявника було звільнено від призначеного судом покарання відповідно до Закону України «Про амністію» (1713–14) від 11 травня 2000 року. Вказане рішення суду не було оскаржене та набуло статусу остаточного 14 листопада 2000 року.

У невизначену дату голова Чернігівського обласного суду вніс протест у порядку нагляду на рішення від 6 листопада 2000 року у зв'язку з помилковою кваліфікацією дій заявника та необґрунтованим виправданням за іншими статтями обвинувачення, висунутого слідством. Голова суду також зазначив, що покарання було надто м'яким. 25 грудня 2000 року президія Чернігівського обласного суду задовольнила протест голови Чернігівського обласного суду, скасувала вирок від 6 листопада 2000 року та повернула справу на новий судовий розгляд. Президія вказала суду першої інстанції ретельніше дослідити наявні докази у справі та провести додатковий, більш повний допит заявника та свідків.

29 січня 2001 року суд Новозаводського району м. Чернігова знову розглянув справу, призначив заявнику покарання у вигляді п'яти років позбавлення волі з призначенням іспитового строку на два роки та штраф у розмірі 1000 грн. Суд визнав заявника винним у пособництві в контрабанді, зловживанні посадовим становищем та у посадовій підробці. Суд виправдав заявника у пособництві в ухилянні від сплати податків, оскільки всі контрабандні товари було вилучено правоохоронними органами, а прибутку від продажу отримано ніким не було. 1 березня 2001 року судова колегія в кримінальних справах Чернігівського обласного суду залишила без змін вирок суду першої інстанції. Палата встановила, що суд першої інстанції правильно кваліфікував дії заявника. Це рішення стало остаточним.

У невизначену дату голова Чернігівського обласного суду вніс протест у порядку нагляду на вироки від 29 січня та 1 березня 2001 року на підставі того, що суди не виконали вказівок, викладених у рішенні президії Чернігівського обласного суду від 25 грудня 2000 року щодо кваліфікації дій заявника та суворості призначеного покарання. 19 березня 2001 року президія Чернігівського обласного суду, яку очолював голова, задовольнила протест, скасувала вирок від 29 січня 2001 року та повернула справу на новий судовий розгляд. Президія встановила, що суд першої інстанції не виконав попередніх вказівок, а вирок був надто м'яким.

2 жовтня 2001 року місцевий суд Новозаводського району м. Чернігова знову розглянув справу, визнав заявника винним за всіма обвинуваченнями та призначив покарання у вигляді п'яти років позбавлення волі.

9 липня 2002 року Верховний Суд України задовольнив касаційну скаргу заявника та змінив рішення суду першої інстанції, засудивши його до двох років позбавлення волі за неналежне виконання професійних обов'язків.

Рішення ЄСПЛ:

«23. Суд повторює, що хоча сама можливість відновити кримінальну справу є, на перший погляд (prima facie), сумісною з вимогами Конвенції, включаючи гарантії за статтею 6, певні спеціальні обставини справи можуть привести до того, що фактичний спосіб, у який такий перегляд було здійснено, послаблює саму сутність права на справедливий розгляд. Зокрема, Суд має оцінити, чи були у цій справі повноваження влади ініціювати та здійснювати процедуру нагляду

такими, що порушували справедливий баланс між інтересами особи та необхідністю забезпечити ефективність кримінального правосуддя.

24. У цій справі процедура нагляду була ініційована двічі за протестом голови обласного суду. В перший раз остаточне та обов'язкове рішення було оскаржене з підстав помилкової кваліфікації дій заявника та його необґрунтованим виправданням за рядом обвинувачень. Президія обласного суду стверджувала, що всі обвинувачення проти заявника мають бути підтриманими, хоча, як випливає з матеріалів справи, суди не змогли знайти достатніх доказів, щоб прийняти рішення, як зазначали наглядові інстанції.

Після перегляду справи двома інстанціями остаточне рішення було знову оскаржене у зв'язку з тим, що, на думку голови обласного суду, якого підтримала президія, суди не виконали попередніх вказівок стосовно кваліфікації злочинів та суворості покарання, яке має бути призначено заявнику.

25. Суд зазначає, що підстави для поновлення провадження базувались не на нових фактах чи суттєвих процесуальних недоліках, а скоріше особистій незгоді голови обласного суду з оцінкою фактів та кваліфікацією дій заявника нижчими інстанціями. Суд зазначає, що останні дослідили всі обвинувачення, висунуті слідством, а їх перші висновки, здається, не були очевидно необґрунтованими, враховуючи те, що були підтримані Верховним Судом України у 2002 році. На думку Суду, підстави для перегляду в порядку нагляду, надані головою обласного суду у цій справі, були недостатніми для того, щоб виправдати оскарження остаточного рішення та використання екстраординарного засобу. Відповідно Суд вважає, що органи державної влади не дотримали справедливого балансу між інтересами заявника та необхідністю забезпечити ефективність системи кримінального правосуддя.

26. Більше того, спосіб, у який голова та президія обласного суду наполягали на особливій кваліфікації та вироку у кримінальній справі, за своєю суттю є несумісним з гарантіями справедливого судового розгляду відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції.

27. Відповідно мало місце порушення п. 1 ст. 6 Конвенції». [Савінський проти України (6965/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_089]

375.3.4. Справа «Мурукін проти України»

Фактичні обставини:

3 липня 2002 року під час керування своїм автомобілем заявник, не переконавшись у безпечності здійснюваного маневру, зіткнувся з автомобілем, яким керувала пані Х. У результаті дорожньо-транспортної пригоди пані Х. отримала струс головного мозку та тілесні ушкодження середньої тяжкості. Після дорожньо-транспортної пригоди заявнику було пред'явлено обвинувачення у вчиненні злочину, передбаченого частиною першою статті 286 Кримінального кодексу України (2341–14), а саме: у порушенні правил безпеки дорожнього руху, що спричинило потерпілій тілесні ушкодження середньої тяжкості. Щодо заявника було обрано запобіжний захід у виді підписки про невиїзд.

5 червня 2003 року Дніпропетровським районним судом Дніпропетровської області (далі – районний суд) у зв'язку з неявкою заявника у судове засідання у його справі, яке було призначене на цей день, запобіжний захід, застосований до заявника, було змінено з підписки про невиїзд на тримання під вартою. 23 червня 2003 року заявника було затримано та взято під варту в Дніпропетровському районному відділі міліції Дніпропетровської області.

25 червня 2003 року апеляційний суд Дніпропетровської області (далі – апеляційний суд) відмовив у прийнятті до розгляду апеляційної скарги заявника на постанову районного суду від 5 червня 2003 року, зазначивши, що відповідно до національного законодавства постанова оскарженню не підлягає.

3 липня 2003 року районним судом було винесено вирок, яким заявника визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого частиною першою статті 286 Кримінального кодексу України (2341–14), та призначено йому покарання у вигляді двох років обмеження волі з позбавленням права керувати транспортними засобами строком на один рік. Районний суд також постановив, що строк покарання слід відраховувати з 23 червня 2003 року, а запобіжний захід (у виді тримання під вартою), обраний заявнику, залишити без змін.

14 та 15 липня 2003 року заявник звернувся зі скаргами до Голови апеляційного суду та Голови Верховного Суду України, стверджуючи, що тримання його під вартою було незаконним. Скарги не були задоволені.

21 липня 2003 року заявник подав апеляційну скаргу на вирок від 3 липня 2003 року, стверджуючи, що тримання його під вартою було незаконним. При цьому заявник, посилаючись на статтю 155 Кримінально-процесуального кодексу (1002–05), зазначав, що, по-перше, на підставі пред'явленого йому обвинувачення у вказаному вище злочині до нього не може бути застосований запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, по-друге, на підставі статті 342 того ж Кодексу (1003–05) він мав бути негайно звільнений з-під варти відразу ж після судового засідання, яке відбулося 3 липня 2003 року.

6 жовтня 2003 року апеляційний суд залишив без задоволення апеляційну скаргу заявника як необґрунтовану та залишив без змін вирок від 3 липня 2003 року, який після цього набрав законної сили. Апеляційний суд ухвалив зарахувати строк перебування заявника під вартою в строк відбування покарання. 19 грудня 2003 року заявника було звільнено з Дніпропетровського СІЗО та переведено для відбування покарання до виправного центру N 133. У невизначену дату заявник подав касаційну скаргу на вирок від 3 липня 2003 року, стверджуючи, зокрема, що тримання його під вартою було несумісне із статтями 155 та 342 Кримінально-процесуального кодексу (1002–05, 1003–05) та статтею 107 Виправно-трудового кодексу (3325–07).

23 грудня 2004 року Верховний Суд України залишив без задоволення касаційну скаргу заявника як необґрунтовану. Він зауважив, inter alia, що строк перебування заявника під вартою був зарахований у строк відбування покарання, а отже оскаржуване заявником недотримання вимог процесуального закону при обранні йому запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою не може бути підставою для скасування рішень судів нижчих інстанцій.

Рішення ЄСПЛ:

«36. (…) Суд зазначає, що 3 липня 2003 року районний суд призначив заявнику покарання у вигляді обмеження волі та постановив залишити раніше обраний заявнику запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. У результаті цього заявника тримали під вартою до 19 грудня 2003 року.

37. Однак, відповідно до статті 342 Кримінально-процесуального кодексу (1003–05) районний суд мав безумовний обов'язок негайно звільнити заявника з-під варти в день проголошення вироку, оскільки він призначив заявнику покарання, не пов'язане з позбавленням волі. Таким чином, постанова суду про тримання заявника під вартою після 3 липня 2003 року не відповідала вищевказаним положенням національного законодавства.

38. Навіть якщо припустити, що тримання заявника під вартою з 3 липня до 6 жовтня 2003 року (дата, коли вирок набрав законної сили) може бути виправдане за частиною 1 статті 107 Виправно-трудового кодексу (3325–07), яка допускає можливість тримання заявника під вартою у період між датою винесення вироку і датою набрання ним законної сили, то національне законодавство не є достатньо чітким щодо моменту, коли заявник має бути звільнений з-під варти. У такому випадку тримання заявника під вартою протягом зазначеного періоду не ґрунтувалось на законі, який би відповідав принципу «передбачуваності» для цілей пункту 1 статті 5 Конвенції.

39. Стосовно періоду з 6 жовтня 2003 року Суд зазначає, що національні суди не ухвалювали відповідних рішень за частиною другою статті 107 Виправно-трудового кодексу (3325–07), в результаті чого стаття 107 не може, навіть через будь-яке припущення, виправдати тримання заявника під вартою у цей період.

Оскільки тримання заявника під вартою не узгоджувалось з будь-яким іншим законом (див. вище пункт 37), з 6 жовтня 2003 року виник недвозначний обов'язок звільнити заявника з-під варти. Тим не менш, заявник залишався під вартою до 19 грудня 2003 року. Суд не може знайти жодного виправдання для тримання заявника під вартою після 6 жовтня 2003 року.

40. Враховуючи вищевикладені міркування, Суд вважає, що тримання заявника під вартою з 3 липня по 19 грудня 2003 року не було «законним» у розумінні пункту 1 статті 5 Конвенції. Відповідно цей період тримання під вартою не був виправданий за підпунктом (a) пункту 1 статті 5, як стверджував Уряд, або за будь-яким іншим підпунктом цього положення.

41. Таким чином, у цій справі мало місце порушення пункту 1 статті 5 Конвенції». [Мурукін проти України (15816/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/main/tt798022/sort/page22]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 375 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

375.4.1. Неправосудним виглядає рішення суду про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, в якому міститься посилання на обставини, що не підтверджуються матеріалами справи.

(Див.: 375.3.1)

375.4.2. Неправосудним є рішення, яке ухвалено судом без будь-якої аргументації і яке виходить за межі його повноважень, визначених законом.

(Див.: 375.3.2)

375.4.3. Правова позиція ЄСПЛ: спосіб, у який голова та президія обласного суду наполягали на особливій кваліфікації вчиненого у кримінальній справі та тяжкості покарання, за своєю суттю визнано несумісним з гарантіями справедливого судового розгляду відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції.

(Див.: 375.3.3)

375.4.4. Правова позиція ЄСПЛ: неправосудним визнається судове рішення, за яким особа трималась під вартою як до, так і після набуття законної сили вироком про засудження її до покарання, не пов'язаного з позбавленням волі.

(Див.: 375.3.4)

Стаття 376. Втручання в діяльність судових органів

1. Втручання в будь-якій формі в діяльність судді з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків або добитися винесення неправосудного рішення –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців.

2. Ті самі дії, якщо вони перешкодили запобіганню злочину чи затриманню особи, яка його вчинила, або вчинені особою з використанням свого службового становища, –

караються позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років.

(Стаття 376 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

Стаття 376[1]. Незаконне втручання в роботу автоматизованих систем в органах та установах системи правосуддя

(Назва статті 376[1] в редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017 (оголошення ДСА: Голос України. – 01.12.2018))

1. Умисне внесення неправдивих відомостей чи несвоєчасне внесення відомостей до автоматизованої системи документообігу суду, несанкціоновані дії з інформацією, що міститься в автоматизованій системі документообігу суду, чи інше втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду, вчинене службовою особою, яка має право доступу до цієї системи, або іншою особою шляхом несанкціонованого доступу до автоматизованої системи документообігу суду, –

(Абзац перший частини першої статті 376[1] в редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017 (оголошення ДСА: Голос України. – 01.12.2018))

караються штрафом від шестисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, або позбавленням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від одного до трьох років.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені за попередньою змовою групою осіб, –

караються обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на строк від трьох до шести років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від двох до трьох років.

(Кодекс доповнено статтею 376[1] згідно із Законом № 1475-VI від 05.06.2009)

Стаття 377. Погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного

1. Погроза вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна щодо судді, народного засідателя чи присяжного, а також щодо їх близьких родичів у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя, –

карається виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Умисне заподіяння судді, народному засідателю чи присяжному або їх близьким родичам побоїв, легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя, –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк до шести років.

3. Умисне заподіяння судді, народному засідателю чи присяжному або їх близьким родичам тяжкого тілесного ушкодження у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

(Стаття 377 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

Стаття 378. Умисне знищення або пошкодження майна судді, народного засідателя чи присяжного

1. Умисне знищення або пошкодження майна, що належить судді, народному засідателю чи присяжному або їх близьким родичам, у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя, –

караються арештом на строк до шести місяців або позбавленням волі на строк до п'яти років.

2. Ті самі дії, вчинені шляхом підпалу, вибуху або іншим загальнонебезпечним способом, або такі, що спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від шести до п'ятнадцяти років.

(Стаття 378 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

Стаття 379. Посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя

Вбивство або замах на вбивство судді, народного засідателя чи присяжного або їх близьких родичів у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

(Стаття 379 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

Стаття 380. Невжиття заходів безпеки щодо осіб, взятих під захист

Неприйняття рішення, несвоєчасне прийняття або прийняття недостатньо обґрунтованих рішень, а також невжиття, несвоєчасне вжиття достатніх заходів для безпеки працівників суду, правоохоронних органів або осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їхніх сімей та їхніх близьких родичів службовою особою органу, на який покладено функції забезпечення безпеки зазначених осіб, якщо ці дії спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк до п'яти років.

(Стаття 380 із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законом № 767-VII від 23.02.2014)

Стаття 381. Розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист

1. Розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист, службовою особою, якою прийнято рішення про ці заходи, особою, яка їх здійснює, або службовою особою, якій ці рішення стали відомі у зв'язку з її службовим становищем, а так само особою, взятою під захист, якщо ці дії спричинили шкоду здоров'ю особи, взятої під захист, –

карається штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, якщо вони спричинили смерть особи, взятої під захист, або інші тяжкі наслідки, –

караються арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк.

(Статтю 381[1] виключено на підставі Закону № 1697-VII від 14.10.2014)

§1. Норми міжнародного права щодо незалежності судових органів

376.1.1. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права

(ООН, від 16.12.1966)

(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.1973)

*«**Стаття 14***

1. Всі особи є рівними перед судами і трибуналами. Кожен має право при розгляді будь-якого кримінального обвинувачення, пред'явленого йому, або при визначенні його права та обов'язків у будь-якому цивільному процесі на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

376.1.2. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 32 – Стаття 14 (Рівність перед судами і трибуналами і право кожного на справедливий судовий розгляд)»

(Комітет ООН з прав людини, дев'яноста сесія – 2007 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«19. Требование, касающееся компетентности, независимости и беспристрастности суда, по смыслу пункта 1 статьи 14 является абсолютным правом, которое не подлежит никаким изъятиям. Требование независимости относится, в частности, к порядку и условиям назначения судей и гарантиям их несменяемости до достижения установленного законом возраста выхода в отставку или же истечения срока их полномочий в тех случаях, когда такие сроки предусмотрены, условиям, регулирующим продвижение по службе, перевод, приостановление их деятельности и прекращение их функций и фактической независимости судей от политического вмешательства со стороны органов исполнительной и законодательной власти. Государства должны принимать конкретные меры, гарантирующие независимость судебной системы, обеспечивающие защиту судей от любых форм политического вмешательства в процесс принятия ими решений, с помощью

конституционных гарантий или принятия законов, устанавливающих четкие процедуры и объективные критерии назначения, выплаты вознаграждения, сохранения занимаемой должности, продвижения по службе, приостановления и прекращения полномочий членов судейского корпуса и применяемых по отношению к ним дисциплинарных санкций. Ситуация, при которой функции и компетенция судебных органов и органов исполнительной власти четко не разграничены или когда последние оказываются в состоянии контролировать или направлять деятельность первых, не совместима с понятием независимого суда. Необходимо защищать судей от конфликтов интересов и запугивания. С целью гарантировать независимость судей их статус, включая срок пребывания в должности, их независимость, безопасность, надлежащий должностной оклад, условия службы, пенсионное обеспечение и возраст выхода в отставку должным образом обеспечиваются законом.

20. Полномочия судей могут быть прекращены только по серьезным основаниям ненадлежащего поведения или некомпетентности в соответствии со справедливыми процедурами, обеспечивающими объективность и беспристрастность и установленными в конституции или в законе. Увольнение судей органами исполнительной власти, например, до истечения срока их полномочий, установленного при их назначении, без сообщаемых им любых конкретных причин и при отсутствии эффективных средств судебной защиты, позволяющих оспорить увольнение, не совместимо с принципом независимости судебной власти. Это же верно, например, и в случае увольнения органами исполнительной власти судей, которым предъявляются обвинения в коррупции, без соблюдения любых процессуальных гарантий, устанавливаемых в законе». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №32 – Стаття 14 (Рівність перед судами і трибуналами і право кожного на справедливий судовий розгляд)» (Дев'яноста сесія – 2007 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared Documents/Forms/AllItems.aspx]

376.1.3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«Стаття 6. Право на справедливий суд

1. Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Судове рішення проголошується публічно, але преса і публіка можуть бути не допущені в зал засідань протягом усього судового розгляду або його частини в інтересах моралі, громадського порядку чи національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або – тією мірою, що визнана судом суворо необхідною, – коли за особливих обставин публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя.

2. Кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку.

3. Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права:

a) бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього;

b) мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту;

c) захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя;

d) допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення;

e) якщо він не розуміє мови, яка використовується в суді, або не розмовляє нею, – одержувати безоплатну допомогу перекладача». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

376.1.4. Основні принципи незалежності судових органів (схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 року)

(ООН, від 13.12.1985)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«1. Незалежність судових органів гарантується державою і закріплюється в конституції або законах країни. Усі державні та інші установи зобов'язані шанувати незалежність судових органів і дотримуватися її.

2. Судові органи вирішують передані їм справи безсторонньо, на основі фактів і відповідно до закону, без будь-яких обмежень, неправомірного впливу, спонуки, тиску, погроз або втручання, прямого чи непрямого, з будь-якого боку і з будь-яких би то не було причин.

3. Судові органи володіють компетенцією стосовно всіх питань судового характеру і мають виняткове право вирішувати, чи входить передана їм справа до їхньої встановленої законом компетенції.

4. Не повинно мати місця неправомірне чи несанкціоноване втручання в процес правосуддя, і судові рішення, винесені суддями, не підлягають перегляду. Цей принцип не перешкоджає здійснюваному відповідно до закону судовому перегляду чи пом'якшенню вироків, винесених судовими органами.

5. Кожна людина має право на судовий розгляд у звичайних судах або трибуналах, які застосовують встановлені юридичні процедури. Не повинні утворюватися трибунали, що не застосовують встановлені належним чином юридичні процедури, з метою підміни компетенції звичайних судів або судових органів.

6. Принцип незалежності судових органів дає судовим органам право і вимагає від них забезпечення справедливого ведення судового розгляду і дотримання прав сторін.

7. Кожна держава-член повинна надавати відповідні засоби, які давали б змогу судовим органам належним чином виконувати свої функції.

8. Відповідно до Загальної декларації прав людини члени судових органів, як і інші громадяни, користуються свободою слова, віровизнання, асоціацій та зборів; однак, керуючись такими правами, судді повинні поводитись завжди таким чином, щоб забезпечити повагу до своєї посади і зберегти неупередженість і незалежність судових органів.

9. Судді володіють свободою організовувати асоціації суддів чи інші організації та вступати до них для оборони своїх інтересів, удосконалення професійної підготовки і збереження своєї судової незалежності.

(…)

15. Судді зобов'язані зберігати професійну таємницю щодо своєї роботи та конфіденційної інформації, отриманої в ході виконання ними своїх обов'язків, за винятком відкритих судових розглядів, і їх не можна примушувати давати свідчення з таких питань.

16. Без шкоди для якоїсь дисциплінарної процедури чи якогось права на апеляцію або компенсацію з боку держави відповідно до національних законів суддям слід користуватися особистим імунітетом від судового переслідування за фінансову шкоду, спричинену в результаті хибних дій чи упущень, які мали місце при здійсненні ними своїх судових функцій.

17. Звинувачення або скарга, що надійшли на суддю в ході виконання ним своїх судових і професійних обов'язків, повинні бути невідкладно і безсторонньо розглянуті згідно з відповідною процедурою. Суддя має право на відповідь і справедливий розгляд. На початковому етапі розглядання скарги має проводитись конфіденційно, якщо суддя не звернеться з проханням про інше.

18. Судді можуть бути тимчасово усунуті від посади або звільнені тільки з причин їх нездатності виконувати свої обов'язки чи поведінки, невідповідної до посади, яку вони займають.

19. Усі процедури покарання, усунення від посади і звільнення мусять визначатися відповідно до встановлених правил судової поведінки.

20. Рішення про дисциплінарне покарання, усунення від посади чи звільнення повинні бути предметом незалежної перевірки. Цей принцип може не застосовуватися до рішень Верховного суду або до рішень законодавчих органів, прийнятих при розгляді справ у порядку імпічменту або при дотриманні аналогічної процедури». [Основні принципи незалежності судових органів (схва-

лені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 року) (ООН, від 13.12.1985). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201]

376.1.5. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності

(ООН, від 15.11.2000)

(ратифіковано 04.02.2004)

*«**Стаття 23. Криміналізація перешкоджання здійсненню правосуддя***

Кожна Держава-учасниця вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть знадобитися для того, щоб визнати в якості кримінально караних такі діяння, коли вони вчиняються навмисно:

a) застосування фізичної сили, погроз чи залякування або обіцянка, пропозиція або надання неправомірної переваги з метою схиляння до давання неправдивих показань або втручання у процес давання показань або подання доказів у ході провадження у зв'язку із вчиненням злочинів, що охоплюються цією Конвенцією;

b) застосування фізичної сили, погроз або залякування з метою втручання у виконання службових обов'язків посадовою особою судових або правоохоронних органів у ході провадження у зв'язку із вчиненням злочинів, що охоплюються цією Конвенцією. Ніщо у цьому підпункті не завдає шкоди праву Держав-учасниць мати законодавство, що забезпечує захист інших категорій публічних посадових осіб». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. (ООН, від 15.11.2000). http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_789]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення в рішеннях ЄСПЛ щодо незалежності судових органів

376.2.1. Справа «Фельдман проти України»

«96. Суд повторює, що з метою вирішення, чи може суд вважатися «незалежним» у розумінні пункту 1 статті 6 Конвенції, необхідно звернути увагу, inter alia, на наявність гарантій від зовнішнього тиску та на питання, чи проявляє він ознаки незалежності.

97. Стосовно вимоги «безсторонності» у розумінні цього положення мають бути застосовано два критерії: перший полягає у намаганні визначити особисте переконання певного судді у конкретній справі, а другий – у з'ясуванні того, чи забезпечував суддя достатні гарантії для виключення будь-якого розумного сумніву з цього приводу». [Фельдман проти України (76556/01 та 38779/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_613]

376.2.2. Справа «Delcourt v. Belgium»

«48. Поняття «bien-fondé» у французький версії тексту пункту 1 статті 6 Конвенції, має на увазі не тільки фактичну обґрунтованість обвинувачення, а й правову». [Delcourt v. Belgium (2689/65). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57467] (Неофіційний авторський переклад).

376.2.3. Справа «Білуха проти України»

«49. Відповідно до усталеної практики Суду наявність безсторонності відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції повинна визначатися за суб'єктивним та об'єктивним критеріями. Відповідно до суб'єктивного критерію беруться до уваги особисті переконання та поведінка окремого судді, тобто чи виявляв суддя упередженість або безсторонність у даній справі. Відповідно до об'єктивного критерію визначається, серед інших аспектів, чи забезпечував суд як такий та його склад відсутність будь-яких сумнівів у його безсторонності. У кожній окремій справі слід вирішувати, чи мають стосунки, що розглядаються, таку природу та ступінь, що свідчать про небезсторонність суду». [Білуха проти України (33949/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_272]

376.2.4. Справа «Prager and Oberschlick v. Austria»

«34. (…) Як гарант справедливості, фундаментальна цінність у правовій державі суд повинен мати суспільну довіру, за якою він буде успішним у виконанні своїх обов'язків. Тому може ви-

никнути необхідність захистити таку довіру від деструктивних нападів, які є суттєво необґрунтованими, особливо з огляду на те, що обов'язок бути стриманим заважає суддям відповідати на критику». [Prager and Oberschlick v. Austria (15974/90). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57926] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ щодо принципу незалежності судових органів

376.3.1. Справа «Фельдман проти України»

Фактичні обставини:

Заявник був віце-президентом, засновником та мажоритарним акціонером КАБ «Слов'янський». 2 лютого 2000 року Державна податкова міліція порушила кримінальну справу за обвинуваченням керівництва банку в ухиленні від сплати податків. 10 березня 2000 року Державна податкова адміністрація порушила іншу кримінальну справу за обвинуваченням керівництва банку у зловживанні службовим становищем. 14 березня 2000 року було порушено кримінальну справу за обвинуваченням заявника у зловживанні службовим становищем, що спричинило тяжкі наслідки.

Того ж дня Державна податкова адміністрація опублікувала прес-реліз, у відповідних частинах якого зазначено таке: «… У ході розслідування кримінальної справи стосовно фінансових махінацій, пов'язаних зі значним відтоком коштів за кордон, було встановлено, що засновники і керівники комерційного акціонерного банку «Слов'янський», зловживаючи службовим становищем, установлювали для себе і своїх родичів підвищені ставки за валютними внесками….. Діяльність зазначених осіб була спрямована на штучне заниження прибутків банку, що давало змогу значно зменшувати розмір податків до Державного бюджету… При цьому всі ці кошти розподілялись у вузькому колі керівників, які фактично були господарями банку».

У квітні 2000 року Інформаційне агентство «УНІАН» поширило інформацію про засідання Координаційного комітету по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю. У відповідних уривках зазначалось: «Справа честі Генеральної прокуратури та Державної податкової адміністрації довести історію з банком «Слов'янський» до логічного кінця» – сказав Президент України під час виступу на цьому засіданні. З його слів, керівництво «Слов'янського» перетворило банк у джерело неконтрольованих особистих прибутків. «У таких ділків високий покровитель і йде скажений тиск на слідство – зазначив Президент». Ці твердження було розповсюджено кількома українськими газетами – «Правда України» (N 61, від 25 квітня 2000 року), «Київські відомості» (N 90, від 22 квітня 2000 року) та «Галицькі контракти» (N 36, вересень 2001 року).

18 квітня, 2 та 16 червня 2000 року Державна податкова міліція порушила ще три кримінальні справи за обвинуваченням заявника та в подальшому об'єднала всі кримінальні справи за обвинуваченням заявника в одне провадження.

21 серпня 2000 року заявнику було пред'явлено обвинувачення в ухиленні від сплати податків, зловживанні службовим становищем, розкраданні колективного майна, а також хабарництві.

Рішення ЄСПЛ:

«92. Посилаючись на пункти 1 та 3 (b), (c) та (d) статті 6 Конвенції, заявник скаржився на те, що провадження у його справі не було справедливим, національні суди не були безсторонніми та порушували його процесуальні права, а також що презумпцію невинуватості було порушено у результаті опублікування у ЗМІ відповідних тверджень.

(…)

98. У цій справі Суд зазначає, що незважаючи на наявність чітких підстав зміни територіальної підсудності, встановлених у Кримінально-процесуальному кодексі, рішення про передання справи заявника до Артемівського суду не було обґрунтовано жодною з них. З матеріалів справи не вбачається, що заявника було повідомлено про причини або юридичні підстави обрання територіальної підсудності у його справі. Суд також зазначає, що побоювання заявника щодо упередженості національних судів при розгляді його справи також підтримувались публічними заявами Президента та Голови Державної податкової адміністрації.

(…)

100. Відповідно у цій справі мало місце порушення пункту 1 статті 6 Конвенції». [Фельдман проти України (76556/01 та 38779/04). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_613]

376.3.2. Справа «Агудімос та Судноплавна компанія «Сефаллоніан скай» проти Греції (Agoudimos and Cefallonian sky shipping CO. v. Greece)»

Фактичні обставини:

30 липня 1984 року багатомандатний цивільний суд першої інстанції постановив рішення проти заявників, посилаючись на пункт 6 (a) статті 86 та пункт 5 статті 88 президентського Указу N 913/1978, що тлумачаться в рішеннях N 127/1984 та 128/1984 Касаційного суду. Заявники подали апеляції.

30 липня 1986 року апеляційний суд задовольнив апеляцію, зазначивши, що законодавство, яке передбачає відповідальність усіх попередніх власників судна за борги перед Фондом NAT, не поширюється на тих власників, які придбали судно, що було виставлене на примусовий продаж із торгів. Апеляційний суд посилався на пункт 6 (a) статті 86 та статтю 88 президентського Указу N 913/1978 у тлумаченні, наведеному в його власному рішенні N 649/1981 та в рішеннях N 8/1983 та 1118/1985 Касаційного суду.

30 червня 1987 року парламент Греції прийняв Закон N 1711/1987, який має назву «Зміна та остаточне оформлення законодавства стосовно Фонду NAT та інші положення». У пункті 6 статті 1 цього Закону містилося прецедентне тлумачення пункту 5 статті 88 президентського Указу N 913/1978; згідно з тлумаченням парламенту, це положення стосується також власників, які придбали судно, виставлене на примусовий продаж із торгів.

Рішення ЄСПЛ:

«27. Заявники скаржаться, що законодавче втручання у судове провадження проти них, в якому іншою стороною виступав Фонд NAT, становило порушення їхнього права на справедливий судовий розгляд (…)

(…)

30. Суд знову підтверджує, що хоча в принципі законодавцеві не заборонено приймати нові положення, які мають зворотну силу, для регулювання прав, що виникають на підставі чинних законів, принцип верховенства права і поняття справедливого судового розгляду, втілені в статті 6 виключають будь-яке втручання законодавця – окрім випадків наявності для цього неспростовних підстав що випливають із загального інтересу, – у процес здійснення правосуддя з метою вплинути на вирішення судом спору.

(…)

33. Отже, прийняття Закону N 1711/1987 у момент, коли в судах тривало це провадження, фактично вирішило суть спору. Після того як Касаційний суд застосував цей Закон у своєму рішенні від 16 квітня 1997 року, подальша підтримка позову втратила сенс.

34. Що стосується аргументу Уряду, що це не був спір між заявниками і державою, Суд зазначає, що органи соціального забезпечення виконують місію державної служби і їхня діяльність має здійснюватися під наглядом відомчих органів.

Отже, не можна не зробити висновок про те, що втручання законодавця в цій справі відбулося в час, коли тривало судове провадження, в якому держава була стороною.

35. Отже, держава порушила права заявників, передбачені пунктом 1 статті 6, здійснивши втручання у спосіб, який гарантував досягнення в судовому провадженні, в якому вона була стороною, результатів на її користь. Тому було допущено порушення цієї статті». [Агудімос та Судноплавна компанія «Сефаллоніан скай» проти Греції (Agoudimos and Cefallonian sky shipping CO. v. Greece). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_023]

376.3.3. Справа «Білуха проти України»

Фактичні обставини:

14 серпня 1997 року заявницю було переведено з посади заступника голови правління Акціонерної компанії «Артемівська райагротехніка» (далі – Компанія). 17 вересня 1997 року заявниця звернулась до Артемівського міського суду з позовною заявою про відновлення її на посаді за-

ступника голови правління. 20 жовтня 1997 року заявницю було звільнено з посади економіста, оскільки вона відмовилась виконувати покладені на неї нові обов'язки. У листопаді 1997 року заявниця подала до Артемівського суду новий позов про скасування наказу про її звільнення, виплату заборгованості по заробітній платі та компенсації. Нова скарга була приєднана до першого провадження.

Листом від 16 лютого 1998 року голова Артемівського суду звернувся до голови правління Компанії з проханням надати суду комп'ютер. У листі зазначалось: «Артемівський районний суд Донецької області просить Вас передати в користування районного суду комп'ютер». Лист містив також написану від руки резолюцію, відповідно до якої прохання слід було задовольнити.

16 грудня 1998 року Артемівський суд частково задовольнив вимоги заявниці. Він зобов'язав Компанію виплатити заявниці заборгованість із заробітної плати та компенсацію в загальній сумі 440,77 грн. Артемівський суд відмовив заявниці у задоволенні скарги стосовно її звільнення.

Висновок ЄСПЛ:

«44. Заявниця скаржилася за п. 1 ст. 6 Конвенції на небезсторонність Артемівського суду та голови цього суду В. Л. Г., який розглядав її справу. Скарга заявниці ґрунтувалась на тому, що Компанія-відповідач безкоштовно забезпечила суд ґратами для вікон та надала комп'ютер, а також відремонтувала опалювальну систему суду. Пункт 1 ст. 6 Конвенції у відповідній частині передбачає наступне: «Кожен має право на справедливий… розгляд його справи… незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру».

(…)

47. Уряд зауважив, що як Артемівський суд, так і голова суду В. Л. Г. були безсторонніми. Зокрема, Уряд зазначив, що заявниця мала можливість представити свої аргументи стосовно процесуальних та матеріальних аспектів справи, які суди належним чином розглянули та надали на них відповідь. Остаточне рішення Артемівського суду було розглянуто апеляційним та касаційним судами, які дійшли висновку, що суд першої інстанції дотримався процесуальних вимог. Більше того, Артемівський суд задовольнив вимогу заявниці про зміну формулювання причин її звільнення. Далі Уряд зауважив, що сам факт того, що голова суду при виконанні своїх управлінських функцій розпочав ділові стосунки зі стороною у провадженні, не міг вплинути на його рішення у справі. Таким чином, у справі не було ознак суб'єктивної або об'єктивної небезсторонності з боку голови суду В. Л. Г.

48. Заявниця не погодилась.

(…)

54. Суд зазначає, що Уряд не оспорював твердження заявниці стосовно того, що голова Артемівського суду, який одноособово розглядав справу заявниці у суді першої інстанції та чиї рішення були залишені без змін судами вищих інстанцій, просив та безоплатно отримував певне майно від Компанії-відповідача. На думку Суду, за цих обставин побоювання заявниці щодо небезсторонності голови В. Л. Г. можна вважати об'єктивно виправданими, незважаючи на той факт, що Артемівський суд задовольнив одну із скарг заявниці. Більше того, суди вищих інстанцій, розглядаючи скарги заявниці, не взяли до уваги її твердження щодо цього питання.

55. Отже, було порушено п. 1 ст. 6 Конвенції». [Білуха проти України (33949/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_272]

376.3.4. Справа «Газета «Україна-Центр» проти України»

Фактичні обставини:

Підприємство-заявник є товариством з обмеженою відповідальністю під назвою «Редакція газети «Україна-Центр», зареєстрованим у м. Кіровограді, Україна.

У червні 2002 року проводилися вибори голови міської ради м. Кіровограда. 12 червня 2002 року під час виборчої компанії було проведено дві прес-конференції щодо цих виборів в Українському незалежному інформаційному агентстві новин (далі – УНІАН). Під час цих прес-конференцій місцевий журналіст м. Кіровограда, пан М., звинуватив одного з кандидатів, пана Я., у замовленні його вбивства за 5 тисяч доларів США. Ця інформація разом з іншими новинами

була розповсюджена УНІАН електронною поштою та розміщена на його веб-сайті. 14 червня 2002 року підприємство-заявник опублікувало статтю під заголовком «Столичні гастролі», у якій були описані вищезгадані прес-конференції, що проводились 12 червня 2002 року.

У серпні 2002 року пан Я. звернувся до Ленінського районного суду м. Кіровограда з цивільним позовом до підприємства-заявника та пана М., скаржачись, що фраза: «[Пан] М. звинуватив [пана] Я. «у замовленні його вбивства» і навіть назвав суму «замовлення» – 5 тисяч доларів США», опублікована підприємством-заявником, не відповідала дійсності та принижувала його гідність. Він стверджував, що ця публікація вплинула на його професійне та приватне життя та завдала шкоди його репутації як особистості, юриста та політика.

10 грудня 2002 року суддя Ленінського суду пані Б., розглядаючи справу одноособово, встановила, що звинувачення, висунуті паном М. та підприємством-заявником про те, що пан Я. замовив вбивство пана М., не відповідали презумпції невинуватості, гарантованій Конституцією України.

Підприємство-заявник подало апеляційну скаргу на рішення суду першої інстанції. Воно скаржилось, зокрема, що суддя Б. не могла бути безсторонньою, тому що пан Я. був головою обласної ради суддів і заступником голови обласного відділення Союзу адвокатів, і як суддя та юрист суддя Б. залежала від позивача. 12 березня 2003 року апеляційний суд Кіровоградської області залишив рішення суду першої інстанції без змін, але зменшив суму присудженої компенсації. Підприємство-заявника було зобов'язано сплатити 50 000 грн компенсації.

2 жовтня 2003 року Верховний Суд України залишив без змін рішення судів нижчих інстанцій.

Рішення ЄСПЛ:

«34. Суд зазначає, що позивач у цій справі обіймав посаду голови обласної ради суддів. Незважаючи на твердження Уряду про те, що рада суддів є колегіальним органом, вбачається, що національне законодавство надає голові такої ради право на порушення дисциплінарного провадження щодо інших суддів. Підприємство-заявник надало матеріали щодо моніторингу незалежності суддів, які свідчать про можливий ризик того, що на суддів може чинитися вплив шляхом погроз порушити дисциплінарне провадження та винести інші пов'язані з кар'єрою рішення, що належить до компетенції голови ради суддів. Таким чином, підприємство-заявник могло небезпідставно передбачати можливий конфлікт інтересів у зазначеному судовому розгляді. Крім того, заступник Голови Верховного Суду України частково задовольнив клопотання відповідачів і хоча не передав справу до суду м. Києва, як вони того вимагали, проте передав її до суду першої інстанції в іншій області України. Хоча це рішення заступника Голови Верховного Суду України не містило чітких підстав для передачі справи, з нього вбачалось, що побоювання підприємства-заявника щодо ризику упередженості судів Кіровоградської області були небезпідставними. Таким чином, на думку Суду, побоювання підприємства-заявника щодо небезсторонності суддів судів першої та апеляційної інстанцій можуть вважатися об'єктивно виправданими. Крім того, при розгляді скарг підприємства-заявника суди вищих інстанцій не брали до уваги його аргументи з цього питання.

35. Таким чином, у цій справі мало місце порушення пункту 1 статті 6 Конвенції». [Газета «Україна-Центр» проти України (16695/04). https://minjust.gov.ua/files/1982]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 376–381 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

376.4.1. Неправосудним у розумінні ст. 376 КК України слід вважати, зокрема, рішення суду в кримінальній справі, яке хоча і відповідає фактичним обставинам, але характеризується завідомо неправильною кваліфікацією чи іншою завідомо неправильною правовою оцінкою діяння, вчиненого підсудним.

(Див.: 376.2.2)

Наприклад, наявні ознаки втручання в діяльність судових органів у діях особи, вчинених з метою добитися винесення рішення з кваліфікацією умисного вбивства як вбивство через необережність. Так само неправосудним у розумінні ст. 376 КК України буде вирок, у якому правиль-

но відображені обставини справи, що виключають злочинність діяння (статті 36–43 КК України), однак, незважаючи на це в результаті втручання в діяльність судових органів особа засуджена до покарання.

376.4.2. Формою (способом) втручання в діяльність судді можуть бути публічні заяви державного діяча чи іншої компетентної службової особи стосовно змісту обвинувачення за кримінальною справою та (або) щодо вини обвинуваченої особи.

(Див.: 376.2.1 і 376.3.1)

376.4.3. Правова позиція ЄСПЛ: втручанням законодавчого органу у процес здійснення правосуддя визнано прийняття законодавчого акта та надання йому зворотної дії, що вплинуло на вирішення судом конкретного спору на користь держави.

(Див.: 376.2.1; 376.3.2)

У цьому випадку відсутній склад розглядуваного злочину (ст. 376 КК України) з огляду на те, що законодавчий орган за кримінальним правом України не має ознак суб'єкта злочину. Однак зазначена ситуація означає вірогідність визнання ЄСПЛ наявності порушення приписів ст. 6 Конвенції «Право на справедливий суд».

376.4.4. Безкоштовне надання суду матеріальних цінностей чи безоплатних послуг однією із сторін судового спору слід визнати формою (способом) втручання в діяльність судових органів

(Див.: 376.2.3 і 376.3.3)

376.4.5. Правова позиція ЄСПЛ: суд не може вважатися незалежним та безстороннім, якщо він розглядає справу, в якій стороною провадження є голова ради суддів цього регіону.

(Див.: 376.3.4)

Викладені у справі обставини свідчать про відсутність складу злочину, оскільки відсутні дані про вчинення головою ради суддів будь-яких дій, що могли бути визнані втручанням у діяльність судових органів. Однак така або схожа ситуація (у випадку виникнення) містить значні ризики щодо визнання ЄСПЛ наявності порушення приписів ст. 6 Конвенції «Право на справедливий суд».

376.4.6. Склад цього злочину (ст. 376 КК України) утворює, зокрема, безпідставне застосування до судді дисциплінарних стягнень, прийняття рішень, пов'язаних із виплатами винагороди, збереженням займаної посади, просуванням по службі судді з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків або добитися винесення неправосудного рішення, а так само – зупинення та припинення повноважень судді з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків.

(Див.: 376.1.2; 376.1.4)

376.4.7. Окремі злочини проти правосуддя слід відмежовувати від адміністративних правопорушень, відповідальність за які передбачена статтями 185[5], 185[11] КпАП. Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» у розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за вказаними статтями КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за ст. 376, ст. 381 КК України, існує вірогідність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 382. Невиконання судового рішення

1. Умисне невиконання вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, або перешкоджання їх виконанню –

карається штрафом від п'ятисот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені службовою особою, –

караються штрафом від семисот п'ятдесяти до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені службовою особою, яка займає відповідальне чи особливо відповідальне становище, або особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею, або якщо вони заподіяли істотну шкоду охоронюваним законом правам і свободам громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

4. Умисне невиконання службовою особою рішення Європейського суду з прав людини, рішення Конституційного Суду України та умисне недодержання нею висновку Конституційного Суду України –

карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 382 в редакції Закону № 2453-VI від 07.07.2010; із змінами, внесеними згідно із Законом № 721-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; із змінами, внесеними згідно із Законами № 767-VII від 23.02.2014, № 2136-VIII від 13.07.2017)

§1. Норми міжнародного права
щодо виконання судових рішень

382.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
*«**Стаття 6. Право на справедливий суд***

1. Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

382.1.2. Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 20.03.1952)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
*«**Стаття 1. Захист власності***

Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права.

Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів». [Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 20.03.1952). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_535]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ про невиконання судового рішення

382.2.1. Справа «Immobiliare Saffi v. Italy»

«63. (…) Суд нагадує, що право на суд буде ілюзорним, якщо внутрішня правова система Договірної Держави дозволить остаточне, обов'язкове судове рішення залишати невиконаним на шкоду одній стороні. Було б незрозуміло, якби в пункті 1 статті 6 Конвенції детально описати процедурні гарантії, надані сторонами – справедливі, публічні та оперативні процедури – без за-

хисту виконання судових рішень. Стверджувати, що стаття 6 Конвенції стосується виключно доступу до суду та судового розгляду справи, може призвести до ситуацій, несумісних з принципом верховенства права, які Договірні держави зобов'язували поважати, коли вони ратифікували Конвенцію. Виконання рішення, винесеного будь-яким судом, повинно розглядатися як невід'ємна частина судового розгляду для цілей статті 6 Конвенції.

(…)

66. Суд повторює, що право на суд, як гарантується статтею 6 Конвенції, також захищає виконання остаточних, обов'язкових судових рішень, які не можуть залишатися невиконаними на шкоду одній стороні в державах, які визнають верховенство права. Відповідно, виконання судового рішення не може бути надмірно затримане.

(…)

74. На закінчення, хоча можливо припустити, що Договірні держави можуть, у виняткових випадках (…), з метою контролю використання майна, втручатися у провадження щодо виконання судового рішення, але наслідком такого втручання не повинно стати перешкоджання, незаконне чи необґрунтоване затримання виконання рішення та, тим більше, спотворення сутності самого рішення». [Immobiliare Saffi v. Italy (22774/93). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58292] (Неофіційний авторський переклад).

382.2.2. Справа «Панов проти України»

«23. Насамкінець Суд повторює, що він неодноразово постановляв, що у законодавстві України немає засобів юридичного захисту щодо невиконання рішень національних судів, постановлених проти органів державної влади». [Панов проти України (21231/05). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_897]

382.2.3. Справа «Васильєв проти України»

«29. Проте Суд нагадує, що він уже зазначав у схожих справах, що виконання рішень суду, в яких відповідачем є державні органи, можливо виконати, якщо державою передбачені та визначені асигнування на відповідні видатки Державного бюджету України шляхом здійснення відповідних законодавчих заходів.

Українська правова система не наділяє ані суди, ані Державну виконавчу службу повноваженням скасовувати закон або примушувати державу вносити зміни до Закону «Про державний бюджет». Відповідно навіть за умови, що національні суди змогли б прийняти відповідне рішення на користь заявника за його скаргою на дії виконавчої служби, виконання рішення щодо боржника все ще залишалося обов'язком держави.

30. Суд також зазначає, що, отримавши рішення та виконавчий лист проти конкретного державного органу, заявники не зобов'язані порушувати, за своєю власною ініціативою, інші провадження проти різноманітних державних органів щодо своїх вимог». [Васильєв проти України (10232/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_104]

382.2.4. Справа «Прокоп'єва проти України»

«23. Суд нагадує свою практику, відповідно до якої неплатоспроможність підприємства приватної форми власності не може тягнути за собою відповідальності держави за Конвенцією і Протоколами до неї». [Прокоп'єва проти України (48771/06). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_772]

382.2.5. Справа «Фуклєв проти України»

«67. (…) Суд звертає увагу, що відповідальність держави щодо виконавчого провадження про стягнення з приватного підприємства поширюється тільки на залучення державних органів, включаючи національні суди, у виконавче провадження.

68. Таким чином, Суд вважає, що він має повноваження дослідити, чи виконали органи державної влади свій позитивний обов'язок щодо виконання рішення, винесеного на користь заявника, про стягнення з приватного підприємства». [Фуклєв проти України (71186/01). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_022]

382.2.6. Справа «Чіжов проти України»

«40. Суд повторює, що затримка у виконанні рішення [суду] не повинна бути такою, що порушує саму сутність права, яке захищається п. 1 ст. 6 Конвенції». [Чіжов проти України (6962/02). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/main/tt798022/sort/page24]

382.2.7. Справа «Hasan and Chaush v. Bulgaria»

«87. Суд також погоджується з Комісією, що повторна відмова уряду Болгарії виконувати постанови Верховного Суду Болгарії 1996 та 1997 років є явно незаконним актом особливої ваги. Верховенство права, один з основних принципів демократичного суспільства, притаманний усім статтям Конвенції і тягне за собою обов'язок держави та будь-якої державної влади виконувати судові накази чи рішення проти нього». [Hasan and Chaush v. Bulgaria (30985/96). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58921] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо відповідальності за невиконання судового рішення

382.3.1. Справа «Gillberg v. Sweden»

Фактичні обставини:

Заявник є професором, що спеціалізується на дитячій та підлітковій психіатрії в Ґетеборзькому університеті. У період між 1977 і 1992 роками в Ґетеборзькому університеті був проведений науково-дослідний проект у сфері психоневрології.

Заявник стверджував, що у своїй дозвільній документації Комітет з етики Ґетеборзького університету визначив як умову, щоб конфіденційна інформація про осіб, які беруть участь у дослідженні, була доступною тільки заявнику та його співробітникам, а тому він пообіцяв пацієнтам і їх батькам абсолютну конфіденційність. На цій підставі заявник відмовився надати матеріали дослідження іншим науковцям, які звернулися з відповідним запитом до Ґетеборзького університету. Він також відмовився виконувати рішення кількох судів, якими зазначеним науковцям був дозволений доступ до результатів досліджень заявника. Запит про перегляд рішень, поданий заявником до Вищого адміністративного суду, було відхилено 28 вересня 2004 року і 1 липня 2005 року. Тим часом, за словами заявника, у вихідні дні з 7 по 9 травня 2004 року троє його колег знищили матеріали дослідження.

18 січня 2005 року Парламентський омбудсмен вирішив порушити кримінальне провадження щодо заявника, а своїм рішенням від 27 червня року районний суд визнав заявника винним у зловживанні службовим становищем відповідно до статті першої 20-го розділу Кримінального кодексу Швеції. Заявника було засуджено до умовного терміну покарання і присуджено сплатити штраф у розмірі п'ятдесяти неоподаткованих добових доходів розміром у 750 шведських крон, що в цілому склало 37500 шведських крон (приблизно 4000 євро).

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«60. Заявник передусім стверджував, що відповідно до статті 8 Конвенції він мав право не поширювати конфіденційну інформацію і що це право було порушене його засудженням у кримінальному порядку.

61. Він також стверджував, що засудження вплинуло на його моральний стан, репутацію і честь до такої міри, щоб підпадати під дію статті 8, а також що він постраждав особисто, соціально, психологічно й економічно. Щодо останнього пункту, то він втратив дохід тому, що його звільнили з Норвезького інституту громадського здоров'я і що за час розгляду справи він міг би написати щонайменше п'ять книг.

62. Заявник стверджував, що національні органи влади поставили його перед нерозв'язуваною дилемою: або порушити дану учасникам дослідження обіцянку таємності, виконавши рішення Адміністративного апеляційного суду, що, на його думку, було неправильним, або відмовитися виконувати зазначені рішення і ризикувати бути засудженим за зловживання службовим становищем. Він вирішив дотриматися своєї обіцянки зберігати таємницю і через це отримав широку підтримку численних відомих і шанованих вчених.

(…)

68. Заявник також стверджував, що засудження у кримінальному порядку негативно вплинуло на його моральний і психологічний стан та що йому було завдано шкоди в особистому, соціальному, психологічному й економічному планах. Суд зауважує, що захист морального і психологічного стану особи є важливим аспектом статті 8 Конвенції. Однак він зазначає, що в прецедентній практиці Суду ніколи не було визнано, що саме по собі засудження у кримінальному порядку становить порушення права засудженого на повагу до його приватного життя. Суд не ігнорує той факт, що таке засудження може спричинити для засудженої особи особисті, соціальні, психологічні та економічні труднощі. Проте, на думку Суду, такі результати можуть бути передбачуваними наслідками вчинення кримінального правопорушення, а тому на них не слід посилатися з метою подання скарги про те, що саме по собі засудження становить втручання в право на повагу до «приватного життя» за змістом статті 8 Конвенції.

(…)

74. Отже, у світлі фактів цієї справи Суд вважає, що права заявника, передбачені статтею 8 Конвенції, не були порушені.

(…)

79. На думку заявника, за змістом статті 10 Конвенції він був наділений негативним правом не передавати матеріали дослідження, про які йде мова.

(…)

94. Суд не може підтримати думку заявника про те, що за змістом статті 10 він мав «негативне» право відмовитися пред'явити матеріали дослідження, які належали його роботодавцю, і тим самим відмовити К. і Е. в їх праві на доступ до них, визначеному Адміністративним апеляційним судом.

Як видається, Заявник також стверджував, що його скарга підпадає під дію статті 10 Конвенції, тому що його ситуація була подібною до ситуації журналістів, які захищають свої джерела. Проте Суд відзначає, що відповідна судова практика з цього питання стосується позитивного права журналістів на свободу вираження поглядів. Крім того, поширювана журналістом інформація, яку той отримав від свого джерела, зазвичай належить журналісту чи засобу масової інформації, тоді як у цій справі матеріали дослідження вважалися такими, що належать Ґетеборзькому університету, а отже, знаходилися у суспільному надбанні. Тому на матеріали дослідження, про які йде мова, поширювався принцип відкритого доступу до офіційних документів на підставі законів «Про свободу преси» і «Про таємницю», які, як правило, дозволяють громадськості та засобам масової інформації здійснювати контроль над державою, муніципалітетами та іншими частинами державного сектору; у свою чергу, це сприяє вільному обміну думками та ідеями, а також ефективному і належному управлінню громадськими справами. З іншого боку, в цій справі відмова заявника виконати рішення Адміністративного апеляційного суду через ненадання К. і Е. доступу до матеріалів дослідження перешкодила вільному обміну думками та ідеями стосовно дослідження, про яке йде мова, зокрема, стосовно доказів і методів, які застосовували дослідники, щоб дійти до своїх висновків, і які становили основний інтерес для К. і Е. За цих обставин Суд вважає, що ситуацію заявника не можна порівнювати із ситуацією журналістів, які захищають свої джерела.

(…)

96. (…) Суд зазначає, що оскільки заявник не був наділений учасниками дослідження повноваженнями їхнього лікаря, він не мав перед ними жодних зобов'язань зберігати професійну таємницю. Крім того, заявника не просили давати свідчення, і немає жодної вказівки на те, що якщо б він виконав рішення Адміністративного апеляційного суду, це мало би вплив на інші провадження, як це може мати місце при порушенні професійної таємниці адвокатом. За цих обставин Суд вважає, що ситуацію заявника не можна порівнювати із ситуацією адвоката, пов'язаного обов'язком зберігати професійну таємницю щодо своїх клієнтів.

97. Отже, у світлі фактів цієї справи Суд вважає, що права заявника, передбачені статтею 10 Конвенції, не було порушено». [Gillberg v. Sweden (41723/06). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–110144]

382.3.2. Справа «Пономарьов проти України»
Фактичні обставини:
(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)
Рішення ЄСПЛ:
«52. Заявник скаржився на дії державного виконавця за кримінальним законодавством, але розслідування не встановило вини державного виконавця у невиконанні рішення суду. Тим не менше заявник не оскаржив до суду постанову від 7 вересня 2004 року про закриття кримінальної справи проти державного виконавця. Також він не подав цивільний позов щодо стягнення з виконавчої служби шкоди через невиконання рішення суду, винесеного на його користь.

53. Суд повторює, що, як він вже встановлював у схожих справах, законодавство України передбачає можливість оскарження до суду законності дій та бездіяльності державної виконавчої служби під час виконавчого провадження та вимагати від державної виконавчої служби відшкодування шкоди, завданої через затримку виплати присудженої (…) ». [Пономарьов проти України (3236/03). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_434]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 382 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

382.4.1. Конвенція не містить норм, які прямо й безпосередньо регулювали питання виконання судових рішень. Однак позиція Європейського суду з прав людини, яка чітко прослідковується в його рішеннях, полягає в тому, що безумовне виконання рішень національних судів є невід'ємною складовою права на справедливий судовий розгляд, гарантований ст. 6 Конвенції «Право на справедливий суд».
(Див.: 382.1.1)

382.4.2. Скарги про невиконання судових рішень про виплату заробітної плати, виділення житла та інших питань, пов'язаних із володінням майном, ЄСПЛ розглядає за ст. 1 Першого протоколу до Конвенції.
(Див.: 382.1.2)

382.4.3. На практиці стаття 382 КК України не застосовується у випадках невиконання судових рішень (у т.ч. рішень ЄСПЛ) державними органами.
(Див.: 382.2.2; 382.2.3)

382.4.4. До розгляду ЄСПЛ приймає (може прийняти) скарги на: 1) невиконання судових рішень органами державної влади, а також організаціями, підприємствами, установами державної форми власності; 2) дії (бездіяльність) органів виконавчої служби; 3) рішення національних судів щодо виконавчого провадження; 4) рішення національних судів та органів досудового розслідування щодо притягнення (непритягнення) боржників до кримінальної відповідальності за ст. 382 КК України.
(Див.: 382.2.4; 382.2.5; 382.3.2)

382.4.5. Посилання особи на те, що виконання нею судового рішення порушить її права чи примушує її скоїти правопорушення, не можуть прийматися як законна підстава для умисного невиконання вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, або перешкоджання їх виконанню.
(Див.: 382.3.1)

Стаття 383. Завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину

1. Завідомо неправдиве повідомлення суду, прокурору, слідчому або органу досудового розслідування про вчинення злочину –

карається виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до двох років.

2. Ті самі дії, поєднані з обвинуваченням особи в тяжкому чи особливо тяжкому злочині або із штучним створенням доказів обвинувачення, а також вчинені з корисливих мотивів, –

караються обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

(Стаття 383 із змінами, внесеними згідно із Законом № 4652-VI від 13.04.2012)

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо правової оцінки повідомлення про вчинення злочину

383.3.1. Справа «Сірик проти України»
Фактичні обставини:

23 березня 2005 року заявниця надіслала до Державної податкової адміністрації України листа, у якому скаржилася на те, що керівництво Національної академії державної податкової служби України (далі – Академія), яка підпорядковується Державній податковій адміністрації України, де навчався її син до його відрахування у 2004 році, займається протиправною та корупційною діяльністю. У квітні 2005 року С., яка була у той час першим проректором Академії, звернулася до Києво-Святошинського районного суду з позовом до заявниці про захист честі та гідності. С. стверджувала, що листом від 23 березня 2005 року заявниця поширила неправдиві твердження про неї, які зашкодили її честі та гідності, та просила суд зобов'язати заявницю спростувати свої заяви. С. також вимагала відшкодування моральної шкоди.

25 червня 2005 року Києво-Святошинський районний суд на підставі статей 277 і 280 Цивільного кодексу України 2003 року частково задовольнив позовні вимоги С. Суд дійшов висновку, що заявниця не довела правдивість викладених у листі тверджень про те, зокрема, що С. вимагала від заявниці платню за кожен екзамен і залік, які мав здавати син заявниці, що дії С. свідчили про перевищення службових повноважень. Суд визнав зазначені твердження недостовірними і такими, що порочать честь і гідність, та зобов'язав заявницю спростувати їх шляхом відкликання оскаржуваного листа. Суд також постановив стягнути із заявниці на користь С. 1000 гривень відшкодування моральної шкоди.

Рішення ЄСПЛ:

«37. У цьому контексті Суд зауважує, що згідно з рішенням Конституційного Суду від 10 квітня 2003 року звернення до правоохоронного органу про порушення прав особи посадовими особами цього органу при виконанні ними своїх службових обов'язків не може вважатись поширенням відомостей, які порочать честь, гідність чи ділову репутацію (…).

42. У справі, яка розглядається, заявниця надіслала свою скаргу щодо С. до державного органу, підлеглою якого остання була, приватним листом і не оприлюднювала його. Отже, вимоги захисту за статтею 10 Конвенції необхідно оцінювати не у відношенні інтересів свободи преси або відкритого обговорення питань, які становлять гострий громадський інтерес, а швидше у відношенні права заявниці повідомляти про порушення у діях посадової особи органу, компетентному розглядати такі скарги. У цьому контексті Суд повторює, що одним із принципів верховенства права є те, що громадяни повинні мати можливість повідомляти компетентних посадових осіб держави про поведінку державних службовців, яка їм видається неправомірною або незаконною.

43. Суд зазначає, що заявниця надіслала свого листа, перш за все, з метою перевірки компетентними органами незаконного – на її думку – поводження деяких державних службовців. Зокрема, заявниця надіслала свою скаргу до державного органу, відповідального за контроль за діяльністю Академії та її працівників, і просила вивчити питання. Ніщо не свідчить про те, що заявниця не діяла в рамках, установлених законом для подання подібних скарг.

(…)

46. Суд також зауважує, що, хоча у листі заявниці містилися серйозні твердження про факти корупції, незаконної розтрати державних коштів та інших зловживань посадовим становищем, відповідальність за які покладалася на посадових осіб Академії, у ньому також були твердження, які аргументовано можна назвати оціночними судженнями (…).

48. За цих обставин Суд доходить висновку, що притягнення заявниці до цивільної відповідальності за подання до державного органу скарги щодо стверджуваних порушень з боку посадової особи держави було непропорційним цілі, яка переслідувалася, а саме – захисту репутації та прав відповідної посадової особи. Таким чином, було порушення статті 10 Конвенції». [Сірик проти України (6428/07). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_939]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 383 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

383.4.1. Визначення правового статусу адресата повідомлення про вчинення злочину може бути утруднено коли повідомлення (лист, заява) спрямовано до керівництва органу досудового розслідування і в ньому повідомляється про вчинення злочину працівниками зазначеного органу. Таке повідомлення можна розглядати як скаргу керівництву стосовно поведінки їх підлеглих, і як повідомлення про злочин.

(Див.: 383.3.1)

У пункті 46 свого рішення ЄСПЛ зауважив: « (…) у листі заявниці містилися серйозні твердження про факти корупції, незаконної розтрати державних коштів та інших зловживань посадовим становищем, відповідальність за які покладалася на посадових осіб Академії».

Однак зазначена інформація стосовно кримінально-правового аспекту цієї справи не була предметом подальшого аналізу і ЄСПЛ не надав оцінки відсутності процесуального рішення за змістом звинувачень керівництва Академії у вчинені злочинів. Зокрема, залишилось нез'ясованим чому не було відкрите кримінальне провадження ні стосовно керівництва Академії (за звинуваченнями заявниці), ні стосовно заявниці (за завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину).

Стаття 384. Введення в оману суду або іншого уповноваженого органу

1. Завідомо неправдиве показання свідка, потерпілого, завідомо неправдивий висновок експерта, складені для надання або надані органу, що здійснює досудове розслідування, виконавче провадження, суду, Вищій раді правосуддя, тимчасовій слідчій чи спеціальній тимчасовій слідчій комісії Верховної Ради України, подання завідомо недостовірних або підроблених доказів, завідомо неправдивий звіт оцінювача про оцінку майна, а також завідомо неправильний переклад, зроблений перекладачем у таких самих випадках, –

караються виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Ті самі дії, поєднані з обвинуваченням у тяжкому чи особливо тяжкому злочині, або зі штучним створенням доказів обвинувачення чи захисту, а також вчинені з корисливих мотивів, –

караються виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

(Стаття 384 із змінами, внесеними згідно із Законами № 2456-IV від 03.03.2005, № 890-VI від 15.01.2009 – Закон визнано неконституційним згідно з Рішенням Конституційного Суду № 20-рп/2009 від 10.09.2009; із змінами, внесеними згідно із Законами № 2677-VI від 04.11.2010, № 245-VII від 16.05.2013, № 2136-VIII від 13.07.2017, № 2147-VIII від 03.10.2017)

Стаття 385. Відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків

1. Відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача без поважних причин від виконання покладених на них обов'язків у суді, Вищій раді правосуддя,

Конституційному Суді України або під час провадження досудового розслідування, здійснення виконавчого провадження, розслідування тимчасовою слідчою комісією Верховної Ради України –

караються штрафом від п'ятдесяти до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців.

2. Не підлягає кримінальній відповідальності особа за відмову давати показання під час провадження досудового розслідування або в суді щодо себе, а також членів її сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом.

(Стаття 385 із змінами, внесеними згідно із Законами № 2456-IV від 03.03.2005, № 890-VI від 15.01.2009 – Закон визнано неконституційним згідно з Рішенням Конституційного Суду № 20-рп/2009 від 10.09.2009; із змінами, внесеними згідно із Законом № 4652-VI від 13.04.2012, № 2136-VIII від 13.07.2017, № 2147-VIII від 03.10.2017)

Стаття 386. Перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку

Перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта до суду, органів досудового розслідування, тимчасових слідчих та спеціальної тимчасової слідчої комісії Верховної Ради України, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку, а також до давання завідомо неправдивих показань чи висновку шляхом погрози вбивством, насильством, знищенням майна цих осіб чи їх близьких родичів або розголошення відомостей, що їх ганьблять, або підкуп свідка, потерпілого чи експерта з тією самою метою, а також погроза вчинити зазначені дії з помсти за раніше дані показання чи висновок –

караються штрафом від п'ятдесяти до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців.

(Стаття 386 із змінами, внесеними згідно із Законом № 890-VI від 15.01.2009 – Закон визнано неконституційним згідно з Рішенням Конституційного Суду № 20-рп/2009 від 10.09.2009; із змінами, внесеними згідно із Законами № 4652-VI від 13.04.2012, № 245-VII від 16.05.2013)

Стаття 387. Розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування

1. Розголошення без письмового дозволу прокурора, слідчого або особи, яка провадила оперативно-розшукову діяльність, даних оперативно-розшукової діяльності або досудового розслідування особою, попередженою в установленому законом порядку про обов'язок не розголошувати такі дані, –

карається штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років.

2. Розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування, вчинене суддею, прокурором, слідчим, працівником оперативно-розшукового органу незалежно від того, чи приймала ця особа безпосередню участь в оперативно-розшуковій діяльності, досудовому розслідуванні –

карається штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дія, передбачена частиною другою цієї статті, якщо розголошені дані ганьблять людину, принижують її честь і гідність, –

карається обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

(Стаття 387 із змінами, внесеними згідно із Законами № 4652-VI від 13.04.2012, № 2213-VIII від 16.11.2017)

§1. Норми міжнародного права
щодо питань, пов'язаних з відповідальністю за розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування

387.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«Стаття 10. Свобода вираження поглядів
1. Кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Ця стаття не перешкоджає державам вимагати ліцензування діяльності радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств.
2. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо відповідальності за розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування

387.3.1. Справа «Bédat v. Switzerland»
Фактичні обставини:
5 жовтня 2003 року заявник, журналіст, опублікував у щоденній газеті статтю, що стосується кримінального провадження проти автомобіліста, який був затриманий за порушення правил безпеки дорожнього руху, в результаті чого загинули троє потерпілих. У статті викладений зміст обвинувачення, резюме питань, що ставилися працівниками поліції та суддею-слідчим, а також відповіді обвинуваченого тощо. Проти заявника прокурором було розпочато кримінальне провадження прокурора за розкриття таємниці слідства. У червні 2004 року суддя-слідчий засудив заявника до тюремного ув'язнення на місяць, з відстрочкою виконання на один рік. Згодом суд замінив тюремне ув'язнення штрафом у розмірі 4000 швейцарських франків.
Рішення ЄСПЛ:
(неофіційний авторський переклад)
«51. Зокрема, не можна вважати, що питання, які вирішуються судами, не можуть до їх розгляду або одночасно з ним породжувати дискусії за межами судів, будь то в спеціалізованих журналах, великих газетах або в суспільстві в цілому. Функції засобів масової інформації, що складається в поширенні подібної інформації та ідей, кореспондує право громадськості на їх отримання. Проте не можна забувати про право кожної особи на справедливий судовий розгляд, гарантоване пунктом 1 статті 6 Конвенції, і у кримінальних справах, що включає право на розгляд справи неупередженим судом.
(…)
55. У цій справі праву заявника на інформування громадськості та праву суспільства на отримання інформації були протиставлені рівною мірою важливі публічні та приватні інтереси, що захищаються забороною на розголошення інформації, що становить таємницю кримінального розслідування. До цих питань належать також авторитет і неупередженість правосуддя, ефективність кримінального розслідування і право обвинуваченого на презумпцію невинуватості та захист конфіденційності приватного життя.
56. Суд нагадує, що спосіб отримання особою інформації, визнаної конфіденційною або секретною, може мати значення при встановленні балансу між інтересами в контексті пункту 2 статті 10.
57. У цій справі сторони не стверджували, що заявник отримав відповідну інформацію незаконним шляхом. Проте даний фактор необов'язково має вирішальне значення при оцінці того, чи виконав він свої обов'язки, і ніс він відповідальність, коли публікував дану інформацію.

Справа в тому, що, як правильно зазначила Палата Європейського Суду, заявник, будучи журналістом за фахом, не міг не знати про конфіденційність інформації, яку він планував опублікувати.

(…)

68. Підкреслюючи, що права, гарантовані статтею 10 і пунктом 1 статті 6 Конвенції, в принципі заслуговують рівного захисту, Європейський Суд нагадує, що надання особливого захисту таємниці судового розслідування є правомірним з огляду на її важливість для провадження у кримінальній справі, зокрема, для здійснення правосуддя та забезпечення права осіб, щодо яких проводиться розслідування, на презумпцію невинуватості. Європейський Суд зазначає, що таємниця слідства має на меті захист, з одного боку, інтересів провадження у кримінальній справі для попередження небезпеки змови, зміни або знищення доказів, а, з іншого боку, інтересів обвинуваченого з урахуванням презумпції невинуватості і в більш загальному контексті його відносин та інтересів. Така секретність виправдовується також необхідністю захисту процесів формування думки і прийняття рішень судовими органами.

(…)

70. Велика палата Європейського Суду вважає, що не можна очікувати від держави-відповідача, що вона надасть ex post facto докази того, що даний вид публікації дійсно вплинув на хід провадження у конкретній справі. Небезпека здійснення впливу на провадження у справі виправдовує per se прийняття державними органами стримуючих заходів, таких як заборона розголошення секретної інформації. Необхідно мати можливість оцінити правомірність даних заходів відповідно до внутрішньодержавного законодавства, а також їх відповідність вимогам Конвенції в момент прийняття цих заходів, а не в світлі, як стверджує заявник, наступних факторів, що визначили реальний вплив публікацій на судовий розгляд.

(…)

82. Беручи до уваги вищевикладене та враховуючи межі розсуду, наявні у Договірних Сторін, а також факт встановлення Федеральним судом Швейцарії балансу між різними, такими, що суперечать один одному інтересами, Європейський Суд визнає, що у справі не було допущено порушення статті 10 Конвенції». [Bédat v. Switzerland (56925/08). ECHR 2016-III. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–161898]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 387 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

387.4.1. Склад цього злочину сформульований як формальний, і відповідальність за розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування настає незалежно від того, чи спричинено такими діями реальна шкода інтересам правосуддя. Притягнення до відповідальності в таких випадках не суперечить приписам ст. 10 Конвенції про свободу вільно одержувати і передавати інформацію.

(Див.: 387.3.1)

Слід зазначити, що за обставинами справи, що наведені в цьому рішенні ЄСПЛ, неможливо дійти висновку, чи був заявник попередженим в установленому законом порядку про обов'язок не розголошувати дані досудового розслідування і чи має це за кримінальним законом Швейцарії значення для встановлення ознак складу злочину – «розкриття таємниці слідства».

Стаття 388. Незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації

1. Розтрата, відчуження, приховування, підміна, пошкодження, знищення майна або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном або майном, яке описано, чи порушення обмеження (обтяження) права користуватися таким майном, здійснене особою, якій це майно ввірено, а також здійснення представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт, –

караються штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, –

караються штрафом від трьохсот до шестисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Стаття 388 в редакції Закону № 2456-IV від 03.03.2005; із змінами, внесеними згідно із Законом № 3795-VI від 22.09.2011)

Стаття 389. Ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі

1. Ухилення засудженого від сплати штрафу або від відбування покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатись певною діяльністю, –

карається виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі на той самий строк.

2. Ухилення засудженого від відбування покарання у виді громадських чи виправних робіт, –

карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років.

(Стаття 389 із змінами, внесеними згідно із Законами № 1404-VIII від 02.06.2016, № 1492-VIII від 07.09.2016)

Стаття 389[1]. Умисне невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості

1. Умисне невиконання засудженим угоди про примирення або про визнання винуватості –

карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років.

(Кодекс доповнено статтею 389[1] згідно із Законом № 4652-VI від 13.04.2012)

Стаття 389[2]. Злісне ухилення особи від відбування адміністративного стягнення у виді суспільно корисних робіт

Злісне ухилення особи від відбування адміністративного стягнення у виді суспільно корисних робіт –

карається позбавленням волі на строк до двох років.

Примітка. Під злісним ухиленням особи від відбування адміністративного стягнення у виді суспільно корисних робіт для цілей цієї статті слід розуміти продовження ухилення від відбування суспільно корисних робіт особою, яку притягнуто до адміністративної відповідальності на підставі статті 183[2] Кодексу України про адміністративні правопорушення, тобто неприбуття до місця виконання суспільно корисних робіт (підприємства, установи, організації) протягом двох днів з дати, визначеної у направленні уповноваженою посадовою особою уповноваженого органу з питань пробації без поважних причин, невихід на суспільно корисні роботи або відмова від виконання роботи, вид якої визначений підприємством, установою, організацією, більше двох разів протягом місяця без поважних причин, а також поява на робочому місці у стані алкогольного, наркотичного або токсичного сп'яніння.

Поважними причинами є хвороба та інші документально підтверджені обставини, що фактично позбавляють можливості порушника прибути для відпрацювання суспільно корисних робіт.

(Кодекс доповнено статтею 389[2] згідно із Законом № 2475-VIII від 03.07.2018)

Стаття 390. Ухилення від відбування покарання у виді обмеження волі та у виді позбавлення волі

1. Самовільне залишення місця обмеження волі або злісне ухилення від робіт, або систематичне порушення громадського порядку чи встановлених правил проживання, вчинені особою, яка відбуває покарання у виді обмеження волі, –

караються позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Неповернення до місця відбування покарання особи, яка відбуває покарання у виді обмеження волі та якій було дозволено короткочасний виїзд, після закінчення строку виїзду –

карається обмеженням волі на строк до двох років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Неповернення до місця відбування покарання особи, яка відбуває покарання у виді позбавлення волі та якій було дозволено короткочасний виїзд, після закінчення строку виїзду –

карається позбавленням волі на строк до трьох років.

(Стаття 390 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1492-VIII від 07.09.2016)

§1. Норми міжнародного права
щодо правопорушень засуджених осіб

390.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 5. Право на свободу та особисту недоторканність***
1. Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом: a) законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом;
b) законний арешт або затримання особи за невиконання законного припису суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, встановленого законом». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

390.1.2. Європейські пенітенціарні (в'язничні) правила
(Рада Європи, від 12.02.1987)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«***Злочинні діяння***
55. Діяння, яке припускається злочинним, та здійснене в пенітенціарній установі, розслідується в такий же спосіб, як і на волі, і щодо нього має бути заведена справа відповідно до національного законодавства.
Дисципліна та стягнення
56.1. Дисциплінарні процедури мають розглядатися як надзвичайні заходи.
2. Завжди, коли це можливо, адміністрація пенітенціарної установи мусить вдаватися до механізмів відновлювального правосуддя та медіації для врегулювання суперечок з ув'язненими або проміж них.
57.1. Дисциплінарним порушенням може вважатися тільки поведінка, яка може загрожувати внутрішньому розпорядку, режиму або безпеці». [Європейські пенітенціарні (в'язничні) правила (Рада Європи, від 12.02.1987). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_032]

390.1.3. Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями
(ООН від 30.08.1955)
Див.: 373.1.3

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо правопорушень засуджених осіб

390.3.1. Справа «Mastromatteo v. Italy»
Фактичні обставини:

8 листопада 1989 року син заявника був убитий трьома злочинцями. Пізніше було з'ясовано, що двоє з них відбували покарання у виді позбавлення волі відповідно до вироків суду за повторне вчинення злочинів із застосуванням насильства. На час розгляду справи в Суді один із злочинців був умовно-достроково звільнений. Два злочинці знаходилися в тюремній відпустці (короткочасний виїзд з місця позбавлення волі).

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«56. Заявник стверджував, що було порушено передбачені ст. 2 Конвенції позитивні зобов'язання держави захищати життя його сина у зв'язку з тим, що італійська влада умовно-достроково звільнила одного і надала відпуску з в'язниці іншому дуже небезпечному злочинцю.

Він стверджував, що судді, які розглядають заяви про заходи щодо сприяння реінтеграції ув'язнених, не провели уважного та належного вивчення справ зазначених злочинців, зокрема щодо оцінки їх небезпеки для суспільства.

(…)

72. Одна з основних функцій покарання у виді позбавлення волі полягає в захисті сус-пільства, наприклад, шляхом запобігання повторного вчинення засудженими особами злочину. У той же час Суд визнає законну мету політики поступової соціальної реінтеграції засуджених до тюремного ув'язнення. З цієї точки зору він визнає необхідність заходів, таких як умовно-дострокове звільнення, що має за мету соціальну реінтеграцію ув'язнених, навіть якщо вони були засуджені за насильницькі злочини.

Суд зазначає стосовно цього що в італійській системі до того, як ув'язнений отримає право на тюремну відпустку, він повинен був відбути мінімальний термін тюремного ув'язнення, причому цей термін залежить від тяжкості злочину, за який він був засуджений. Крім того, згідно з розділом 30 тер (8) Закону Італії про тюрми, тюремна відпустка може бути надана ув'язненому тільки в тому випадку, якщо він позитивно характеризується під час ув'язнення і якщо його звільнення не представляє небезпеки для суспільства. Просто відсутності дисциплінарних стягнень недостатньо для обґрунтування заходів, що сприяють реінтеграції, причому в'язень повинен виявляти щиру готовність брати участь у програмі реінтеграції та реабілітації. Оцінка небезпеки ув'язненого для суспільства надається суддею, відповідальним за виконання вироку, який зобов'язаний проконсультуватися з тюремною адміністрацією. Така оцінка повинна ґрунтуватися не тільки на інформації, що надається тюремною адміністрацією, але також на інформації, якою володіє поліція, коли суддя вважає це за необхідне.

(…)

Суд вважає, що ця система в Італії забезпечує достатні захисні заходи для суспільства. Це підтверджується даними статистики, наданими державою-відповідачем, які показують, що відсоток злочинів, вчинених ув'язненими, які піддаються умовно-достроковому звільненню, дуже низький, як і незначний відсоток ув'язнених, що отримали тюремну відпустку і не повернулися до місця відбування покарання.

73. Відповідно, немає ніяких підстав вважати, що система заходів реінтеграції, що застосовується в Італії, повинна бути поставлена під сумнів у контексті ст. 2 Конвенції.

74. Залишається неясним, чи не було допущено порушення зазначених вище норм і заходів, необхідних у цій сфері.

У зв'язку з цим ясно, що якби M. R., G. M. і G. B. перебували у в'язниці 8 листопада 1989 року, A. Mastromatteo не був би убитий ними. Проте проста умова sine qua non не є достатньою для притягнення до відповідальності держави відповідно до Конвенції; має бути доказано, що смерть A. Mastromatteo викликана нездатністю з боку національної влади «робити все, що від неї можна було б розумно очікувати, щоб уникнути реальної і безпосередньої небезпеки для життя, про яку вони повинні були знати. Відповідний ризик у даному випадку становить небезпеку для життя представників громадськості в цілому, а не для одного або декількох індивідуально визначених осіб.

76. Суд вважає, що в національних органах не було нічого, що могло б попередити їх про те, що звільнення M. R. буде представляти реальну і безпосередню загрозу життю, тим більше що це призведе до трагічної загибелі A. Mastromatteo в результаті випадкової послідовності подій, які відбулися в даному випадку. Також не було нічого, що могло б попередити їх про необхідність вжити додаткових заходів для забезпечення того, щоб після звільнення ці особи не становили небезпеки для суспільства.

За загальним визнанням, M. R. була надана тюремна відпустка після того, як його колишній співучасник, A. C., скористався тюремною відпусткою, наданою тим же суддею, щоб ухилитися від відбування покарання. Однак цей факт сам по собі не може, на думку Суду, свідчити про особливу потребу в обережності при ухваленні рішення про випуск M. R., за відсутності даних про те, що влада повинна була передбачити, що ці двоє будуть домовлятися про вчинення злочину і це призведе до загибелі людей.

77. За цих обставин Суд не вважає встановленим, що тюремна відпустка означала неповагу з боку судової влади до захисту права A. Mastromatteo на життя.

78. Що стосується нібито недбалого поводження поліції, то докази свідчать про те, що M. R. підпадає під тип нагляду, який зазвичай передбачається при наданні тюремної відпустки. Після зникнення M. R. повідомлення про їх розшук були поширені відповідно до методу, що звичайно використовуваний у таких випадках. Навіть якщо припустити, що влада могла б прийняти більш ефективні заходи для пошуку осіб, які переховуються від правосуддя, Суд не бачить жодних причин, за якими вони несуть відповідальність за будь-яке порушення обов'язків у контексті ст. 2 Конвенції.

79. У світлі цих міркувань Суд вважає, що не було порушення статті 2 Конвенції». [Mastromatteo v. Italy (37703/97). ECHR 2002-X. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–60707]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 390 та 393 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

390.4.1. У випадках вчинення тяжких злочинів особою, яка втекла з місця позбавлення волі або з під варти (ст.393), чи яка ухилилася від відбування покарання (ст.390), чи яка була звільнена умовно-достроково від відбування покарання (ст.81 КК України), представники адміністрації місць позбавлення волі, а також судді, які постановили рішення про умовно-дострокове звільнення, можуть бути притягнуті до відповідальності лише у випадках явного порушення ними вимог закону та підзаконних актів щодо недопущення втечі ув'язнених, порядку умовно-дострокового звільнення від відбування покарання, надання дозволу на короткочасний виїзд із місця відбування покарання.

(Див.: 390.3.1)

За таких обставин існує вірогідність задоволення скарги до ЄСПЛ потерпілих від злочинів, вчинених особами, які втекли з місця позбавлення волі або з-під варти, чи які були достроково звільнені від відбування покарання, чи яким було дозволено короткочасний виїзд із місця відбування покарання.

Стаття 390[1]. Невиконання обмежувальних заходів, обмежувальних приписів або непроходження програми для кривдників

Умисне невиконання обмежувальних заходів, передбачених статтею 91[1] цього Кодексу, або умисне невиконання обмежувальних приписів, або умисне ухилення від проходження програми для кривдників особою, щодо якої такі заходи застосовані судом, –

караються арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до двох років.

(Кодекс доповнено статтею 390[1] згідно із Законом № 2227-VIII від 06.12.2017)

Стаття 391. Злісна непокора вимогам адміністрації установи виконання покарань

Злісна непокора законним вимогам адміністрації установи виконання покарань або інша протидія адміністрації у законному здійсненні її функцій особою, яка відбуває покарання у виді обмеження волі або у виді позбавлення волі, якщо ця особа за порушення вимог режиму відбування покарання була піддана протягом року стягненню у виді переведення до приміщення камерного типу (одиночної камери) або переводилась на більш суворий режим відбування покарання, –

карається позбавленням волі на строк до трьох років.

(Стаття 391 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1254-VI від 14.04.2009)

Стаття 392. Дії, що дезорганізують роботу установ виконання покарань

Тероризування у установах виконання покарань засуджених або напад на адміністрацію, а також організація з цією метою організованої групи або активна участь у такій групі, вчинені особами, які відбувають покарання у виді позбавлення волі чи у виді обмеження волі, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

(Стаття 392 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1254-VI від 14.04.2009)

Стаття 393. Втеча з місця позбавлення волі або з-під варти

1. Втеча з місця позбавлення волі або з-під варти, вчинена особою, яка відбуває покарання у виді позбавлення волі або арешту чи перебуває в попередньому ув'язненні, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

2. Ті самі дії, якщо вони вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або способом, небезпечним для життя чи здоров'я інших осіб, або поєднані із заволодінням зброєю чи з її використанням, або із застосуванням насильства чи погрозою його застосування, або шляхом підкопу, а також з пошкодженням інженерно-технічних засобів охорони, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

(Див. вище: 390.4.1)

Стаття 394. Втеча із спеціалізованого лікувального закладу

Втеча із спеціалізованого лікувального закладу, а також по дорозі до нього –

карається арештом на строк до шести місяців або позбавленням волі на строк до двох років.

Стаття 395. Порушення правил адміністративного нагляду

Самовільне залишення особою місця проживання з метою ухилення від адміністративного нагляду, а також неприбуття без поважних причин у визначений строк до обраного місця проживання особи, щодо якої встановлено адміністративний нагляд у разі звільнення з місць позбавлення волі, –

караються арештом на строк до шести місяців.

§3. Рішення ЄСПЛ

щодо встановлення та здійснення спеціального режиму нагляду за особами, які відбули покарання

395.3.1. Справа «Raimondo v. Italy»

Фактичні обставини:

Пан Джузеппе Раймондо, підприємець-забудовник, проживав у Даволі (Катанцаро). Кримінальну справу проти нього порушено за підозрою в тому, що він належав до злочинної мафіозної організації, яка діяла в Соверато. Водночас до нього було застосовано різні запобіжні заходи.

16 січня 1985 р. регіональний суд почав розглядати питання про взяття п. Раймондо під спеціальний нагляд поліції, який, однак, був установлений лише після 30 січня 1986 р. Спеціальний нагляд передбачає, зокрема, грошову заставу як гарантію дотримання таких умов нагляду: не залишати помешкання, не попередивши заздалегідь поліцію; з'являтись до поліції у визначені дні; не виходити з помешкання після 21:00 і до 7:00 без вагомих на те підстав і не поінформувавши органи влади про свої наміри.

Рішення ЄСПЛ:

«37. Заявник скаржився, що спеціальний нагляд поліції, під який його було взято, становив порушення статті 2 Протоколу № 4 (…)

(…)

39. Суд передовсім зазначає: незалежно від того, що заявник стверджує протилежне, захід, який є предметом оскарження, не позбавляв його свободи за змістом пункту 1 статті 5 Конвенції. Звичайне обмеження свободи пересування як складник встановленого спеціального нагляду підпадає під дію статті 2 Протоколу № 4.

З огляду на загрозу, яку мафія становить для «демократичного суспільства», такий захід був, зокрема, необхідним для «забезпечення громадського порядку» та «запобігання злочинам», а отже, пропорційним поставленій меті до того часу, коли апеляційний суд Катанцаро ухвалив рішення про його скасування, а саме – до 4 липня 1986 року.

(…)

43. Суд погоджується з Урядом і Комісією в тому, що спеціальний нагляд не можна прирівнювати до покарання, оскільки він необхідний дія запобігання злочинам. На думку Суду, пов'язана з ним судова процедура не вписується в [передбачений ч. 1 ст. 6 Конвенції] контекст визначення обґрунтованості кримінальної відповідальності». [Raimondo v. Italy (12954/87). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–112997]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 395 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

390.4.1. Не має перспектив оскарження до ЄСПЛ законності засудження за ст. 395 КК України з приводу передбачених порушень статей 5 і 6 Конвенції або ст. 2 Протоколу № 4 до Конвенції, допущених при встановлені адміністративного нагляду.

(Див.: 395.3.1)

Відсутній склад цього злочину у випадку, коли особа самовільно залишила місце проживання з метою ухилення від адміністративного нагляду або неприбула без поважних причин у визначений строк до обраного місця проживання, якщо стосовно неї встановлено адміністративний нагляд за відсутності підстав, що передбачені ст. 3 Закону «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі законом підстав».

Розгляд відповідних обставин не належить до завдань ЄСПЛ, але має бути забезпечений національним судом.

390.4.2. Цей злочин слід відмежовувати від адміністративного правопорушення «Порушення правил адміністративного нагляду» (ст.187 КпАП). Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» в розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за ст. 187 КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за ст. 395 КК України, існує вірогідність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 396. Приховування злочину

1. Заздалегідь не обіцяне приховування тяжкого чи особливо тяжкого злочину –

карається арештом на строк до трьох місяців або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Не підлягають кримінальній відповідальності за заздалегідь не обіцяне приховування злочину члени сім'ї чи близькі родичі особи, яка вчинила злочин, коло яких визначається законом.

Стаття 397. Втручання в діяльність захисника чи представника особи

1. Вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги або порушення встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці –

карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища, –

караються штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Стаття 398. Погроза або насильство щодо захисника чи представника особи

1. Погроза вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна щодо захисника чи представника особи, а також щодо їх близьких родичів у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, –

карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Умисне заподіяння захиснику чи представнику особи або їх близьким родичам легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, –

карається обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Умисне заподіяння тим самим особам у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, тяжкого тілесного ушкодження –

карається позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років.

Стаття 399. Умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи

1. Умисне знищення або пошкодження майна, що належить захиснику чи представнику особи або їх близьким родичам, у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, –

караються штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені шляхом підпалу, вибуху або іншим загальнонебезпечним способом, або якщо вони заподіяли шкоду в особливо великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, що спричинили загибель людей, завдання їм тяжких тілесних ушкоджень чи настання інших тяжких наслідків, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

Стаття 400. Посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги

Вбивство або замах на вбивство захисника чи представника особи або їх близьких родичів у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

Стаття 400[1]. Представництво в суді без повноважень

1. Завідомо неправдиве повідомлення суду про повноваження представляти іншу особу в суді, а так само умисне невнесення адвокатом до ордера відомостей щодо обмежень повноважень, встановлених договором про надання правничої допомоги, –

карається штрафом до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до трьох місяців.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, –

караються штрафом до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років.

(Розділ XVIII доповнено статтею 400[1] згідно із Законом № 2147-VIII від 03.10.2017)

§1. Норми міжнародного права
щодо гарантій діяльності захисника чи представника особи

397.1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
«***Стаття 6. Право на справедливий суд***
(…)
3. Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права:
(…)
c) захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя». (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

397.1.2. Основні положення про роль адвокатів
(ООН, від 01.08.1990)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«***Гарантії діяльності адвокатів***
16. Уряди мають забезпечити адвокатам:
а) можливість здійснювати їх професійні обов'язки без залякування, перешкод, завдання турботи й недоречного втручання;
б) можливість вільно пересуватися і консультувати клієнта у своїй країні та за кордоном;
в) виключення можливості піддавати покаранню або погрожувати його застосуванням та можливості обвинувачення, адміністративних, економічних та інших санкцій за дії, здійснювані відповідно до визнаних професійних обов'язків, стандартів та етичних норм.
17. Там, де безпека адвокатів перебуває під загрозою у зв'язку з виконанням професійних обов'язків, вони мають бути адекватно захищені властями.
18. Адвокати не повинні ідентифікуватися з клієнтами та їх справами у зв'язку з виконанням професійних обов'язків.
19. Суд або адміністративний орган не повинні відмовляти у праві адвоката, що має допуск до практики, представляти інтереси свого клієнта, якщо він не був дискваліфікований відповідно до національного права і практики його застосування й даних Положень.

20. Адвокат повинен мати кримінальний і цивільний імунітет від переслідувань за заяви, що стосуються справи, зроблені у письмовій або усній формі при сумлінному виконанні свого обов'язку й здійсненні професійних обов'язків в суді, трибуналі або іншому юридичному або адміністративному органі.

21. Обов'язком компетентних влад є забезпечення адвокату можливості своєчасно знайомитися з інформацією, документами і матеріалами справи, а у кримінальному процесі – не пізніше закінчення розслідування – до судового розгляду.

22. Уряди повинні визнавати і додержувати конфіденційності комунікацій і консультацій між адвокатом і клієнтом в рамках відносин, пов'язаних з виконанням адвокатом своїх професійних обов'язків.

Свобода висловлювання й асоціацій

23. Адвокати, як і інші громадяни, мають право на вільне висловлювання, віросповідання, об'єднання в асоціації та організації. Зокрема, вони мають право брати участь у публічних дискусіях з питань права, здійснення правосуддя, забезпечення і захисту прав людини, а також право приєднуватися або створювати місцеві національні і міжнародні організації та відвідувати їх збори без побоювання обмеження професійної діяльності з причин їх законних дій або членства в організації, дозволеній законом. При здійсненні цих прав адвокати повинні керуватися законом і визнаними професійними стандартами та етичними правилами». [Основні положення про роль адвокатів (ООН, від 01.08.1990). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_835]

397.1.3. Основні принципи, що стосуються ролі юристів

(ООН, від 07.09.1990)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«16. Правительства обеспечивают, чтобы юристы:

a) могли выполнять все свои профессиональные обязанности в обстановке, свободной от угроз, препятствий, запугивания или неоправданного вмешательства;

b) могли совершать поездки и беспрепятственно консультироваться со своими клиентами внутри страны и за ее пределами; и c) не подвергались судебному преследованию и судебным, административным, экономическим или другим санкциям за любые действия, совершенные в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, нормами и этикой, а также угрозами такого преследования и санкций.

17. В тех случаях, когда возникает угроза безопасности юристов в результате выполнения ими своих функций, власти обеспечивают им надлежащую защиту.

18. Юристы не отождествляются со своими клиентами или интересами своих клиентов в результате выполнения ими своих функций.

19. Ни один суд или административный орган, в котором признается право на адвоката, не отказывается признавать права юриста отстаивать в суде интересы своего клиента, за исключением тех случаев, когда юристу было отказано в праве выполнять свои профессиональные обязанности в соответствии с национальным правом и практикой и в соответствии с настоящими принципами.

20. Юристы пользуются гражданским и уголовным иммунитетом в отношении соответствующих заявлений, сделанных добросовестно в виде письменных представлений в суд или устных выступлений в суде или ходе выполнения ими своих профессиональных обязанностей в суде, трибунале или другом юридическом или административном органе.

21. Компетентные органы обязаны обеспечивать юристам достаточно заблаговременный доступ к надлежащей информации, досье и документам, находящимся в их распоряжении или под их контролем, с тем чтобы юристы имели возможность оказывать эффективную юридическую помощь своим клиентам. Такой доступ должен обеспечиваться как только в этом появляется необходимость.

22. Правительства признают и обеспечивают конфиденциальный характер любых сношений и консультаций между юристами и их клиентами в рамках их профессиональных отношений». [Основні принципи, що стосуються ролі юристів (ООН, від 07.09.1990). http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_313]

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо гарантій діяльності захисника чи представника особи

397.3.1. Справа «Головань проти України (Golovan v. Ukraine)»
Фактичні обставини:

Заявники є подружжям. Перший заявник є адвокатом, який практикує в Україні. Він є президентом юридичної фірми «Правіс», згодом перейменованої в «Головань і Партнери». Заявники спільно володіють квартирою, яку на той момент використовував перший заявник як офіс. Акт на право власності було видано на ім'я другого заявника. У лютому та квітні 2005 року перший заявник уклав із фірмою К. угоду про надання юридичних послуг. Відповідно до цієї угоди, фірма К. передала першому заявникові певні документи стосовно її комерційної діяльності.

5 травня 2005 року в приміщенні, яке заявник використовував для здійснення адвокатської діяльності, на підставі постанови слідчого співробітниками податкової міліції Слов'янської ОДПІ було проведено обшук та вилучено документи, пов'язані з виконанням заявником доручення клієнта – компанії К. Вказана постанова слідчого не містила обставин, що допускають проведення обшуку без санкції суду. 6 травня 2005 р. вилучені документи були приєднані до кримінальної справи, порушеної проти посадових осіб компанії К., адвокатом якої був заявник.

6 та 11 травня 2005 року заявники звертались зі скаргами до органів прокуратури на незаконність проведення обшуку та вимагали притягнути до кримінальної відповідальності осіб, що проводили обшук. У різні дати 2005 року, 2006 року, 2007 року, 2008 року, 2009 року, 2010 року та 2011 року органами прокуратурами були прийняті рішення про відмову в порушенні кримінальної справи проти слідчого та співробітників податкової міліції, які проводили обшук. Усі ці рішення були скасовані як необґрунтовані або вищестоящою прокуратурою, або судом.

Рішення ЄСПЛ:
(неофіційний авторський переклад)

«51. Факт здійснення обшуку в офісі адвоката спонукає Суд розглянути це питання під кутом зору втручання в «приватне життя», «домівку» та «кореспонденцію».

52. У даному випадку співробітники правоохоронних органів увійшли в адвокатську контору першого заявника, провели там обшук і вилучили ряд договірних, фінансових та податкових документів, які були довірені першому заявнику його клієнтом.

53. Оскаржувані заходи завдали шкоди професійному життю першого заявника: вони мали наслідки для репутації адвоката і, можливо, вплинули на широке коло особистих зв'язків, які він розвинув завдяки своїй професійній діяльності. Відповідно, ці заходи мали серйозний вплив на особисте життя першого заявника за змістом Конвенції.

54. Таким чином, Суд вважає, що ці дії з боку державних органів являли собою втручання в право першого заявника на повагу його «приватного життя» та «житла» в контекст статті 8 Конвенції.

(…)

62. Потім Суд повторює, що переслідування представників юридичної професії є важким ударом у центр системи Конвенції. Посягання на професійну таємницю може мати наслідки для належного здійснення правосуддя і, отже, для прав, гарантованих статтею 6 Конвенції. Тому обшуки приміщень адвокатів повинні піддаватися особливо суворому контролю. Належні гарантії, такі як присутність і ефективна участь незалежних понятих, повинні завжди надаватися в ході обшуку в офісі адвоката для забезпечення того, щоб матеріали, які підлягають під законний професійний привілей, не були вилучені.

(…)

65. Беручи до уваги вищесказане, Суд доходить висновку, що вказане втручання не було «передбачене законом»: оспорювані заходи суперечили положенням внутрішнього законодавства; крім того, застосовується внутрішнє законодавство недостатньо передбачуване і не забезпечує належного ступеня захисту від свавілля. З цих причин було допущено порушення статті 8 Конвенції». [Головань проти України (Golovan v. Ukraine) (41716/06) http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–112021]

397.3.2. Справа «Konstantin Stefanov v. Bulgaria»

Фактичні обставини:

У 2005 році заявник, практикуючий адвокат, був призначений окружним судом як захисник обвинуваченого у крадіжці за обтяжливими обставинами з можливістю покарання до позбавленням волі на строк до п'ятнадцяти років.

На першому слуханні заявник заявив, що він представлятиме відповідача лише у тому випадку, якщо національний суд визначить йому винагороду у розмірі, що дорівнює або вище офіційного мінімуму. Оскільки головуючий суддя відмовився, заявник відмовився представляти обвинуваченого та вийшов із зали суду. Як наслідок, на нього було накладено штраф у розмірі 260 євро. Його апеляція остаточно була залишена без задоволення.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«62. Беручи до уваги ці принципи та обставини цієї справи, Суд не переконаний, незважаючи на явний конфлікт між різними положеннями національного законодавства, що оскаржений штраф був заснований на законі, який не відповідав стандартам Конвенції. У цій справі особливе значення має той факт, що штраф був накладений на професійного адвоката, судом першої інстанції, перед яким він з'явився у своїй професійній діяльності. За цих обставин заявник повинен був повністю усвідомлювати остаточну відповідальність судді, який очолює судовий процес, за належну поведінку сторін. (…) Національний суд оштрафував заявника з посиланням на конкретне правове положення Кримінально-процесуального кодексу, що наділяє суддю повноваженнями для належного адміністрування провадження у судді. З огляду на те, що заявник був адвокатом, як цей основний принцип, так і зміст і значення конкретного положення КПК мали бути достатньо ясними для нього та передбачуваними наслідками його застосування. Будь-яка суперечка щодо винагороди заявника як цей основний принцип, так і зміст і значення конкретного положення КПК повинні були бути достатньо чітко визначеними для нього і передбачити можливі наслідки його застосування.

63. Зважаючи на вищесказане, Суд готовий погодитися з тим, що заявник як представник сторони в кримінальному провадженні отримав штраф у результаті його відсутності на слуханні. Оскільки не можна сказати, що застосування закону до ситуації заявника є свавільним, Суд вважає, що йому було накладено штраф на законних підставах, тобто на основі доступного, зрозумілого та передбачуваного правового положення.

64. Крім того, закон переслідував законну мету забезпечення безперебійної роботи системи правосуддя (…)

65. Залишається з'ясувати, чи було дотримано «справедливий баланс» між вимогами загального інтересу та вимогами захисту основних прав заявника. У цій справі, що призвела до відстрочення слухання без поважної причини, встановленої національними судами, є перешкодою для безперешкодного функціонування системи правосуддя; Суди покликані забезпечити останню. Питання про те, чи поведінка, що веде до такої перешкоди, повинна бути покарана санкцією зі стримуючим ефектом, наприклад, штрафом у цій справі, знаходиться в межах свободи розсуду держави.

(…)

67. Нарешті, хоча штраф, накладений на заявника, був максимально можливим за відповідним нормативним положенням, його розмір не був гнітючим.

68. Суд зазначає, що ситуація у цій справі повинна відрізнятись від справ, які стосуються права адвокатів вільно висловлюватися як захисник, коли скарги розглядаються Судом відповідно до статті 10 Конвенції.

69. З огляду на обставини цієї справи, з огляду на вищесказане Суд вважає, що органи влади забезпечили справедливий баланс між, з одного боку, загальним інтересом та, з іншого боку, повагою до права заявника. Отже, втручання не спричинило надмірне навантаження на заявника.

70. З цього випливає, що порушення статті 1 чи Протоколу № 1 до Конвенції не було». [Konstantin Stefanov v. Bulgaria (35399/05). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–158155]

397.3.3. Справа «Стеур проти Нідерландів»

Фактичні обставини:

Заявник, Петер Стеур, громадянин Данії, представляв інтереси свого клієнта, якого було звинувачено в незаконному (шляхом шахрайства) отриманні державної соціальної допомоги. На підставі показань клієнта пана Стеура, котрі він виклав на допиті, що провадився дізнавачем відповідного центру соціального забезпечення п. В., за відсутності перекладача чи адвоката, проти клієнта п. Стеура було порушено кримінальну справу і відкрито цивільне провадження. Під час розгляду справи пан Стеур стверджував, що п. В., найімовірніше, домігся відповідних показань від його клієнта внаслідок вчинення неприпустимого тиску на останнього. Пан В. сприйняв такі заяви п. Стеура як такі, що ганьблять його честь і професійну репутацію, і звернувся зі скаргою до голови відповідної місцевої асоціації адвокатів. Скаргу було передано на розгляд дисциплінарної комісії цієї асоціації.

У рішенні від 1 липня 1996 р. дисциплінарна комісія частково задовольнила скаргу п. В., постановивши, що твердження п. Стеура виходили за межі допустимого і не відповідали стандартам поведінки, яких має дотримуватись адвокат. Пан Стеур звернувся з апеляційною скаргою на зазначене рішення, проте її було відхилено. Апеляційний трибунал з розгляду дисциплінарних справ, зазначивши, що заявник не мав жодних доказів для обґрунтування своїх заяв на час їх виголошення, окрім підтвердження щодо їх змісту від свого клієнта, постановив, що адвокат не повинен виголошувати такі заяви, не маючи для цього фактичних підстав.

Рішення ЄСПЛ:

(комюніке Секретаря Суду)

«Обґрунтовуючи порушення стосовно нього ст. 10 Конвенції, заявник стверджував, що рішення Апеляційного трибуналу з розгляду дисциплінарних справ означає, що адвокатам забороняється висловлювати свої міркування з приводу фактів, про котрі вони не мають достовірної інформації, наприклад, не володіють точними даними про те, що на їхніх клієнтів чинився неприпустимий тиск.

Суд зазначив, що попри те, що до заявника не було застосовано жодного покарання, його визнано винним у порушенні правил адвокатської етики. Це могло справити на нього знеохочуючий вплив у тому розумінні, що пан Стеур надалі міг почуватись обмеженим у виборі позиції під час захисту своїх клієнтів при розгляді наступних справ. Отже, були достатні підстави вважати, що свободу вираження поглядів заявника було «затиснуто» у формальні рамки обмежень.

У Суду не виникло сумнівів стосовно того, що зазначене обмеження передбачене законом і було спрямоване на досягнення однієї з цілей, передбачених у ч. 2 ст. 10 Конвенції, а саме на захист репутації та прав інших осіб. Суд визнав, що зауваження пана Стеура могли дискредитувати пана В. Водночас у зв'язку з цим Суд вкотре зазначив, що межі допустимої критики стосовно виконання державними службовцями своїх повноважень можуть за певних обставин бути ширшими, ніж тоді, коли критика спрямована на приватних осіб. Проте такий підхід не означає, що державні службовці зовсім позбавлені захисту.

Як свідчать матеріали цієї справи, критика з боку п. Стеура стосувалася тільки виконання паном В. своїх повноважень щодо розслідування конкретної справи. Вона була висловлена в приміщенні суду і не була образою особистого характеру. Критика гуртувалась на тому факті, що клієнт пана Стеура не розумів повністю суті висунутих проти нього звинувачень через відсутність перекладача на допиті.

Суд зауважив, що органи, котрі займалися дисциплінарним провадженням у справі заявника, виявилися неспроможними встановити, чи твердження заявника були правдивими й обґрунтованими. Попри те, що жодне дисциплінарне стягнення до заявника не застосовувалося, було важко узгодити висловлені ним у порядку виконання загального обов'язку як адвоката твердження на захист свого клієнта (ці твердження, зокрема, стосувалися методів отримання компетентним органом показань від клієнта) з можливістю наступної негативної оцінки цих тверджень з боку дисциплінарної комісії асоціації адвокатів.

Зважаючи на викладені обставини, Суд визнав, що обмеження, застосовані з приводу свободи вираження заявником своїх поглядів, не були зумовлені нагальною суспільною потребою». [Сте-

ур проти Нідерландів (28.10.2003) (комюніке Секретаря Суду). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_111]

397.3.4. Справа «Нікула проти Фінляндії»

Фактичні обставини:

Заявниця, Анна Нікула, у 1992–1993 роках була захисником у кримінальній справі, яка стосувалася ліквідації кількох компаній.

Клієнт п. Нікули обвинувачувався у підбурюванні та пособництві в шахрайстві, а також у зловживанні довірою. Прокурор, котрий підтримував обвинувачення у цьому ж процесі, викликав як свідка особу, яка на стадії досудового розслідування справи, разом з клієнтом заявниці, теж підозрювалася у вчиненні злочину. Заявниця заперечила такий крок прокурора і підготувала заяву, у якій кваліфікувала тактику прокурора як таку, що має на меті неправомірне отримання доказів. Однак це заперечення було відхилене міським судом, який слухав справу. За результатами розгляду справи клієнта п. Нікули було визнано винним.

Прокурор порушив кримінальну справу проти заявниці, обвинувачуючи її у вчиненні необережного наклепу. 22 серпня 1994 року апеляційний суд визнав заявницю винною у вчиненні інкримінованого їй злочину. На п. Нікулу було накладено штраф, її також було зобов'язано відшкодувати заподіяні прокурору збитки та сплатити судові витрати по справі. Заявниця та прокурор подали апеляції на вказане рішення апеляційного суду. Верховний суд підтвердив висновки щодо фактичних обставин справи, встановлені апеляційним судом, однак звільнив заявницю від сплати штрафу, мотивуючи такий крок малозначністю скоєного нею злочину. Поряд з тим він підтвердив обов'язок п. Нікули сплатити судові витрати по справі та відшкодувати прокурору заподіяні йому збитки.

Рішення ЄСПЛ:

(переклад НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України)

«Суд насамперед зауважив, що межі допустимої критики стосовно державних службовців можуть бути ширшими у порівнянні із межами такої ж критики щодо звичайних громадян. Поряд з тим, не можна стверджувати, що державні службовці можуть зазнавати за свої дії та слова такої ж критики, яка часто адресується політичним діячам.

Саме тому є важливим захистити державних службовців від образливих і злочинних випадів у їхній бік, особливо коли йдеться про виконання ними службових обов'язків. Заявницю було засуджено за критику рішень прокурора, прийнятих останнім як обвинувачем у кримінальній справі, захисником у котрій була сама п. Нікула.

Факт обвинувачення прокурора Т. у неправомірній поведінці не викликав сумніву, однак критика заявниці стосувалась стратегії дій обвинувачення, свідомо обраної прокурором. Мова, зокрема, йшла про два процесуальні рішення, ухвалених прокурором до початку судового розгляду справи, які, з погляду заявниці, були спробою маніпулювання доказами та порушували службові обов'язки прокурора.

Незважаючи на неадекватність окремих термінів, використаних заявницею, у цілому її критика була спрямована проти прокурора як обвинувача у справі, в котрій вона захищала інтереси свого клієнта, а не стосувалася особистих чи професійних якостей потерпілого. У цьому сенсі прокурор Т. повинен був толерантно ставитися до критики на свою адресу з боку захисника у справі. Більше того, Суд звернув особливу увагу на той факт, що сама критика була оголошена у залі судового засідання, а не, наприклад, у засобах масової інформації.

Враховуючи наведене, Суд не міг дійти висновку про те, що критика заявниці вийшла за межі процесуальних заяв і набула статусу особистої образи. Суд також наголосив на тому, що хоча заявниця і не була членом адвокатської асоціації, а тому не підпадала під дію її дисциплінарних статутів, суд, який розглядав справу, мав щодо неї певні повноваження. У справі були відсутні дані про те, що потерпілий прокурор вимагав у головуючого в судовому засіданні реагувати на випади заявниці іншим чином аніж через відхилення процесуального заперечення останньої щодо проведення допиту свідка обвинувачення. Міський суд, який розглядав справу клієнта заявниці, обмежився відхиленням заперечення заявниці. Хоча головуючий у судовому засіданні міг зупинити виступ заявниці навіть за відсутності відповідного клопотання з боку прокурора.

Міський суд міг також припинити повноваження заявниці як захисника у процесі. Враховуючи це, Суд дійшов однозначного висновку про обов'язок національних судів взагалі, та головуючих у судових засіданнях зокрема, керувати процесом у такий спосіб, який би забезпечував належну поведінку сторін та, що найголовніше, справедливість процесу, а не залишав вирішення питання про правомірність тверджень учасників судового розгляду іншим судовим органам. Не викликав сумніву той факт, що поряд із приватним обвинуваченням заявниці, ініційованим прокурором Т., останню було визнано винною у вчиненні необережного наклепу. Верховний суд скасував обвинувальний вирок щодо заявниці, хоча і залишив за нею обов'язок сплатити заподіяні збитки та судові витрати.

Поряд з тим, важко узгодити між собою можливість правової оцінки критики однієї сторони у справі іншою (а прокурор, без сумніву, виступає стороною у справі) із обов'язком представника захищати інтереси свого клієнта належним чином. Таким чином, доречність і корисність тверджень захисників повинна визначатися ними самостійно (без страху зазнати хоч і легкого, але все ж таки кримінального покарання чи обов'язку відшкодувати заподіяні збитки), і лише суд, який вирішує справу, здійснює нагляд за правомірністю таких тверджень.

Таким чином, застосування обмежень свободи вираження у вигляді накладення легкого кримінального покарання є необхідним у демократичному суспільстві у виняткових випадках. Позиція меншості Верховного суду Фінляндії та інших національних державних органів, яка полягала у визнанні недоречності засудження заявниці, свідчить про відсутність єдиного погляду на існування достатніх підстав для засудження п. Нікули навіть на національному рівні. На думку Суду, наявність таких підстав не була доведена у процесі розгляду справи, а тому обмеження свободи вираження п. Нікули не обумовлювалося гострою соціальною потребою.

Таким чином, Суд дійшов висновку, що Верховний суд Фінляндії порушив ст. 10 Конвенції щодо заявниці, коли підтримав рішення нижчих інстанцій про засудження п. Нікули та покладення на неї обов'язку відшкодувати завдані збитки і сплатити судові витрати. Згадане рішення Верховного суду не відповідало вимозі пропорційності законній меті, яка переслідувалася». [Нікула проти Фінляндії (21.03.2002). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_042]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей 397–400[1] КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

397.4.1. Незаконний обшук в офісі адвоката з вилученням документації має кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених ст. 397 та ст. 162 КК України.

(Див.: 397.3.1 та 162.2.4)

397.4.2. Правомірною діяльністю в розумінні ст. 397 КК України визнається, зокрема, оприлюднення захисником у судовому процесі твердження про незаконні, на його думку, методи отримання компетентним органом показань від клієнта, – навіть, якщо такі твердження не мають достатніх доказів.

(Див.: 397.3.3)

397.4.3. Правомірною діяльністю в розумінні ст. 397 КК України визнається, зокрема, критика захисником прокурора, яка не стосується його особистих чи професійних якостей, навіть якщо захисником використані окремі неадекватні терміни.

(Див.: 397.3.4)

Розділ XIX. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВСТАНОВЛЕНОГО ПОРЯДКУ НЕСЕННЯ ВІЙСЬКОВОЇ СЛУЖБИ (ВІЙСЬКОВІ ЗЛОЧИНИ)

Стаття 401. Поняття військового злочину

1. Військовими злочинами визнаються передбачені цим розділом злочини проти встановленого законодавством порядку несення або проходження військової служби, вчинені військовослужбовцями, а також військовозобов'язаними та резервістами під час проходження зборів.

2. За відповідними статтями цього розділу несуть відповідальність військовослужбовці Збройних Сил України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, Національної гвардії України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, Державної спеціальної служби транспорту, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, а також інші особи, визначені законом.

3. Особи, не зазначені у цій статті, за співучасть у військових злочинах підлягають відповідальності за відповідними статтями цього розділу.

4. Особа, яка вчинила злочин, передбачений статтями цього розділу, може бути звільнена від кримінальної відповідальності згідно із статтею 44 цього Кодексу із застосуванням до неї заходів, передбачених Дисциплінарним статутом Збройних Сил України.

(Стаття 401 із змінами, внесеними згідно із Законами № 662-IV від 03.04.2003, № 1414-VI від 02.06.2009, № 877-VII від 13.03.2014, № 1194-VII від 09.04.2014; в редакції Закону № 1952-VIII від 16.03.2017)

§1. Норми міжнародного права
щодо військових злочинів

401.1.1. Женевська Конвенція (III) про поводження з військовополоненими
(ООН, від 12.08.1949)
(ратифіковано Указом ПВР від 03.07.1954)
«***Стаття 82***

Військовополонений підпорядковується законам, статутам і наказам, які є чинними у збройних силах держави, що тримає в полоні; остання є виправданою в уживанні юридичних або дисциплінарних заходів стосовно будь-якого скоєного військовополоненим порушення таких законів, статутів або наказів. Однак не дозволяються будь-яке судочинство або санкції, які суперечать положенням цієї глави.

(…)

Стаття 87

Військові власті й суди держави, що тримає в полоні, не можуть застосовувати до військовополонених будь-яких інших покарань, крім тих, які передбачено за такі самі правопорушення для осіб зі складу збройних сил зазначеної держави, які вчинили такі самі діяння.

Під час призначення покарання військові суди або власті держави, що тримає в полоні, максимально враховують той факт, що підсудний, не будучи громадянином держави, що тримає в полоні, не пов'язаний з нею жодним обов'язком бути вірним їй і що він знаходиться під її владою внаслідок обставин, не залежних від його волі. Зазначені суди чи військові власті мають можливість пом'якшити покарання, призначене за правопорушення, в якому обвинувачують військовополоненого, і, отже, не зобов'язані дотримуватися передбаченого законом мінімуму цього покарання.

(…)

Стаття 92

Військовополонений, який намагається втекти і якого спіймано до здійснення втечі, удалої в значенні статті 91, підлягає за цю дію лише дисциплінарному стягненню, навіть у випадку рецидиву.

(…)

Стаття 93

Втеча або спроба втечі, навіть якщо це повторне порушення, не вважається обставиною, що обтяжує відповідальність, військовополонений притягається до суду за правопорушення, яке він учинив під час втечі або спроби втечі.

Згідно з принципом, викладеним у статті 83, правопорушення, які вчинені військовополоненими з єдиною метою полегшити собі втечу і які не спричиняють жодних насильницьких дій проти життя або здоров'я, наприклад злочини проти суспільної власності, крадіжка без наміру збагатитися, виготовлення або використання фальшивих документів, носіння цивільного одягу, спричиняють лише дисциплінарні стягнення.

На військовополонених, які є співучасниками втечі або спроби втечі, накладають за це лише дисциплінарне стягнення.

(…)

Стаття 102

Вирок стосовно будь-якого військовополоненого вважається законним лише тоді, коли його виносять ті самі суди й за тією самою процедурою, що встановлені для осіб зі складу збройних сил держави, що тримає в полоні, та, крім того за умови дотримання положень цієї глави.

(…)

Стаття 108

Військовополонені відбувають покарання, до яких вони були засуджені за вироками, що набрали законної сили, у тих самих закладах та в тих самих умовах, що й особи зі складу збройних сил держави, що тримає в полоні. Ці умови в усіх випадках повинні відповідати вимогам збереження здоров'я та гуманності». [Женевська конвенція про поводження з військовополоненими. (ООН, від 12.08.1949). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_153]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо військових злочинів

401. 2.1. Справа «Engel and others v. The Netherlands»

«59… Військова служба в тому вигляді, як вона існує в Високих Договірних Державах, жодним чином не є позбавленням волі в сенсі Конвенції, оскільки це спеціально обумовлено в п. 3 (b) статті 4 Конвенції. Досить значні обмеження свободи пересування військовослужбовців викликані особливими вимогами військової служби; інші обмеження, які супроводжують військову службу, також не підпадають під дію статті 5 Конвенції.

Кожна Договірна Сторона правомочна встановлювати свою власну систему військової дисципліни і користується в цьому питанні певною свободою розсуду. Рамки, за які, як того вимагає стаття 5 Конвенції, не повинні заходити Договірні Сторони, не однакові для військовослужбовців та цивільних осіб. Дисциплінарні покарання (заходи), які розглядаються як позбавлення волі в разі застосування їх до цивільної особи, можуть так не розглядатися, коли їх накладають на військовослужбовця. Проте і в останньому випадку може застосовуватися стаття 5 Конвенції, коли дисциплінарні покарання (заходи) приймають форму обмежень, які явно відхиляються від звичайних умов життя в збройних силах Договірних Держав. Для того щоб встановити, чи дійсно це так, необхідно взяти до уваги цілий ряд факторів – характер, тривалість, наслідки і спосіб виконання покарання (дисциплінарних заходів).

(…) 82. (…) Коли військовослужбовець звинувачується в якій-небудь дії або бездіяльності, що суперечить правовій нормі, що регулює діяльність збройних сил, Держава в принципі може застосувати проти нього дисциплінарне, а не кримінальне право». [Engel and others v. The Netherlands (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57479] (Неофіційний авторський переклад).

401.2.2. Справа «Kalaç v. Turkey»

«28. Ця система передбачає за своєю природою можливість встановлення обмежень на певні права і свободи військовослужбовців збройних сил, які не можуть бути встановлені стосовно цивільних осіб. Держави можуть прийняти для своїх збройних сил статути, які забороняють ту

чи іншу поведінку, особливо таку, яка суперечить встановленому порядку, який відповідає потребам військової служби». [Kalaç v. Turkey (20704/92). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58042] (Неофіційний авторський переклад).

401.2.3. Справа «Hadjianastassiou v. Greece»

«39. (…) Звичайно, свобода вираження поглядів, гарантована статтею 10, поширюється і на військовослужбовців, так само як і на інших осіб, що підпадають під юрисдикцію Договірних Держав, і не обмежується певними категоріями відомостей, ідей або способів вираження». [Hadjianastassiou v. Greece (12945/87). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57779] (Неофіційний авторський переклад).

401.2.4. Справа «Konstantin Markin v. Russia»

«135. Суд неодноразово визнавав, що права військовослужбовців відповідно до статей 5, 9, 10 і 11 Конвенції в певних обставинах можуть бути обмежені більшою мірою, ніж це було б припустимо стосовно цивільних осіб. Зокрема, що стосується статті 14, взятої разом зі статтею 5, Суд встановив, що використання позбавлення волі як дисциплінарного стягнення, яке може бути накладено на військовослужбовців, але не на цивільних осіб, не привело до будь-якої несумісної дискримінації, оскільки умови й вимоги військового життя за своєю природою відрізняються від умов цивільного життя. Крім того, щодо статті 9 Суд зазначив, що певні обмеження на поведінку і ставлення, мотивовані релігією, хоча вони не можуть бути накладені на цивільних осіб, прийнятні в армії. Вибираючи військову кар'єру, військовослужбовці самі по собі прийняли систему військової дисципліни та обмеження прав і свобод, що випливають із неї. Аналогічним чином, при розгляді справ відповідно до статті 10 Суд постановив, що необхідно враховувати особливі умови, пов'язані з військовим життям, і конкретні «обов'язки», які покладаються на військовослужбовців. Суд також установив, що відмінності між військовим персоналом і цивільними особами в галузі свободи вираження поглядів відповідно до статті 14 виправдовуються відмінностями між умовами військового і цивільного життя і, більш конкретно, обов'язками військовослужбовців.

136. У той же час Суд також підкреслив, що Конвенція не зупиняється біля воріт армійських казарм і що військовослужбовці, як і всі інші особи, які перебувають під юрисдикцією Договірних держав, мають право на захист Конвенції. Тому національні влади не можуть покладатися на особливий статус збройних сил з метою порушення прав військовослужбовців. Будь-які обмеження щодо їх прав за Конвенцію повинні задовольняти вимоги, необхідні в демократичному суспільстві.

137. Крім того, щодо обмежень на сімейне й особисте життя військовослужбовців, особливо коли відповідні обмеження стосуються «найінтимнішої частини приватного життя людини», повинні існувати «особливо серйозні причини», перш ніж такі втручання можуть задовольняти вимоги п. 2 ст. 8 Конвенції. Зокрема, повинна існувати розумна пропорційність між введеними обмеженнями і законною метою захисту національної безпеки. Такі обмеження прийнятні тільки в тих випадках, коли існує реальна загроза оперативної ефективності збройних сил. Твердження про ризик для оперативної ефективності повинні бути «обґрунтовані конкретними прикладами». [Konstantin Markin v. Russia (30078/06). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–109868] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо злочинів у збройних силах

401.3.1. Справа «Larissis and Others v. Greece»
Фактичні обставини:

Перший заявник, військовий офіцер Larissis був засуджений військовим судом за незаконний вплив на підлеглих, що знайшов свій вияв у злочині «прозелетизм з використанням службового становища», а саме, як було зазначено у вироку військового суду: «Обвинувачений, (…) з метою зміни релігійних переконань військовослужбовця, православного християнина, який був його підлеглим, приблизно двадцять разів спробував переконати потерпілого стати членом секти Церк-

ви п'ятидесятників шляхом заперечення обвинуваченим правильності православної догми. Крім того, з метою зміни релігійних переконань обвинувачений намагався переконати іншого підлеглого стати членом секти Церкви П'ятидесятниці, наполегливо обговорюючи з ним питання про правильність своїх переконань як члена секти Церкви п'ятидесятників, заперечуючи святість Християнської Православної Церкви».

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«50. Суд зауважує, що Конвенція застосовується в принципі як до цивільних осіб, так і до військовослужбовців збройних сил. Тим не менш, при тлумаченні та застосуванні правил у таких випадках, слід враховувати особливі характеристики військового життя та його наслідки для ситуації окремих військовослужбовців.

51. Суд підкреслює стосовно цього, що ієрархічна структура, яка становить характерну рису військових відносин, може дати певне забарвлення будь-якому аспекту відносин між членами збройних сил, таким чином, що підлеглий не може ігнорувати командира, не може ухилиться від розмови, розпочатої командиром. Те, що в цивільній сфері могло вважатися невинним обміном думками, які адресат вільний прийняти або відхилити, може в рамках військового життя бути сприйняте як приставання або як здійснення тиску шляхом зловживання владою. Потрібно уточнити, що не всі обговорення особами різних військових рангів чи звань проблем релігії й інших делікатних питань потрапляють у цю категорію. Однак залишаються ситуації коли Держави можуть вжити особливих заходів для захисту прав і свобод підлеглих від начальників у збройних силах.

(…)

54. Зважаючи на вищесказане, Суд вважає, що грецькі органи влади в принципі мали право вживати певних заходів для захисту військовослужбовців від недозволеного тиску з боку командирів, який заявники вчинили у їх прагненні проголосити свої релігійні переконання. Він зазначає, що вжиті заходи не були особливо суворими та були більш запобіжними, ніж каральні за своїм характером, оскільки покарання було умовним (накладені штрафи не будуть виконані, якщо заявники повторно не вчинять правопорушення протягом наступних трьох років). За всіх обставин справи, він не вважає, що ці заходи були непропорційними.

55. З цього випливає, що не було порушено статтю 9 Конвенції засудженням першого заявника за злочин прозелітизації». [Larissis and Others v. Greece (140/1996/759/958–960). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58139]

401.3.2. Справа «Цирліс та Кулумпас проти Греції»

Фактичні обставини:

4 листопада 1987 року Центральна конгрегація «Християнські свідки Єгови Греції» призначила п. Цирліса духовною особою. Зокрема, він отримав повноваження виконувати церемонії вінчання осіб згаданої конфесії та повідомляти про виконання такого обряду компетентні реєстраційні органи. Листом від 20 листопада 1987 року префектура Східної Аттики повідомила про це призначення реєстраційні органи Східної Аттики.

13 лютого 1990 року заявник звернувся з клопотанням до військово-вербувального управління Східної Аттики про звільнення його від обов'язку військової служби на підставі статті 6 Закону 1763/1988 (Закон 1988 року), згідно з якою таке право мають усі духовні особи «загальновідомих релігій». 28 лютого 1990 року військово-вербувальне управління відхилило заяву, посилаючись на те, що «свідки Єгови» не є «загальновідомою релігією». Заявник одразу подав апеляцію до керівника військово-вербувальних програм при Генеральному штабі національної оборони (керівник військово-вербувальних програм).

Поки заявник очікував на судовий розгляд з приводу своєї апеляції, він отримав наказ військово-вербувального управління прибути 6 березня 1990 року до військового навчального центру в м. Рефімнон для проходження військової служби. Згідно з наказом, заявник прибув до Рефімнонського центру, але відмовився зайняти своє місце у військовому підрозділі, посилаючись на свій статус духовної особи «загальновідомої релігії». Він також відмовився виконати наказ військового офіцера носити військову форму. Його було заарештовано, обвинувачено в непокорі (ст. 70 Військового кримінального кодексу Греції) і взято під варту до судового розгляду. 30 квітня

1990 року постійним військовим трибуналом пан Цирліс був визнаний винним у непокорі та засуджений до чотирьох років ув'язнення.

24 квітня 1991 року Верховний адміністративний суд Греції скасував рішення керівника військово-вербувальних програм від 22 березня 1990 року, посилаючись на те, що віросповідання «Свідки Єгови» є «загальновідомою релігією» і що адміністративні органи не піддали сумніву подані заявником дані на підтвердження його статусу духовної особи цієї релігії. 30 травня Військовим апеляційним судом заявника було виправдано і він був негайно звільнений з-під варти.

За аналогічних обставин був засуджений, а потів виправданий пан Кулумпас.

Рішення ЄСПЛ:

«59. Суд зважає на те, що стаття 6 Закону 1988 року стосується духовних осіб усіх «загальновідомих релігій». Ще в 1975 році Верховний адміністративний суд визнав, що «свідки Єгови» мають вважатися такою релігією, і, безперечно, можна вважати, що таку практику було встановлено ще до 1990 року. Той факт, що заявники є духовними особами такої релігії, під час проваджень у національних судах не заперечувався. Незважаючи на це, вирішуючи питання кримінальної відповідальності заявників і, отже, законності тримання їх під вартою, військові органи грубо проігнорували цю практику. Внаслідок цього п. Цирліс та п. Кулумпас провели в ув'язненні, відповідно, тринадцять та дванадцять місяців.

60. Крім того, вперте невизнання відповідними органами влади «свідків Єгови» «загальновідомою релігією» та, внаслідок цього, їхня неповага до права заявників на свободу мали дискримінаційний характер, якщо порівняти це з тим, як звільнялися від військового обов'язку духовні особи Грецької православної церкви.

61. Не можна виправдовувати ці помилки, як це робить Уряд у своєму поданні, твердженням, що питання наявності у заявників статусу духовних осіб залишилося поза межами предмета розгляду у військових судах, юрисдикція яких поширювалася лише на стверджуваний акт непокори. Про те, що це останнє питання мало вирішальне значення для результатів апеляційного провадження, свідчать насамперед неодноразові відстрочення Військовим апеляційним судом розгляду справ заявників з метою з'ясування, чи зобов'язані духовні особи «свідків Єгови» відбувати військову службу. По-друге, апеляційні суди виправдали заявників одразу же після того, як Верховний адміністративний суд, з огляду на наявність у заявників статусу духовної особи «загальновідомої релігії», скасував рішення керівника військово-вербувальних програм про відмову звільнити їх від військового обов'язку.

62. Зважаючи на ці обставини, Суд визнає, що тримання заявників під вартою після засудження їх судом за обвинуваченням у непокорі не мало підстав, згідно з національним правом, і було свавільним. Тобто таке ув'язнення не можна вважати «законним» для цілей пункту 1 статті 5 Конвенції.

63. Отже, було допущено порушення пункту 1 статті 5 Конвенції». Цирліс та Кулумпас проти Греції (19233/91; 19234/91) http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–113017]

401.3.3. Справа «Engel and Others v. The Netherlands»

Фактичні обставини:

Заявники Dona і Schul, громадяни Нідерландів, які проходили в 1970–1971 рр. строкову службу в сержантських званнях у збройних силах Нідерландів і були редакторами газети «Аларм» («Тривога») Асоціації військовослужбовців. Вони були покарані за появу в газеті матеріалів, спрямованих на підрив військової дисципліни. Покаранням спочатку було тримання в дисциплінарному підрозділі. Вищий військовий суд, проте, знизив це покарання до 12 днів арешту з посиленим режимом утримання.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«94. Пан Dona і пан Schul стверджують, що мало місце порушення ст. 10 Конвенції (…).

95. Оспорюване покарання, безумовно, являло собою «втручання» у здійснення паном Dona і паном Schul права на свободу вираження поглядів, як це гарантується п. 1 ст. 10 Конвенції. Отже, потрібно розглянути це питання з точки зору п. 2 ст. 10 Конвенції.

96. Покарання було, поза всяким сумнівом, «передбачено законом», тобто статтями 2, п. 2; 5-A-8, 18, 19 і 37 Закону 1903 р. Нідерландів розглянутими в поєднанні зі статтею 147 Військового кримінального кодексу. (…)

97. Для того щоб показати, що оспорюване втручання також задовольняє іншим умовам ст. 10, п. 2 Конвенції, Уряд заявив, що заходи, прийняті в цій справі, були «необхідними в демократичному суспільстві» «з метою запобігання заворушенням». Він посилався на ст. 10, п. 2 Конвенції тільки в зв'язку з цим.

98. Суд, так само, як Уряд і Комісія, перш за все підкреслює, що поняття «порядок» у даній статті ставиться не тільки як «громадський порядок» в сенсі ст. 6, п. 1 та ст. 9, п. 2 Конвенції, і ст. 2, п. 3 Протоколу № 4. Воно також поширюється і на порядок, який повинен підтримуватися в рамках конкретної соціальної групи. Це стосується, наприклад, збройних сил, тому що заворушення в такій соціальній групі можуть мати наслідки для порядку в суспільстві в цілому. Звідси випливає, що оспорювані покарання відповідають цій умові тією мірою, в якій їх метою було запобігання заворушень в збройних силах Нідерландів.

Пан Dona і пан Schul стверджують, що п. 2 ст. 10 Конвенції передбачає «запобігання заворушень» тільки в поєднанні з «запобіганням злочинів». Суд не поділяє цієї точки зору. У французькому тексті використаний з'єднувальний союз «et» (і), в англійському – розділовий сполучник «or» (або). З урахуванням контексту і загальної структури статті 10 Конвенції, англійський варіант дає більш точний орієнтир з цього питання. За цих умов Суд не вважає за необхідне вивчати питання про те, чи мали заходи щодо заявників на меті «запобігання злочинам» на додаток до «запобігання заворушень».

99. Залишається з'ясувати, чи було посягання на свободу пана Dona і пана Schul висловлювати свою думку «необхідним у демократичному суспільстві» «з метою запобігання заворушенням».

100. Звичайно, свобода вираження поглядів, гарантована ст. 10, стосується до військовослужбовців тією ж мірою, як і інших осіб у межах юрисдикції Договірних Держав. Однак нормальне функціонування армії навряд чи можна собі уявити без юридичних норм, спрямованих на те, щоб запобігти підриву військової дисципліни з боку військовослужбовців, наприклад, шляхом письмових висловлювань. Стаття 147 Військового кримінального кодексу Нідерландів заснована на цій законній вимозі, що само по собі не порушує ст. 10 Конвенції.

Суд, безсумнівно, компетентний перевірити у світлі Конвенції, яким чином внутрішнє право Нідерландів було застосовано в цій справі, але він не повинен у цьому випадку ігнорувати ні особливості армійського життя, ні конкретні обов'язки і відповідальність, які лежать на службовцях збройних сил, ні свободу розсуду, яка надана Договірним Сторонам відповідно до статей 10, п. 2 і 8, п. 2 Конвенції.

101. Суд зазначає, що в той час, коли атмосфера в казармах в Ermelo була досить напруженою, заявники взяли участь у виданні та розповсюдженні статті, відповідні уривки з якої були відтворені вище. При таких обставинах Вищий військовий суд Нідерландів, вірогідно, мав вагомі підстави вважати, що вони намагалися підірвати військову дисципліну і що для запобігання заворушенням було необхідно застосувати саме те покарання, яке було їм призначено. Таким чином, мова йшла не про позбавлення їх права на свободу вираження поглядів, а лише про покарання за зловживання цією свободою. Отже, порушення ст. 10, п. 2 Конвенції з боку держави не було». [Engel and Others v. The Netherlands (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57479]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті статей розділу XIX Особливої частини КК України*(дивись зауваження загального характеру у пунктах 0.4.2–0.4.5)*

401.4.1. Правова позиція ЄСПЛ: Конвенція застосовується в принципі як до цивільних осіб, так і до військовослужбовців збройних сил. Однак не підпадають під дію статей Конвенції обмеження в пересуванні військовослужбовців, примушування їх до виконання обов'язкових робіт, а також інші особливості військової служби, якщо вони не відхиляються явно від звичайних умов служби в збройних силах і задовольняють вимоги необхідності в демократичному суспільстві.

(Див.: 401.2.1–401.2.4; 401.3.1)

401.4.2. До «інших осіб» (ч. 2 ст. 401 КК України), які несуть відповідальність за військові злочини, належать, зокрема, військовополонені, що перебувають у полоні в Україні.

(Див.: 401.1.1)

Видається, що в дійсності на військовополонених поширюється дія таких статей розділу XIX Особливої частини КК України: статті 402–406, 410–412.

401.4.3. За втечу з полону військовополонені не несуть кримінальної відповідальності, – окрім відповідальності за вбивство, тілесні ушкодження та інші насильницькі злочини, вчинені під час втечі або спроби втечі.

(Див.: 401.1.1 – ст. 92 і 93)

При цьому слід вказати на певну суперечливість Женевської конвенції у нормуванні питання щодо відповідальності за втечу з полону: якщо ст. 92 цієї конвенції забороняє притягувати військовополоненого за втечу до кримінальної відповідальності, то ст. 42 дозволяє застосовувати зброю проти військовополонених, «які тікають або намагаються здійснити втечу».

401.4.4. За статтями розділу XIX КК України не несуть відповідальність особи, які за законом не підлягають призову, а призвані на військову службу внаслідок службової недбалості або зловживання службовим становищем відповідних службових осіб.

(Див.: 401.3.2.)

401.4.5. Правова позиція ЄСПЛ: свобода вираження поглядів, гарантована статтею 10 Конвенції, стосується військовослужбовців тією ж мірою, як і інших осіб у межах юрисдикції Договірних Держав, за умови відсутності зловживання військовослужбовцем указаною свободою.

(Див.: 401.3.3.)

401.4.6. Ієрархічна структура армії тягне за собою встановлення відмінностей залежно від звання. Різним званням відповідає різний ступінь відповідальності, що, у свою чергу, виправдовує певну нерівність щодо застосування санкцій за правопорушення залежно від військового звання порушника.

(Див.: 58.4.1)

401.4.7. Військові злочини слід відмежовувати від адміністративних правопорушень, відповідальність за які передбачена статтями 172^{10}–172^{19} КпАП. Існує усталена практика ЄСПЛ, за якою під «кримінальним провадженням» у розумінні ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод розуміється не тільки провадження за нормами кримінального закону, але, за певних обставин, також провадження за нормами адміністративного і навіть фіскального законодавства. Це означає, що у випадках (внаслідок помилки в кваліфікації чи з іншої причини) притягнення особи спочатку до адміністративної відповідальності за вказаними статтями КпАП, а потім, за те саме діяння, – до кримінальної відповідальності за відповідними статтями розділу XIX Особливої частини КК України, існує вірогідність визнання Європейським судом факту порушення права людини «не бути притягненим до суду або покараним двічі».

(Див.: 1.4.13)

Стаття 402. Непокора

1. Непокора, тобто відкрита відмова виконати наказ начальника, а також інше умисне невиконання наказу –

карається службовим обмеженням на строк до двох років або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, якщо воно вчинено групою осіб або спричинило тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

3. Непокора, вчинена в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до семи років.

4. Непокора, вчинена в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

Примітка. Під бойовою обстановкою в розділі XIX цього Кодексу слід розуміти обстановку наступального, оборонного чи іншого загальновійськового, танкового, протиповітряного, повітряного, морського тощо бою, тобто безпосереднього застосування військової зброї і техніки стосовно військового супротивника або військовим супротивником. Обстановка бою, в якому бере участь військове з'єднання, частина (корабель) або підрозділ, розпочинається і закінчується з наказу про вступ у бій (припинення бою) або з фактичного початку (завершення) бою.

(Стаття 402 в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 403. Невиконання наказу

1. Невиконання наказу начальника, вчинене за відсутності ознак, зазначених у частині першій статті 402 цього Кодексу, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, –

карається службовим обмеженням на строк до двох років або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до одного року, або позбавленням волі на строк до двох років.

2. Те саме діяння, вчинене в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, вчинене в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

(Стаття 403 в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 404. Опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків

1. Опір начальникові, а також іншій особі, яка виконує покладені на неї обов'язки з військової служби, або примушування їх до порушення цих обов'язків –

караються службовим обмеженням на строк до двох років або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років, або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

2. Ті самі дії, вчинені групою осіб або із застосуванням зброї, або такі, що спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони були вчинені в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до десяти років.

4. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони були вчинені в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до дванадцяти років.

5. Дії, передбачені частинами другою, третьою або четвертою цієї статті, якщо вони були пов'язані з умисним вбивством начальника або іншої особи, яка виконує обов'язки з військової служби, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

(Стаття 404 в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 405. Погроза або насильство щодо начальника

1. Погроза вбивством або заподіянням тілесних ушкоджень чи побоїв начальникові, або знищенням чи пошкодженням його майна у зв'язку з виконанням ним обов'язків з військової служби –

карається триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Заподіяння тілесних ушкоджень, побоїв або вчинення інших насильницьких дій щодо начальника у зв'язку з виконанням ним обов'язків з військової служби –

карається позбавленням волі на строк від двох до семи років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

4. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені групою осіб, або із застосуванням зброї, або в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

(Стаття 405 в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 406. Порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості

1. Порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності між ними відносин підлеглості, що виявилося в завданні побоїв чи вчиненні іншого насильства, –

карається арештом на строк до шести місяців або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до одного року, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, якщо воно вчинене щодо кількох осіб або заподіяло легкі чи середньої тяжкості тілесні ушкодження, а також таке, що має характер знущання або глумлення над військовослужбовцем, –

карається триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені групою осіб або із застосуванням зброї, або такі, що спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до десяти років.

Стаття 407. Самовільне залишення військової частини або місця служби

1. Самовільне залишення військової частини або місця служби військовослужбовцем строкової служби, а також нез'явлення його вчасно без поважних причин на службу у разі звільнення з частини, призначення або переведення, нез'явлення з відрядження, відпустки або з лікувального закладу тривалістю понад три доби, але не більше місяця, –

караються триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Самовільне залишення військової частини або місця служби військовослужбовцем (крім строкової служби), а також нез'явлення його вчасно на службу без поважних причин тривалістю понад десять діб, але не більше місяця, або хоч і менше десяти діб, але більше трьох діб, вчинені повторно протягом року, –

караються штрафом до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або службовим обмеженням на строк до двох років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

3. Самовільне залишення військової частини або місця служби, а також нез'явлення вчасно на службу без поважних причин тривалістю понад один місяць, вчинене особами, зазначеними в частинах першій або другій цієї статті, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

4. Самовільне залишення військової частини або місця служби, а також нез'явлення вчасно на службу без поважних причин, вчинені в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, вчинене особами, зазначеними в частинах першій або другій цієї статті, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

5. Самовільне залишення військової частини або місця служби, а також нез'явлення вчасно на службу без поважних причин, вчинені в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, вчинене особами, зазначеними в частинах першій або другій цієї статті, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

(Стаття 407 із змінами, внесеними згідно із Законом № 158-VIII від 05.02.2015; в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 408. Дезертирство

1. Дезертирство, тобто самовільне залишення військової частини або місця служби з метою ухилитися від військової служби, а також нез'явлення з тією самою метою на службу у разі призначення, переведення, з відрядження, відпустки або з лікувального закладу –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

2. Дезертирство із зброєю або за попередньою змовою групою осіб –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

3. Діяння, передбачене частинами першою або другою цієї статті, вчинене в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

4. Діяння, передбачене частинами першою або другою цієї статті, вчинене в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

(Стаття 408 в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 409. Ухилення від військової служби шляхом самокалічення або іншим способом

1. Ухилення військовослужбовця від несення обов'язків військової служби шляхом самокалічення або шляхом симуляції хвороби, підроблення документів чи іншого обману –

карається триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Відмова від несення обов'язків військової служби –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

4. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

(Стаття 409 в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 410. Викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем

1. Викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна або заволодіння ними шляхом шахрайства –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

2. Ті самі дії, вчинені військовою службовою особою із зловживанням службовим становищем, або повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або такі, що заподіяли істотну шкоду, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони вчинені в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

4. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони вчинені в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, розбій з метою заволодіння зброєю, бойовими припасами, вибуховими чи іншими бойовими речовинами, засобами пересування, військовою та спеціальною технікою, а також вимагання цих предметів, поєднане з насильством, небезпечним для життя і здоров'я потерпілого, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

(Стаття 410 в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 411. Умисне знищення або пошкодження військового майна

1. Умисне знищення або пошкодження зброї, бойових припасів, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна –

караються службовим обмеженням на строк до двох років або триманням у дисциплінарному батальйоні на той самий строк, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені шляхом підпалу або іншим загальнонебезпечним способом, або якщо вони спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

4. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

(Стаття 411 в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 412. Необережне знищення або пошкодження військового майна

1. Необережне знищення або пошкодження зброї, бойових припасів, засобів пересування, військової і спеціальної техніки чи іншого військового майна, що заподіяло шкоду у великих розмірах, –

караються штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або службовим обмеженням на строк до двох років, або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до одного року.

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

караються триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років або позбавленням волі на строк до трьох років.

Стаття 413. Втрата військового майна

1. Втрата або зіпсування ввірених для службового користування зброї, бойових припасів, засобів пересування, предметів технічного постачання або іншого військового майна внаслідок порушення правил їх зберігання –

караються арештом на строк до шести місяців або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі діяння, вчинені в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

караються позбавленням волі на строк до трьох років.

3. Діяння, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

(Стаття 413 із змінами, внесеними згідно із Законом № 270-VI від 15.04.2008; в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 414. Порушення правил поводження зі зброєю, а також із речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення

1. Порушення правил поводження зі зброєю, а також із боєприпасами, вибуховими, іншими речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення, а так само з радіоактивними матеріалами, якщо це заподіяло потерпілому тілесні ушкодження або створило небезпеку для довкілля, –

карається службовим обмеженням на строк до двох років або триманням у дисциплінарному батальйоні на той самий строк, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, що заподіяло тілесні ушкодження кільком особам або смерть потерпілого, –

карається позбавленням волі на строк від двох до десяти років.

3. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, що спричинило загибель кількох осіб чи інші тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до дванадцяти років.

(Стаття 414 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1071-V від 24.05.2007)

Стаття 415. Порушення правил водіння або експлуатації машин

1. Порушення правил водіння або експлуатації бойової, спеціальної чи транспортної машини, що спричинило потерпілому середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження або загибель потерпілого, –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

2. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, що спричинило загибель кількох осіб, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

Стаття 416. Порушення правил польотів або підготовки до них

Порушення правил польотів або підготовки до них, а також порушення правил експлуатації літальних апаратів, що спричинило катастрофу або інші тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до п'ятнадцяти років.

Стаття 417. Порушення правил кораблеводіння

Порушення правил кораблеводіння, що спричинило загибель людей, загибель корабля або інші тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до п'ятнадцяти років.

Стаття 418. Порушення статутних правил вартової служби чи патрулювання

1. Порушення статутних правил вартової (вахтової) служби чи патрулювання, що спричинило тяжкі наслідки, для запобігання яким призначено дану варту (вахту) чи патрулювання, –

карається обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, вчинене в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

3. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, вчинене в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

(Стаття 418 в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 419. Порушення правил несення прикордонної служби

1. Порушення правил несення прикордонної служби особою, яка входить до складу наряду з охорони державного кордону України, якщо це спричинило тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

2. Те саме діяння, вчинене в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

3. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, вчинене в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці, –

карається позбавленням волі на строк від семи до десяти років.

(Стаття 419 в редакції Законів № 270-VI від 15.04.2008, № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 420. Порушення правил несення бойового чергування

1. Порушення правил несення бойового чергування (бойової служби), встановлених для своєчасного виявлення і відбиття раптового нападу на Україну або для захисту та безпеки України, якщо це спричинило тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

2. Те саме діяння, вчинене в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

3. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, вчинене в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

(Стаття 420 в редакції Законів № 270-VI від 15.04.2008, № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 421. Порушення статутних правил внутрішньої служби

1. Порушення особою, яка входить у добовий наряд частини (крім варти і вахти), статутних правил внутрішньої служби, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, запобігання яким входило в обов'язки даної особи, –

карається триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, вчинене в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

3. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, вчинене в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, –

карається позбавленням волі на строк до п'яти років.

(Стаття 421 в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 422. Розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю, або втрата документів чи матеріалів, що містять такі відомості

1. Розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю, за відсутності ознак державної зради –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

2. Втрата документів або матеріалів, що містять відомості військового характеру, які становлять державну таємницю, предметів, відомості про які становлять державну таємницю, особою, якій вони були довірені, якщо втрата стала результатом порушення встановлених правил поводження із зазначеними документами, матеріалами або предметами, –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

(Статтю 423 виключено на підставі Закону № 746-VII від 21.02.2014)

(Статтю 424 виключено на підставі Закону № 746-VII від 21.02.2014)

Стаття 425. Недбале ставлення до військової служби

1. Недбале ставлення військової службової особи до служби, якщо це заподіяло істотну шкоду, –

карається штрафом від двохсот вісімдесяти п'яти до трьохсот двадцяти п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або службовим обмеженням на строк до двох років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до семи років.

4. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

Примітка. 1. Під військовими службовими особами розуміються військові начальники, а також інші військовослужбовці, які обіймають постійно чи тимчасово посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним дорученням повноважного командування.

2. У статтях 425 та 426 цього Кодексу істотною шкодою, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається шкода, яка в двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а тяжкими наслідками за тієї самої умови вважається шкода, яка в п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

(Стаття 425 із змінами, внесеними згідно із Законом № 746-VII від 21.02.2014; в редакції Законів № 194-VIII від 12.02.2015, № 1952-VIII від 16.03.2017)

Стаття 426. Бездіяльність військової влади

1. Умисне неприпинення злочину, що вчиняється підлеглим, або ненаправлення військовою службовою особою до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який вчинив кримінальне правопорушення, а також інше умисне невиконання військовою службовою особою дій, які вона за своїми службовими обов'язками повинна була виконати, якщо це заподіяло істотну шкоду, –

караються штрафом від трьохсот двадцяти п'яти до трьохсот вісімдесяти п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або службовим обмеженням на строк до двох років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до семи років.

4. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, що вчинені в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, –

караються позбавленням волі на строк від семи до десяти років.

(Стаття 426 із змінами, внесеними згідно із Законом № 4652-VI від 13.04.2012; в редакції Законів № 194-VIII від 12.02.2015, № 1952-VIII від 16.03.2017)

Стаття 426[1]. Перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень

1. Перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень, тобто умисне вчинення дій, які явно виходять за межі наданих цій особі прав чи повноважень, крім передбачених частиною другою цієї статті, якщо ці дії заподіяли істотну шкоду, –

карається обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Застосування нестатутних заходів впливу щодо підлеглого або перевищення дисциплінарної влади, якщо ці дії заподіяли істотну шкоду, а також застосування насильства щодо підлеглого –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

3. Діяння, передбачені частиною другою цієї статті, вчинені із застосуванням зброї, а також діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дев'яти років.

4. Діяння, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, вчинені в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

караються позбавленням волі на строк від семи до десяти років.

5. Діяння, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, вчинені в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років.

(Кодекс доповнено статтею 426[1] згідно із Законом № 290-VIII від 07.04.2015)

§1. Норми міжнародного права
щодо перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень

426[1].1.1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Рада Європи, від 04.11.1950)
(ратифіковано Законом від 17.07.1997)
*«**Стаття 3. Заборона катування***
Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню».

[Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо справ перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень

426[1].2.1. Справа «Kılınç et autres c. Turquie»
«40. Суд повторює, що в першому реченні першого пункту ст. 2 Конвенції мається на увазі, зокрема, позитивний обов'язок держав вживати всіх необхідних заходів для захисту осіб, які перебувають під їх юрисдикцією. Ці заходи можуть бути як проти третіх осіб, так і проти самих органів влади.

41. Це зобов'язання, яке, без сумніву, застосовується в області обов'язкової військової служби, перш за все означає, що держави зобов'язані вжити законодавчих та адміністративних заходів для ефективної профілактики… Правила повинні передбачати практичні заходи для ефективного захисту призовників, які можуть піддаватися небезпекам, властивим військовому життю, і забезпечувати адекватні процедури для оцінки помилок і зловживань, які можуть бути допущені посадовими особами на різних рівнях». [Kılınç et autres c. Turquie (40145/98). ECHR 2005-VI. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–69269] (Неофіційний авторський переклад).

426[1].2.2. Справа «Lyalyakin v. Russia»
«69. (…) військова служба часто включає такий елемент, як і заходи, що позбавляють людину її свободи. Проте багато дій, які можуть являти собою принижуюче або нелюдське поводження щодо ув'язнених, можуть не досягти межі поганого поводження, коли вони відбуваються у збройних силах, за умови, що вони сприяють конкретній місії збройних сил, оскільки вони становлять частину, наприклад, тренування для польових умов бою. Публічний характер дисциплінарного впливу може бути важливим чи обтяжуючим фактором при оцінці того, чи є він «нелюдським» у значенні статті 3.

70. Держава зобов'язана забезпечити, щоб особа виконувала військову службу в умовах, сумісних із повагою до її людської гідності, щоб процедури та способи військової підготовки не піддавали її стражданню або інтенсивності, що перевищує неминучий рівень військової дисципліни, і щоб з огляду на практичні вимоги до такої служби здоров'я та добробут особи були належним чином забезпеченими». [Lyalyakin v. Russia. (31305/09). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–152726] (Неофіційний авторський переклад).

426[1].2.3. Справа «Chember v. Russia»

« (…) на державі лежить обов'язок забезпечити, щоб громадянин ніс військову службу в умовах, сумісних із повагою до його людської гідності, щоб порядок та методи військової підготовки не завдавали йому болю і страждання в ступені, що перевершує неминучий рівень страждань, властивих військової підготовці, і щоб з урахуванням практичних вимог такої служби його здоров'я і благополуччя належним чином забезпечувалися, крім іншого, шляхом надання необхідної йому медичної допомоги. На державі лежить першочерговий обов'язок ввести правила, що визначають рівень загрози життю або тілесного ушкодження, що може виникати не тільки від самого характеру військової діяльності, а й від людського фактору, який вступає в дію, коли держава призиває громадян на військову службу. Такі правила повинні вимагати прийняття практичних заходів, спрямованих на ефективний захист призовників від небезпек, властивих військовій службі, і відповідних методів визначення недоробок і помилок, які можуть допустити стосовно цього відповідальні особи на різному рівні.

51. Відповідно до незмінного підходу Суду, поводження вважається «нелюдським», якщо є навмисним, триває протягом декількох годин поспіль і приносить або реальні тілесні ушкодження, або глибоке фізичне або моральне страждання. Питання про те, чи було метою такого поводження змусити жертву страждати, – це ще один фактор, який потрібно враховувати, але відсутність такої мети не може з певністю виключити порушення статті 3». [Chember v. Russia (7188/03). ECHR 2008-VII. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–87354] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень

426[1].3.1. Справа «Chember v. Russia»

Фактичні обставини:

Під час проходження військової служби заявник, якого було звільнено від фізичних вправ і стройової підготовки через стан коліна, яке він тоді лікував, був у групі військовослужбовців, яким наказали зробити 350 присідань як покарання за погано прибрані казарми. Він знепритомнів під час вправи і був госпіталізований. Згодом у нього діагностували закрите ушкодження хребта, він був звільнений з військової служби і отримав другу групу інвалідності. Відтоді він не може добре ходити. Після цього випадку прокуратура відмовила у порушені кримінальної справи проти чергового офіцера через відсутність доказів події злочину.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«53. Заявнику наказали присідати в покарання за недостатньо ретельно вимиту казарму. Наказ був відданий його безпосереднім командиром молодшим сержантом Ч. Він був мовчазно схвалений вищим командиром лейтенантом Д., який був присутній при цьому, але не заперечив наказ. Із цього випливає, що поводження з заявником, яке оскаржується, було навмисним.

54. Зі свідчень, зібраних у рамках внутрішньодержавного розслідування, очевидно, що і лейтенант Д., і молодший сержант Ч. знали про хворі коліна заявника з моменту його прибуття до військової частини. Як зазначалося вище, раніше лейтенант Д. звільнив заявника по здоров'ю від фізичної та стройової підготовки. Незважаючи на свою обізнаність про конкретні проблеми зі здоров'ям заявника, командири змусили його робити саме ті вправи, які викликали велике навантаження на коліна і хребет. У цих умовах Суд не може не визнати, що поводження було і навмисним, і розрахованим на заподіяння фізичних страждань заявнику. Суворість покарання в даному випадку, як очевидно, не може бути виправдана будь-якими вимогами військової служби або підготовки або розглядатися як така, що сприяє виконанню особливої місії збройних сил.

55. Що стосується наслідків розглянутого покарання, то Суд зазначає, що заявник на місці знепритомнів і в нього відмовили ноги. Незважаючи на невідкладне лікування спочатку у військовому госпіталі, а потім у цивільній лікарні, пошкодження призвело до тривалого порушення його здоров'я. Заявник був звільнений із військової служби та отримав другу групу інвалідності.

56. Оцінюючи вищевикладені факти в цілому, Суд вважає, що в цій справі заявник був насильно підданий фізичним вправам до втрати свідомості. Це покарання було застосовано навмисно

його командирами при повній поінформованості про його конкретні проблеми зі здоров'ям і без будь-якої військової необхідності, яка могла б викликати такий хід дій. На думку Суду, при таких обставинах таке покарання викликало у заявника глибокі фізичні страждання і вийшло за межі мінімального рівня жорстокості.

57. З огляду на викладені вище міркування, Суд вважає, що заявник був підданий нелюдському покаранню в порушення статті 3 Конвенції. Отже, було допущено порушення матеріального аспекту цієї статті». [Chember v. Russia (7188/03). ECHR 2008-VII. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–87354]

426[1].3.2. Справа «Lyalyakin v. Russia»

Фактичні обставини:

4 червня 2007 року заявник та молодший сержант В. втекли з підрозділу. Вранці 5 червня 2007 р. заступник командира майор А. і капітан К. затримав заявника та молодшого сержанта В. поблизу сусіднього села Степного. За словами заявника, після повернення до підрозділу майор А. і капітан К. загрожували розстріляти його або втопити. Загрози налякали заявника настільки, що він вирішив знову втекти. Невдовзі після цього він був схоплений у сусідньому болоті.

6 червня 2007 року заявник та В. були поставлені перед командиром батальйону Ч., який вишикував батальйон. Заявник і В. були змушені стояти перед іншими військовослужбовцями в одних трусах. Командир батальйону публічно засудив їх і наклав дисциплінарне стягнення.

27 червня 2007 року заявник звернувся до Військової прокуратури Нижньогородського гарнізону з приводу поганого поводження у військовій частині. У своєму позові він подав звіт про відповідні події, заявивши, що його колеги військовослужбовці Вл., Кат., Зай., Риб., Мал. і Ф. могли б підтвердити факти його жорстокого поводження та «знущання». Нижньо-Новгородська прокуратура відкрила попереднє розслідування та визнала, що заявник повинен бути переданий іншому військовому підрозділу до завершення розслідування.

16 липня 2007 року слідчий Волгоградської прокуратури виніс постанову про відмову у порушенні кримінальної справи. Після цього ще чотири рази за скаргами заявника органи прокуратури відкривали і закривали кримінальне провадження стосовно незаконних дій Ч., А. і К. Під час розгляду справи ЄСПЛ не мав відомостей про остаточне рішення органів розслідування.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«72. Суд зазначає, що обставини, пов'язані з роздяганням заявника працівниками супроводу у червні 2007 року, оспорюються сторонами. Хоча заявник стверджував, що його роздягали догола, уряд стверджував, що він залишився у військових трусах.

73. Суд зауважує, що він чутливий до допоміжного характеру своєї ролі та визнає, що він повинен бути обережним у прийнятті ролі судового органу першої інстанції, якщо це не є неминучим за обставин конкретної справи. У цій справі він не бажає приймати твердження заявника про те, що повернувшись до військової частини у червні 2007 року, він був роздягнутий догола, оскільки ці твердження були спростовані результатами подальшого розслідування, і заявник не надав жодних доказів протилежного, що задовольняло б стандартові докази «поза обґрунтованими сумнівами».

74. Беручи до уваги припущення національних органів влади та уряду в цьому Суді, що заявник був роздягнений та доставлений військовій частині у військових трусах, перше завдання Суду полягатиме в тому, щоб з'ясувати, чи було таке поводження порушенням статті 3 Конвенції.

(...)

76. Звертаючись до фактів цієї справи, Суд, по-перше, зазначив, що заявник двічі залишався у військових трусах після його невдалої спроби втечі 5 червня 2007 року та наступного дня під час вишукування батальйону. Хоча оскаржувані заходи зачепили заявника, інтенсивність таких страждань була меншою, ніж це було б у випадку, коли він був роздягнений голим. Також слід узяти до уваги, що епізод відбувся в літній період, тривав короткий проміжок часу і закінчився тим, що військовий начальник наказав повернути йому одяг і оголосив догану.

77. Суд, однак, зазначив, що слідчі органи та Уряд-відповідач у своїх поданнях не змогли докладно розглянути питання про необхідність використання таких заходів за обставин справи.

Зокрема, Суд зазначає, що заявника примусили стояти перед батальйоном, одягненими лише в його військові труси. Уряд-відповідач не пояснив, чому такі заходи були необхідними для запобігання втечі його або інших солдатів, і не згадував про інші причини у зв'язку з цим. Суд не забуває про конкретний військовий контекст справи та необхідність підтримувати дисципліну в даній військовій частині, але факт залишається фактом, що необхідність використання оскаржуваного заходу не була переконливо продемонстрована.

78. За таких обставин Суд вважає, що роздягання та виставлення заявника перед особовим складом батальйону призвели до його приниження. Той факт, що заявник був віком дев'ятнадцяти років, ускладнив таке поводження. Суд визнає, що поводження досягло межі суворості статті 3 Конвенції і, отже, являє собою принизливе поводження в значенні положення цієї Конвенції.

79. Зважаючи на вищесказане, Суд вважає, що, відповідно, було порушення статті 3 Конвенції відповідно до її основного змісту». [Lyalyakin v. Russia. (31305/09). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–152726]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 426[1] КК України *(дивись зауваження загального характеру у пунктах 0.4.2–0.4.5)*

426[1].4.1. Перевищення дисциплінарної влади, що заподіяло істотну шкоду, в поєднані з відмовою органів влади розпочати за цим фактом кримінальне провадження визнано ЄСПЛ порушенням ст. 3 Конвенції.

(Див.: 426[1].3.1)

426[1]4.2. Застосуванням нестатутних заходів впливу щодо підлеглого визнається, зокрема, поставлення його під час шикування особового складу підрозділу роздягненим до нижньої білизни.

(Див.: 426[1].3.2)

Стаття 427. Здача або залишення ворогові засобів ведення війни

Здача ворогові начальником ввірених йому військових сил, а також не зумовлене бойовою обстановкою залишення ворогові укріплень, бойової та спеціальної техніки чи інших засобів ведення війни, якщо зазначені дії вчинені не з метою сприяння ворогові, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до десяти років.

Стаття 428. Залишення гинучого військового корабля

1. Залишення гинучого військового корабля командиром, який не виконав до кінця своїх службових обов'язків, а також особою із складу команди корабля без належного на те розпорядження командира –

карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

2. Те саме діяння, вчинене в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

3. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, вчинене в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, –

карається позбавленням волі на строк від семи до десяти років.

(Стаття 428 в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015)

Стаття 429. Самовільне залишення поля бою або відмова діяти зброєю

Самовільне залишення поля бою під час бою або відмова під час бою діяти зброєю – караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

Стаття 430. Добровільна здача в полон

Добровільна здача в полон через боягузтво або легкодухість –

карається позбавленням волі на строк від семи до десяти років.

Стаття 431. Злочинні дії військовослужбовця, який перебуває в полоні

1. Добровільна участь військовослужбовця, який перебуває в полоні, у роботах, що мають військове значення, або в інших заходах, які завідомо можуть заподіяти шкоду Україні або союзним з нею державам, за відсутності ознак державної зради –

карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

2. Насильство над іншими військовополоненими або жорстоке поводження з ними з боку військовополоненого, який перебуває на становищі старшого, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

3. Вчинення військовослужбовцем, який перебуває в полоні, дій, спрямованих на шкоду іншим військовополоненим, з корисливих мотивів або з метою забезпечення поблажливого до себе ставлення з боку ворога –

карається позбавленням волі на строк до трьох років.

Стаття 432. Мародерство

Викрадення на полі бою речей, що знаходяться при вбитих чи поранених (мародерство), –

карається позбавленням волі на строк від трьох до десяти років.

Стаття 433. Насильство над населенням у районі воєнних дій

1. Насильство, протизаконне знищення майна, а також протизаконне відібрання майна під приводом воєнної необхідності, вчинювані щодо населення в районі воєнних дій, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

2. Розбій, вчинюваний щодо населення в районі воєнних дій, –

карається позбавленням волі на строк від семи до десяти років.

Стаття 434. Погане поводження з військовополоненими

Погане поводження з військовополоненими, яке мало місце неодноразово, або пов'язане з особливою жорстокістю, або спрямоване проти хворих і поранених, а також недбале виконання обов'язків щодо хворих і поранених особами, на яких покладено їх лікування і піклування про них, за відсутності ознак більш тяжкого злочину –

караються позбавленням волі на строк до трьох років.

§1. Норми міжнародного права
щодо поводження з військовополоненими

434.1.1. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими
(ООН, від 12.08.1949)
Див. 438.1.5

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності
норм міжнародного права в контексті ст. 434 КК України *(дивись коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

434.4.1. Наявність в Особливій частині Кримінального кодексу України двох різних статей (ст.434 і ст. 438), що передбачають відповідальність за жорстоке поводження з військовополоненими, утворює колізію вказаних кримінально правових норм, яка з огляду на ч. 5 ст. 3 КК має бути вирішена на користь кваліфікації таких діянь за ст. 438 КК України.
(Див., також: 44.4.3)

Стаття 435. Незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала та зловживання нею

1. Носіння в районі воєнних дій символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала особами, які не мають на те права, а також зловживання в умовах особ-

ливого періоду, крім воєнного стану, прапорами чи знаками Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала або пофарбуванням, присвоєним санітарно-транспортним засобам, –

караються обмеженням волі на строк до двох років.

2. Носіння в районі воєнних дій символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала особами, які не мають на те права, а також зловживання в умовах воєнного стану прапорами чи знаками Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала або пофарбуванням, присвоєним санітарно-транспортним засобам, –

караються позбавленням волі на строк до двох років.

(Стаття 435 в редакції Закону № 194-VIII від 12.02.2015).

§1. Норми міжнародного права
щодо використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала

435.1.1. Женевська Конвенція (I) про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях

Див.: 445.1.1.

435.1.2. Женевська Конвенція (II) про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі

Див.: 445.1.2.

435.1.4. Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів

Див.: 445.1.3.

435.1.5. Додатковий протокол (II) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру

Див.: 445.1.4.

435.1.6. Додатковий протокол (III) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми

Див.: 445.1.4.

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності
норм міжнародного права в контексті ст. 435 КК України *(дивись коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

435.4.1. За ст. 435 КК України кваліфікується незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала, лише за наявності спеціальних ознак щодо суб'єкта злочину та місця вчинення злочину. До суб'єктів цього злочину належать військовослужбовці, – окрім військовослужбовців, які мають на це право (медичний та духовний персонал). Місцем вчинення злочину може бути лише район воєнних дій. За відсутності вказаних ознак вчинене кваліфікується за ст. 438 чи ст. 445 КК України.

(Див.: 445.4.2 та 445.4.4)

Розділ XX. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МИРУ, БЕЗПЕКИ ЛЮДСТВА ТА МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ

§1. Норми міжнародного права
щодо злочинів проти людяності

XX.1.1. Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі

(ООН, від 11.12.1946)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

*«**Статья 1***

В соответствии с Соглашением, заключенным 8 августа 1945 года между Правительствами Союза Советских Социалистических Республик, Соединенных Штатов Америки и Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Временным Правительством Французской Республики, учреждается Международный военный трибунал (в дальнейшем именуемый «Трибунал») для справедливого и быстрого суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси.

(…)

Статья 6

Трибунал, учрежденный Соглашением, упомянутым в статье 1 настоящего Устава для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси, имеет право судить и наказывать лиц, которые, действуя в интересах европейских стран оси индивидуально или в качестве членов организации, совершили любое из следующих преступлений.

Следующие действия или любые из них являются преступлениями, подлежащими юрисдикции Трибунала и влекущими за собой индивидуальную ответственность:

(…)

с) преступления против человечности, а именно: убийства, истребление, порабощение, ссылка и другие жестокости, совершенные в отношении гражданского населения до или во время войны, или преследования по политическим, расовым или религиозным мотивам в целях осуществления или в связи с любым преступлением, подлежащим юрисдикции Трибунала, независимо от того, являлись ли эти действия нарушением внутреннего права страны, где они были совершены, или нет.

Руководители, организаторы, подстрекатели и пособники, участвовавшие в составлении или в осуществлении общего плана или заговора, направленного к совершению любых из вышеупомянутых преступлений, несут ответственность за все действия, совершенные любыми лицами в целях осуществления такого плана.

Статья 7

Должностное положение подсудимых, их положение в качестве глав государства или ответственных чиновников различных правительственных ведомств не должно рассматриваться как основание к освобождению от ответственности или смягчению наказания.

Статья 8

Тот факт, что подсудимый действовал по распоряжению правительства или приказу начальника, не освобождает его от ответственности, но может рассматриваться как довод для смягчения наказания, если Трибунал признает, что этого требуют интересы правосудия.

Статья 9

При рассмотрении дела о любом отдельном члене той или иной группы или организации Трибунал может (в связи с любым действием, за которое это лицо будет осуждено) признать, что группа или организация, членом которой подсудимый являлся, была преступной организацией.

После получения обвинительного акта Трибунал сделает такое объявление, какое он найдет нужным, о том, что обвинение намеревается ходатайствовать перед Трибуналом о вынесении определения о признании организации преступной. Любой член организации будет вправе обратиться в Трибунал за разрешением быть выслушанным Трибуналом по вопросу о преступном

характере организации. Трибунал будет вправе удовлетворить или отклонить эту просьбу. В случае удовлетворения такой просьбы Трибунал может определить, каким образом эти лица будут представлены и выслушаны.

Статья 10

Если Трибунал признает ту или иную группу или организацию преступной, компетентные национальные власти каждой из Подписавшихся Сторон имеют право привлекать к суду национальных, военных или оккупационных трибуналов за принадлежность к этой группе или организации. В этих случаях преступный характер группы или организации считается доказанным и не может подвергаться оспариванию». [Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі (Ірландія, СРСР, США, Великобританія, Франція, від 08.08.1945) (ООН, від 11.12.1946). http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/998_201]

XX.1.2. Статут Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії

(ООН, від 25.05.1993)

(щодо ратифікації див.: Закон № 4703-VI від 16.05.2012)

«Статья 5. Преступления против человечности

Международный трибунал полномочен осуществлять судебное преследование лиц, ответственных за следующие преступления, когда они совершаются в ходе вооруженного конфликта, будь то международного или внутреннего характера, и направлены против любого гражданского населения:

a) убийства;

b) истребление;

c) порабощение;

d) депортация;

e) заключение в тюрьму;

f) пытки;

g) изнасилования;

h) преследование по политическим, расовым или религиозным мотивам;

i) другие бесчеловечные акты.

Статья 6. Персональная юрисдикция

Юрисдикция Международного трибунала распространяется на физических лиц в соответствии с положениями настоящего Устава.

Статья 7. Личная уголовная ответственность

1. Лицо, которое планировало, подстрекало, приказывало, совершало или иным образом содействовало или подстрекало к планированию, подготовке или совершению преступления, указанного в статьях 2–5 настоящего Устава, несет личную ответственность за это преступление.

2. Должностное положение обвиняемого в качестве главы государства или правительства или ответственного чиновника не освобождает это лицо от уголовной ответственности и не является основанием для смягчения наказания.

3. Тот факт, что любое из деяний, упомянутых в статьях 2–5 настоящего Устава, было совершено подчиненным, не освобождает его начальника от уголовной ответственности, если он знал или должен был знать, что подчиненный собирается совершить или совершил такое деяние, и если начальник не принял необходимых и разумных мер по предотвращению таких деяний или наказанию совершивших их лиц.

4. Тот факт, что обвиняемый действовал по приказу правительства или начальника, не освобождает его от уголовной ответственности, однако может рассматриваться как основание для смягчения наказания, если Международный трибунал признает, что этого требуют интересы правосудия». [Статут Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії (ООН, від 25.05.1993). http://zakon1.rada.gov.ua/rada/show/995_711]

XX.1.3. Статут Міжнародного трибуналу по Руанді

(ООН, від 08.11.1994)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Статья 3. Преступления против человечности***

Международный трибунал по Руанде полномочен осуществлять судебное преследование лиц, ответственных за следующие преступления, когда они совершаются в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население по национальным, политическим, этническим, расовым или религиозным мотивам:

a) убийство;

b) истребление;

c) порабощение;

d) депортация;

e) заключение в тюрьму;

f) пытки;

g) изнасилования;

h) преследование по политическим, расовым или религиозным мотивам;

i) другие бесчеловечные акты.

Статья 6. Личная уголовная ответственность

1. Лицо, которое планировало, подстрекало, приказывало, совершало или иным образом содействовало или подстрекало к планированию, подготовке или совершению преступления, указанного в статьях 2–4 настоящего Устава, несет личную ответственность за это преступление.

2. Должностное положение обвиняемого в качестве главы государства или правительства или ответственного государственного чиновника не освобождает это лицо от уголовной ответственности и не является основанием для смягчения наказания.

3. Тот факт, что любое из деяний, упомянутых в статьях 2–4 настоящего Устава, было совершено подчиненным, не освобождает его начальника от уголовной ответственности, если он знал или должен был знать, что подчиненный собирается совершить или совершил такое деяние, и если начальник не принял необходимых и разумных мер по предотвращению таких деяний или наказанию совершивших их лиц.

4. Тот факт, что обвиняемое лицо действовало по приказу правительства или начальника, не освобождает его от уголовной ответственности, однако может рассматриваться как основание для смягчения наказания, если Международный трибунал по Руанде признает, что этого требуют интересы правосудия». [Статут Міжнародного трибуналу по Руанді (ООН, від 08.11.1994). http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_d65]

XX.1.4. Римський статут Міжнародного кримінального суду

(ООН, від 17.06.1998)

(щодо ратифікації див.: частина 6 ст. 124 Конституції України; постанова ВР № 145-VIII від 04.02.2015)

«***Статья 5. Преступления, подпадающие под юрисдикцию Суда***

1. Юрисдикция Суда ограничивается самыми серьезными преступлениями, вызывающими озабоченность всего международного сообщества. В соответствии с настоящим Статутом Суд обладает юрисдикцией в отношении следующих преступлений:

a) преступление геноцида;

b) преступления против человечности;

c) военные преступления;

d) преступление агрессии.

(…)

Статья 7. Преступления против человечности

1. Для целей настоящего Статута «преступление против человечности» означает любое из следующих деяний, когда они совершаются в рамках широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц, если такое нападение совершается сознательно:

a) убийство;

b) истребление;

c) порабощение;

d) депортация или насильственное перемещение населения;

e) заключение в тюрьму или другое жестокое лишение физической свободы в нарушение основополагающих норм международного права;

f) пытки;

g) изнасилование, обращение в сексуальное рабство, принуждение к проституции, принудительная беременность, принудительная стерилизация или любые другие формы сексуального насилия сопоставимой тяжести;

h) преследование любой идентифицируемой группы или общности по политическим, расовым, национальным, этническим, культурным, религиозным, гендерным, как это определяется в пункте 3, или другим мотивам, которые повсеместно признаны недопустимыми согласно международному праву, в связи с любыми деяниями, указанными в данном пункте, или любыми преступлениями, подпадающими под юрисдикцию Суда;

i) насильственное исчезновение людей;

j) преступление апартеида;

k) другие бесчеловечные деяния аналогичного характера, заключающиеся в умышленном причинении сильных страданий или серьезных телесных повреждений или серьезного ущерба психическому или физическому здоровью.

2. Для целей пункта 1:

a) «нападение на любых гражданских лиц» означает линию поведения, включающую совершение актов, указанных в пункте 1, против любых гражданских лиц, предпринимаемых в целях проведения политики государства или организации, направленной на совершение такого нападения, или в целях содействия такой политике;

b) «истребление» включает умышленное создание условий жизни, в частности лишение доступа к продуктам питания и лекарствам, рассчитанных на то, чтобы уничтожить часть населения;

c) «порабощение» означает осуществление любого или всех правомочий, связанных с правом собственности в отношении личности, и включает в себя осуществление таких правомочий в ходе торговли людьми, и в частности женщинами и детьми;

d) «депортация или насильственное перемещение населения» означает насильственное перемещение лиц, подвергшихся выселению или иным принудительным действиям, из района, в котором они законно пребывают, в отсутствие оснований, допускаемых международным правом;

e) «пытки» означает умышленное причинение сильной боли или страданий, будь то физических или психических, лицу, находящемуся под стражей или под контролем обвиняемого; но пытками не считается боль или страдания, которые возникают лишь в результате законных санкций, неотделимы от этих санкций или вызываются ими случайно;

f) «принудительная беременность» означает незаконное лишение свободы какой-либо женщины, которая стала беременной в принудительном порядке, с целью изменения этнического состава какого-либо населения или совершения иных серьезных нарушений международного права. Это определение ни в коем случае не истолковывается как затрагивающее национальное законодательство, касающееся беременности;

g) «преследование» означает умышленное и серьезное лишение основных прав вопреки международному праву по признаку принадлежности к той или иной группе или иной общности;

h) «преступление апартеида» означает бесчеловечные действия, аналогичные по своему характеру тем, которые указаны в пункте 1, совершаемые в контексте институционализированного режима систематического угнетения и господства одной расовой группы над другой расовой группой или группами и совершаемые с целью сохранения такого режима;

i) «насильственное исчезновение людей» означает арест, задержание или похищение людей государством или политической организацией или с их разрешения, при их поддержке или с их согласия, при последующем отказе признать такое лишение свободы или сообщить о судьбе или местонахождении этих людей с целью лишения их защиты со стороны закона в течение длительного периода времени.

3. Для целей настоящего Статута понимается, что термин «гендерный» в контексте общества относится к обоим полам, мужскому и женскому. Термин «гендерный» не имеет какого-либо иного значения, отличного от вышеупомянутого.

(…)

Статья 21. Применимое право

1. Суд применяет:

a) во-первых, настоящий Статут, Элементы преступлений и свои Правила процедуры и доказывания;

b) во-вторых, в соответствующих случаях, применимые международные договоры, принципы и нормы международного права, включая общепризнанные принципы международного права вооруженных конфликтов;

c) если это невозможно, Суд применяет общие принципы права, взятые им из национальных законов правовых систем мира, включая, соответственно, национальные законы государств, которые при обычных обстоятельствах осуществляли бы юрисдикцию в отношении данного преступления, при условии, что эти принципы не являются несовместимыми с настоящим Статутом и с международным правом и международно признанными нормами и стандартами.

(…)

Статья 26. Исключение из юрисдикции для лиц, не достигших 18-летнего возраста

Суд не обладает юрисдикцией в отношении любого лица, не достигшего 18-летнего возраста на момент предполагаемого совершения преступления.

(…)

Статья 28. Ответственность командиров и других начальников

В дополнение к другим основаниям уголовной ответственности по настоящему Статуту за преступления, подпадающие под юрисдикцию Суда:

a) Военный командир или лицо, эффективно действующее в качестве военного командира, подлежит уголовной ответственности за преступления, подпадающие под юрисдикцию Суда, совершенные силами, находящимися под его эффективным командованием и контролем либо, в зависимости от обстоятельств, под его эффективной властью и контролем, в результате неосуществления им контроля надлежащим образом над такими силами, когда:

i) такой военный командир или такое лицо либо знало, либо, в сложившихся на тот момент обстоятельствах, должно было знать, что эти силы совершали или намеревались совершить такие преступления; и

ii) такой военный командир или такое лицо не приняло всех необходимых и разумных мер в рамках его полномочий для предотвращения или пресечения их совершения либо для передачи данного вопроса в компетентные органы для расследования и уголовного преследования.

b) Применительно к отношениям начальника и подчиненного, не описанным в пункте (a), начальник подлежит уголовной ответственности за преступления, подпадающие под юрисдикцию Суда, совершенные подчиненными, находящимися под его эффективной властью и контролем, в результате неосуществления им контроля надлежащим образом над такими подчиненными, когда:

i) начальник либо знал, либо сознательно проигнорировал информацию, которая явно указывала на то, что подчиненные совершали или намеревались совершить такие преступления;

ii) преступления затрагивали деятельность, подпадающую под эффективную ответственность и контроль начальника; и

iii) начальник не принял всех необходимых и разумных мер в рамках его полномочий для предотвращения или пресечения их совершения либо для передачи данного вопроса в компетентные органы для расследования и уголовного преследования.

(…)

Статья 30. Субъективная сторона

1. Если не предусмотрено иное, лицо подлежит уголовной ответственности и наказанию за преступление, подпадающее под юрисдикцию Суда, только в том случае, если по признакам, характеризующим объективную сторону, оно совершено намеренно и сознательно.

2. Для целей настоящей статьи, лицо имеет намерение в тех случаях, когда:

a) в отношении деяния, это лицо собирается совершить такое деяние;

b) в отношении последствия, это лицо собирается причинить это последствие или сознает, что оно наступит при обычном ходе событий.

3. Для целей настоящей статьи, «сознательно» означает с осознанием того, что обстоятельство существует или что последствие наступит при обычном ходе событий. «Знать» и «знание» должны толковаться соответствующим образом.

(…)

Статья 32. Ошибка в факте или ошибка в праве

1. Ошибка в факте является основанием для освобождения от уголовной ответственности, только если она исключает необходимую субъективную сторону данного преступления.

2. Ошибка в праве относительно того, является ли определенный тип поведения преступлением, подпадающим под юрисдикцию Суда, не является основанием для освобождения от уголовной ответственности. Однако ошибка в праве может быть основанием для освобождения от уголовной ответственности, если она исключает необходимую субъективную сторону данного преступления, либо в порядке, предусмотренном в статье 33.

(…)

Статья 77. Применимые меры наказания

1. С учетом статьи 110 Суд может назначить одну из следующих мер наказания лицу, признанному виновным в совершении преступления, предусмотренного в статье 5 настоящего Статута:

a) лишение свободы на определенный срок, исчисляемый в количестве лет, которое не превышает максимального количества в 30 лет, или

b) пожизненное лишение свободы в тех случаях, когда это оправдано исключительно тяжким характером преступления и индивидуальными обстоятельствами лица, признанного виновным в его совершении.

2. Помимо лишения свободы, Суд может назначить:

a) штраф в соответствии с критериями, предусмотренными в Правилах процедуры и доказывания;

b) конфискацию доходов, имущества и активов, полученных прямо или косвенно в результате преступления, без ущерба для прав bona fide третьих сторон.

Статья 78. Определение меры наказания

1. При определении меры наказания Суд в соответствии с Правилами процедуры и доказывания принимает во внимание такие факторы, как тяжесть преступления и личность осужденного.

2. При назначении наказания в виде лишения свободы Суд засчитывает срок предварительного содержания под стражей по постановлению Суда при наличии такого срока. Суд может засчитать любой срок, иным образом отбытый под стражей в связи с деянием, лежащим в основе преступления.

3. Если лицо осуждено за совершение более чем одного преступления, Суд назначает наказание за каждое преступление и общее наказание с указанием всего срока лишения свободы. Этот срок не должен быть меньше срока, предусмотренного самым суровым отдельным наказанием, которое было назначено, и не должен превышать 30 лет лишения свободы или меры наказания в виде пожизненного лишения свободы в соответствии с подпунктом (b) пункта 1 статьи 77.

(…)

Статья 80. Ненанесение ущерба применению на национальном уровне мер наказания и национальных законов

Ничто в настоящей Части Статута не затрагивает применения государствами мер наказания, установленных их национальным законодательством, или законов государств, которые не предусматривают меры наказания, установленные в настоящей части». [Римський статут міжнародного кримінального суду. (ООН, від 17.07.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588]

XX.1.5. Елементи злочинів

(Асамблея держав-учасниць Міжнародного кримінального суду, (ICC-ASP/1/3) від 03–10.09.2002 та (RC/11) від 31.05–11.06.2010)

«Статья 7. Преступления против человечности

Введение

1. Поскольку статья 7 касается международного уголовного права, ее положения, в соответствии со статьей 22, должны строго толковаться с учетом того, что определяемые в статье 7 преступления против человечности входят в число самых серьезных преступлений, вызывающих обеспокоенность международного сообщества в целом, обусловливают и влекут за собой индивидуальную уголовную ответственность и предполагают совершение деяния, которое является недопустимым в соответствии с общепризнанными нормами международного права, признаваемыми основными правовыми системами мира.

2. Последние два элемента каждого преступления против человечности описывают контекст, в котором должно иметь место поведение. Эти элементы уточняют, что должны иметь место участие в широкомасштабном или систематическом нападении на гражданское население и осведомленность о нем. Однако самый последний элемент не следует толковать как требующий доказательства того, что исполнитель был осведомлен о всех характеристиках нападения или точных деталях плана или политики государства или организации. В части второго элемента, касающейся умысла, указывается, что в случае нападения, становящегося широкомасштабным или систематическим, субъективная сторона налицо, если исполнитель намеревался способствовать такому нападению.

3. «Нападение на гражданское население» в контексте данных элементов понимается как линия поведения, включающая многократное совершение актов, указанных в пункте 1 статьи 7 Статута, против любых гражданских лиц, предпринимаемых в целях проведения политики государства или организации, направленной на совершение такого нападения, или в целях содействия такой политике. Эти действия не обязательно должны представлять собой военное нападение. Имеется в виду, что «политика, направленная на совершение такого нападения», предполагает, что государство или организация активно поощряли такое поведение как нападение на гражданское население или подстрекали к нему[1].

Статья 7(1)(a). Преступление против человечности в виде убийства

Элементы

1. Исполнитель убил7 одно или несколько лиц.

2. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

3. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения.

Статья 7(1)(b). Преступление против человечности в виде истребления

Элементы

1. Исполнитель убил одно или несколько лиц, в том числе путем создания условий жизни, рассчитанных на то, чтобы уничтожить часть населения9.

2. Деяние выразилось в массовом уничтожении гражданского населения или происходило в рамках10 такого уничтожения.

3. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

4. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения.

---

[1] Политика, при которой гражданское население является объектом нападения, осуществляется в контексте деятельности государства или организации. Такая политика может, в исключительных обстоятельствах, представлять собой преднамеренное бездействие, которое сознательно нацелено на подстрекательство к такому нападению. Вывод о проведении такой политики не может быть сделан лишь на основании отсутствия каких-либо действий со стороны правительства или организации.

Статья 7(1)(c). Преступление против человечности в виде порабощения

Элементы

1. Исполнитель осуществлял любое или все правомочия собственника в отношении одного или нескольких лиц, например путем приобретения, продажи, предоставления в пользование, обмена такого лица или лиц либо путем аналогичного лишения их свободы.

2. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

3. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения.

Статья 7(1)(d). Преступление против человечности в виде депортации или насильственного перемещения населения

Элементы

1. Исполнитель депортировал или насильственно переместил, без оснований, допускаемых в международном праве, одно или несколько лиц в другое государство или местность путем выселения или иных принудительных действий.

2. Такое лицо или лица законно пребывали в районе, из которого они были депортированы или перемещены.

3. Исполнитель сознавал фактические обстоятельства, свидетельствовавшие о законности такого пребывания.

4. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

5. Обвиняемый знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения.

Статья 7(1)(e). Преступление против человечности в виде заключения в тюрьму или другого жестокого лишения физической свободы

Элементы 1.

Исполнитель заключил в тюрьму одно или несколько лиц или иным образом подверг одно или несколько лиц жестокому лишению физической свободы.

2. По своей тяжести деяние являлось нарушением основополагающих норм международного права.

3. Исполнитель сознавал фактические обстоятельства, свидетельствовавшие о тяжести такого деяния.

4. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

5. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения.

Статья 7(1)(f). Преступление против человечности в виде пытки

Элементы

1. Исполнитель причинил сильную физическую или нравственную боль или страдание одному или нескольким лицам.

2. Такое лицо или лица находились под стражей или под контролем исполнителя.

3. Такие боль или страдания не включают боль или страдания, возникающие лишь в результате законных санкций, неотделимые от этих санкций или вызываемые ими случайно.

4. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

5. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения.

Статья 7(1)(g) – 1. Преступление против человечности в виде изнасилования

Элементы

1. Исполнитель посягнул на тело лица, совершив деяние, в результате которого имело место проникновение, даже самое незначительное, в любую часть тела потерпевшего или исполнителя, половым членом либо любым предметом или любой частью тела в анальное или генитальное отверстие потерпевшего.

2. Посягательство было совершено с применением силы или угрозы силой в отношении данного или другого лица, либо путем принуждения, вызванного, например, страхом перед насилием, грубым принуждением, задержанием, психологическим давлением или злоупотреблением властью, либо путем использования обстановки, характеризующейся принуждением, либо посягательство было совершено в отношении лица, неспособного дать согласие, выражающее его истинную волю.

[3. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

4. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения].

Статья 7(1)(g) – 2. Преступление против человечности в виде обращения в сексуальное рабство

Элементы

1. Исполнитель осуществлял правомочие собственника в отношении одного или нескольких лиц, например путем приобретения, продажи, предоставления в пользование, обмена такого лица или лиц, либо путем аналогичного лишения их личной свободы18.

2. Обвиняемый вовлек такое лицо или лиц в совершение одного или нескольких актов сексуального характера.

3. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

4. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения.

Статья 7(1)(g) – 3. Преступление против человечности в виде принуждения к проституции

Элементы

1. Исполнитель принудил одно или нескольких лиц к участию в совершении одного или нескольких актов сексуального характера путем применения силы или угрозы силой против такого лица или лиц либо другого лица либо путем принуждения, вызванного, например, страхом перед насилием, грубым принуждением, задержанием, психологическим давлением или злоупотреблением властью, либо путем использования обстановки, характеризующейся принуждением, или же неспособности такого лица или лиц дать согласие, выражающее их истинную волю.

2. Исполнитель или другое лицо получили или ожидали получить какую-либо финансовую или иную выгоду в обмен на совершение таких актов сексуального характера или в связи с ними.

3. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

Статья 7(1)(g) – 4. Преступление против человечности в виде принудительной беременности

Элементы

1. Исполнитель удерживал одну или более женщин, которых принудительно сделали беременными, с тем чтобы изменить этнический состав какого-либо населения или совершить иные серьезные нарушения международного права.

2. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

3. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения.

Статья 7(1)(g) – 5. Преступление против человечности в виде принудительной стерилизации

Элементы

1. Исполнитель лишил одно или нескольких лиц естественной способности к воспроизводству.

2. Деяние не было оправдано необходимостью медицинского или больничного лечения такого лица или лиц и не было совершено с его согласия, выражающего истинную волю.

3. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

4. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения.

Статья 7(1)(g) – 6. Преступление против человечности в виде сексуального насилия

Элементы

1. Исполнитель совершил в отношении одного или нескольких лиц акт сексуального характера либо вовлек такое лицо или лиц в совершение акта сексуального характера путем применения силы или угрозы силой против такого лица или лиц либо другого лица либо путем принуждения, вызванного, например, страхом перед насилием, грубым принуждением, задержанием, психологическим давлением или злоупотреблением властью, либо путем использования обстановки, характеризующейся принуждением, или же неспособности такого лица или лиц дать согласие, выражающее их истинную волю.

2. По своей тяжести такое деяние являлось сопоставимым с другими нарушениями, указанными в пункте 1(g) статьи 7 Статута.

3. Исполнитель сознавал фактические обстоятельства, свидетельствовавшие о тяжести такого деяния.

4. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

5. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения.

Статья 7(1)(h). Преступление против человечности в виде преследований

Элементы

1. Исполнитель серьезно ограничил, в нарушение норм международного права, свободу одного или нескольких лиц с точки зрения осуществления основополагающих прав.

2. Исполнитель выбрал в качестве объекта для преследований такое лицо или лиц в силу особенностей группы или общности или выбрал в качестве объекта для преследований группу или общность как таковую.

3. Такой выбор был продиктован политическими, расовыми, национальными, этническими, культурными, религиозными, гендерными, как это определено в пункте 3 статьи 7 Статута, или другими мотивами, которые повсеместно признаны недопустимыми согласно международному праву.

4. Деяние было совершено в связи с любым актом, указанным в пункте 1 статьи 7 Статута, или любым преступлением, подпадающим под юрисдикцию Суда.

5. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

6. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения.

Статья 7(1)(i). Преступление против человечности в виде насильственного исчезновения людей

Элементы

1. Исполнитель:

a) арестовал, задержал или похитил одно или нескольких лиц; или

b) отказался признать факт ареста, лишения свободы или похищения, либо предоставить информацию о судьбе или местонахождении такого лица или лиц.

2. a) После или во время такого ареста, задержания или похищения имел место отказ признать факт такого лишения свободы и предоставить информацию о судьбе или местонахождении такого лица или лиц; или

b) в этом было отказано после или во время такого лишения свободы.

3. Исполнитель знал, что:

a) такой арест, задержание или похищение при обычном развитии событий будет сопровождаться отказом признать факт лишения свободы или предоставить информацию о судьбе или местонахождении такого лица или лиц; или

b) такой отказ имел место после или во время этого лишения свободы.

4. Такой арест, задержание или похищение было совершено государством или политической организацией либо с их разрешения, при их поддержке или с их согласия.

5. Такой отказ признать факт лишения свободы или предоставить информацию о судьбе или местонахождении такого лица или лиц был выражен таким государством или политической организацией либо с их разрешения или при их поддержке.

6. Исполнитель имел умысел на длительное время лишить такое лицо или лиц защиты со стороны закона.

7. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

8. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения.

Статья 7(1)(j). Преступление против человечности в виде апартеида

Элементы

1. Исполнитель совершил бесчеловечный акт против одного или нескольких лиц.

2. Такой акт являлся актом, указанным в пункте 1 статьи 7 Статута, либо актом, по своему характеру сходным с любым из этих актов.

3. Исполнитель сознавал фактические обстоятельства, свидетельствовавшие о характере такого деяния.

4. Деяние было совершено в контексте институционализированного режима систематического угнетения и господства одной расовой группы над любой другой расовой группой или группами.

5. Исполнитель имел умысел сохранить такой режим при помощи этого деяния.

6. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

7. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения.

Статья 7(1)(k). Преступление против человечности в виде других бесчеловечных актов

Элементы

1. Исполнитель причинил сильные страдания или серьезные телесные повреждения или ущерб психическому или физическому здоровью посредством бесчеловечного акта.

2. Такой акт по своему характеру был сходен с любым другим актом, указанным в пункте 1 статьи 7 Статута30.

3. Исполнитель сознавал фактические обстоятельства, свидетельствовавшие о характере такого деяния.

4. Деяние было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население.

5. Исполнитель знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения». [Елементи злочинів (Асамблея держав-учасниць Міжнародного кримінального суду, (ICC-ASP/1/3) від 03–10.09.2002 та (RC/11) від 31.05–11.06.2010). http://www.un.org/ru/documents/rules/icc_elements.pdf]

XX.1.6. Угода між Україною та Організацією Об'єднаних Націй про виконання вироків, винесених Міжнародним кримінальним трибуналом для колишньої Югославії

(Україна та ООН, від 07.08.2007)

(ратифіковано Законом №4703-VI від 16.05.2012)

«Стаття 1. Мета та сфера застосування Угоди

Ця Угода регулює питання, що стосуються, або такі, що виникатимуть з усіх запитів до України з метою виконання вироків, винесених Міжнародним трибуналом.

Стаття 2. Процедурні питання

1. Запит до України з метою виконання вироку направляється Секретарем Міжнародного трибуналу (далі – «Секретар») за погодженням з Головою Міжнародного трибуналу.

(…)

Стаття 3. Виконання

1. При виконанні вироку, винесеного Міжнародним трибуналом, Україна пов'язана тривалістю призначеного строку покарання. У разі, якщо винесений вирок перевищує максимальний строк позбавлення волі, встановлений українським національним законодавством, лише та частина вироку, яка складає максимальний строк покарання, передбачений українським законодавством, може бути виконана в Україні. Міністерство юстиції письмово повідомляє Секретаря за 6 місяців до закінчення частини строку покарання, що може бути виконана на території України. У цьому випадку застосовується стаття 10 Угоди.

2. Умови виконання покарання у виді позбавлення волі регулюються законодавством України та підлягають нагляду з боку Міжнародного трибуналу, як це передбачено статтями 6–8 та пунктами 2 і 3 статті 9 цієї Угоди.

3. Якщо відповідно до чинного законодавства України до засудженого може бути застосовано дострокове звільнення, включаючи дострокове звільнення через хворобу, Україна інформує про це Секретаря.

4. Голова Міжнародного трибуналу після консультацій з Суддями Міжнародного трибуналу визначає, чи є прийнятним дострокове звільнення. Секретар інформує Україну про рішення Голови. Якщо Голова визначив, що дострокове звільнення не є прийнятним, то Україна діє відповідно до цього рішення.

(…)

Стаття 5. Non-bis-in-idem

Засуджена особа не може постати перед судом України за дії, які становлять серйозні порушення міжнародного гуманітарного права згідно зі Статутом Міжнародного трибуналу, у зв'язку з якими вона вже притягнута до відповідальності Міжнародним трибуналом.

(…)

Стаття 8. Помилування та пом'якшення покарання

1. Якщо відповідно до національного законодавства України засуджена особа може бути помилувана, або покарання може бути пом'якшено, Україна сповіщає про це Секретаря.

2. Голова Міжнародного трибуналу визначає після консультацій з Суддями Міжнародного трибуналу, чи є прийнятним застосування помилування чи пом'якшення покарання. Секретар інформує Україну про рішення Голови. Якщо Голова визначив, що застосування помилування чи пом'якшення покарання не є прийнятним, то Україна діє відповідно до цього рішення.

(…)

Стаття 10. Неможливість виконувати вирок

Україна негайно інформує Секретаря, якщо в будь-який час після прийняття рішення стосовно виконання вироку в силу законних, медичних або інших практичних причин подальше виконання вироку стає неможливим. Секретар вживає необхідних заходів з метою передачі засудженої особи. Компетентні органи України можуть вжити інші заходи з цього приводу не раніше 60 днів після повідомлення Секретаря». [Угода між Україною та Організацією Об'єднаних Націй про виконання вироків, винесених Міжнародним кримінальним трибуналом для колишньої Югославії (Україна та ООН, від 07.08.2007). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_k51]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо злочинів проти людяності

XX.2.1. Справа «Korbely v. Hungary»

«81. (…) Суд зауважує, що чотири основні формулювання злочинів проти людяності містяться в статті 6 (c) Статуту Міжнародного військового трибуналу, доданому до Лондонської угоди (8 серпня 1945 р.) (далі – «Статут»), в статті 5 Статуту МТБЮ (1993 р.), в статті 3 Статуту МКТР (1994 р.) та в статті 7 Статуту міжнародного кримінального суду (1998 р.). Усі вони ставляться до вбивства як до одного зі злочинів, здатних утворити злочин проти людяності. Таким чином, вбивства в значенні загального пункту 1 (a) статті 3 Конвенції могли б слугувати підставою для засудження за злочини проти людяності, вчинені у 1956 р. Проте інші елементи цих злочинів також повинні бути наявними.

82. Такі додаткові вимоги, які повинні бути наявні для кваліфікації вчиненого злочину як злочину проти людяності, не містяться в загальній статті 3 Женевських конвенцій. У статті 6 (c) Статуту Міжнародного військового трибуналу, яка містить первинне формулювання, злочини проти людяності згадуються у зв'язку з війною. Більше того, на думку деяких учених, вимагалося існування елемента дискримінації та «переслідування» певної групи людей, а це, у свою чергу, означало певну форму політики держави. На думку Суду, один із цих критеріїв – зв'язок зі збройним конфліктом – може вважатися не обов'язковим після 1956 р.

83. Проте виявилось, що інші елементи досі є актуальними, зокрема, вимога про те, щоб зазначений злочин не мав бути ізольованим або випадковим актом, але повинен стати частиною «дій держави чи політики» – досить поширених та систематичних нападів на цивільних осіб». [Korbely v. Hungary (9174/02). ECHR 2008-IX. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–88429] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо злочинів проти людяності

XX.3.1. Справа «Korbely v. Hungary»

Фактичні обставини:

Заявник – військовий офіцер у відставці. У 1994 році йому пред'явили обвинувачення в участі у придушенні заколоту у місті Тата під час революції 1956 року. Його обвинувачували у тому, що він, у званні капітана, командував загоном із п'ятнадцяти осіб, котрий мав відновити контроль над будівлею відділення поліції, захопленої повстанцями, і стріляв, а також наказував своїм солдатам стріляти, у цивільних осіб. Під час цього інциденту було вбито і поранено кількох осіб, що трапилось після того, як, відповідно до фактів, встановлених національними судами, один із повстанців вийняв із кишені пальта пістолет після того, як йому наказали здати зброю.

Суд, який розглядав справу, спочатку припинив кримінальне провадження на тій підставі, що злочини, у котрих було обвинувачено заявника, становили вбивство і спонукання до вбивства, а не злочини проти людяності, і тому за ними сплинув строк давності. Проте заявника зрештою визнали винним, за статтею 3 (1) Женевських конвенцій 1949 року, у злочині проти людяності шляхом скоєння численних вбивств, і засудили до п'яти років позбавлення волі. Він відбув частину покарання і був умовно звільнений.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«54. Заявник скаржився, що він був переслідуваний за діяння, яке не становило злочину під час його вчинення, у порушення статті 7 Конвенції.

(…)

76. Щоб встановити чи порушена ст. 7 Конвенції, Суд має визначити, чи можна діяння, за яке заявник засуджений, кваліфікувати як злочин проти людяності. У зв'язку з цим Суд зазначає, що заявника було засуджено «за багато вбивств, які становлять злочин проти людяності», і засуджено до п'яти років позбавлення волі. При цьому національні суди покладалися на статтю 3, яка є загальною для усіх Женевських конвенцій, і яка, на думку Угорського Конституційного Суду, характеризувала «злочини проти людяності». На думку цих судів, такі злочини «є карані незалежно від того, чи були відповідні діяння передбачені внутрішнім законодавством». (…)

77. Таким чином, Суд вивчить: a) чи діяння заявника спричинило «злочин проти людяності», оскільки ця концепція була зрозуміла в 1956 році, і b) чи можна обґрунтовано сказати, що у відповідний час Tamás Kaszás був особою, яка «не брала активну участь у військових діях» у значенні загальної для Женевських конвенції ст. 3.

78. З цього випливає, що Суд повинен переконатися в тому, що діяння, стосовно якого заявник був засуджений, під час вчинення злочину могло кваліфікуватися як злочин проти людяності відповідно до міжнародного права. Суд усвідомлює, що його роль не повинна полягати в тому, щоб намагатися авторитетно встановити сенс поняття «злочин проти людяності», як це було в 1956 році. Водночас він повинен перевіряти, чи існує достатньо чітка основа, з огляду на міжнародне право стосовно цього питання у відповідний момент для засудження заявника за вчинення цього злочину.

(…)

84. (…) Проте Верховний Суд не розглянув питання про те, чи слід визнати конкретний акт, вчинений заявником, як частину цієї державної політики, і тим самим, ввести його у сферу злочинів проти людяності як це поняття розуміли в 1956 році.

85. Таким чином, на думку Суду слід поставити під сумнів, чи були складові елементи злочину проти людяності в цій справі.

86. Далі Суд звертає увагу, що засудження заявника було засноване на визнанні того, що Tamás Kaszás був некомбатантом для цілей загальної ст. 3 Женевських конвенцій.

87. При застосуванні загальної ст.3 Женевських конвенцій до справи заявника, різні національні суди виявили розбіжності щодо впливу Протоколу II на це положення. Зокрема, у своїх відповідних рішеннях від 7 травня та 5 листопада 1998 року окружний суд і касаційна палата Верховного Суду вважали, що загальна стаття 3 Женевських конвенцій та стаття 1 Протоколу II повинні тлумачитися у взаємозв'язку. Рішення пленуму Верховного Суду Угорщини від 28 червня 1999 року та судження, що випливають з цього приводу, відображають інший підхід, згідно з яким загальна стаття 3 Женевських конвенцій мала власний обсяг застосування, який не може вважатися обмеженим Протоколом II. Отже, будь-який цивільний учасник збройного конфлікту неміжнародного характеру, незалежно від рівня інтенсивності конфлікту або способу, яким зорганізувалися повстанці, користувався захистом загальної ст. 3 Женевських конвенцій. Суд буде діяти на підставі того, що вищезазначена інтерпретація Верховним судом є правильною з точки зору міжнародного права.

88. У своїх зверненнях до Суду заявник засумнівався, чи може Tamás Kaszás бути захищеним загальною ст. 3 Женевських конвенцій, яка забезпечує захист тих, хто «не бере активної участі в бойових діях, у тому числі з особами зі складу збройних сил, що склали зброю, а також із тими, хто hors de combat унаслідок хвороби, поранення, затримання чи з будь-якої іншої причини». Він стверджував, що Tamás Kaszás не можна вважати некомбатантом, оскільки він мав пістолет.

89. Спочатку Суд зауважує, що згідно з фактами, встановленими національними судами, Tamás Kaszás був лідером збройної групи повстанців, який після здійснення інших насильницьких дій взяв під контроль будівлю поліції та озброєння поліції. За таких обставин його слід розглядати як активного учасника військових дій.

90. (…) У зв'язку з цим Суд вважає, що вкрай важливо, що згідно з висновком національного суду, Tamás Kaszás таємно носив пістолет, про що він не повідомив, коли стояв перед заявником. Коли ця обставина стала відома, він не прагнув безсумнівно здатися. Суд зазначає, що в міжнародно-правовому праві усталеною позицією є прийнято, що для застосування ст. 3 Женевських конвенцій будь-який намір здатися в обставинах, подібних до розглянутих у цій справі, повинен бути виявлений чітко і недвозначно, принаймні шляхом підняття рук. Для Суду є доцільним припустити, що ті ж самі принципи були дійсними у 1956 році.

91. Проте жодних фактів, встановлених національними судами, не було, що могло б привести до висновку, що Tamás Kaszás висловлювався таким чином будь-яким наміром здатися. Замість цього він розпочав сварку із заявником, у кінці якої він витягнув зброю з невідомими намірами. Саме під час цього акту він був розстріляний. За цих обставин Суд не переконаний, що, зважаючи на загальноприйняті стандарти міжнародного права, що застосовувались на той час, можна сказати, що Tamás Kaszás склав зброю у значенні загальної ст. 3 Женевських конвенцій.

92. Суд усвідомлює твердження Уряду, що засудження заявника не базувалося виключно на тому, що він застрелив Tamás Kaszás.

(…)

94. Таким чином, Суд вважає, що Tamás Kaszás не потрапляє до жодної з категорій некомбатантів, які захищені загальною ст. 3 Женевських конвенцій. Отже, засудження за злочини проти людяності не може бути обґрунтовано засноване на цьому положенні в цій справі у світлі відповідних міжнародних стандартів на той час.

95. З огляду на всі обставини, Суд доходить висновку, що не було доведено, що дії заявника становлять злочин проти людяності відповідно до міжнародного права. Як наслідок, було порушено ст. 7 Конвенції». [Korbely v. Hungary (9174/02). ECHR 2008-IX. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–88429]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права про відповідальність за злочини проти людяності *(дивись коментар загального характеру в пунктах 0.4.4–0.4.5)*

XX.4.1. Тексти міжнародних договорів, що розміщені в базі даних «Законодавство» Верховної Ради України містять суперечливі переклади поняття «a crime against humanity». Таким, що відповідає особливостям відповідних діянь, є, на наш погляд, переклад – «злочини проти людяності».

В англійській мові слово «humanity» має значення як «людяність» (гуманність), так і «людство». У назвах і текстах більшості міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, поняття «a crime against humanity» українською перекладено як «злочини проти людяності». Наприклад, назва конвенції «European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes against Humanity and War Crimes» [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007617f] перекладена як «Європейська конвенція про незастосування строків давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів» див.: *(див: 44.1.1)*.

Однак у назвах і текстах інших договорів поняття «a crime against humanity» українською перекладено як «злочини проти людства». Наприклад, «Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity» [https://undocs.org/en/A/RES/2391(XXIII)] перекладено як «Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства» *(див.: 44.1.8)*.

У текстах документів російською офіційною мовою ООН поняття «a crime against humanity» також викладено по-різному: в одних випадках як «преступления против человечества» [https://undocs.org/ru/A/RES/2391(XXIII)], в інших – «преступление против человечности» [http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/principles.pdf].

Слід зазначити, що в текстах документів французькою та іспанською офіційними мовами ООН поняття «a crime against humanity» викладено словами, відповідно «crimes contre l'humanité» та «crimenes de lesa humanidad», які перекладаються українською як «злочини проти людяності».

І головне – ознаки злочинів (переліки діянь), які в деяких випадках іменуються у відповідних текстах міжнародних договорів українською мовою як «злочини проти людства», однакові з ознаками злочинів (переліками діянь), які йменуються в інших тестах як «злочини проти людяності». Аналіз зазначених ознак переконує, що правильним, тобто таким, що відповідає змісту відповідних діянь, є поняття «злочини проти людяності».

XX.4.2. На відміну від загальнокримінальних злочинів (ст.115, ст. 127, ст. 146[1], ст. 152 та інші), такі саме діяння (вбивство, катування, згвалтування та інші), що розглядаються міжнародним правом як злочини проти людяності, вчинюються в рамках широкомасштабного або систематичного нападу на будь-яких цивільних осіб з метою проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, тобто є частиною і засобом реалізації такої політики держави чи певної організації.

(Див.: XX.1.1 – XX.1.4)

Такі злочини вчиняються військовими від імені держави (за відсутності ознак воєнного злочину) або організаціями на зразок так званих «ескадронів смерті», що складаються з працівників правоохоронних органів та (або) цивільних і створені для реалізації певної політики.

XX.4.3. У розділі XX «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку», а також в інших розділах Особливої частини КК України відсутні статті про відповідальність за злочини проти людяності. Тому кожне суспільне небезпечне діяння, вчинене в рамках широкомасштабного або систематичного нападу з метою проведення політики держави або організації, кваліфікується як окремий загальнокримінальний злочин – умисне вбивство (ст.115), катування (ст.127), насильницьке зникнення (ст.146[1]), згвалтування (ст.152 КК України) тощо.

(Див.: 115.4.10; 127.4.11; 134.4.5; 146_1.4.6; 149.4.10; 152.4.18; 152.4.19; 301.4.5; 365.4.10)

Слід зазначити, що склади певних злочинів проти людяності (депортація або насильницьке переміщення населення; примусова вагітність; переслідування; злочин апартеїду) відсутні не тільки в статтях розділу XX «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопоряд-

ку», але і в статтях інших розділів Особливої частини КК України. Це означає відсутність у держави кримінально-правових засобів реагування у випадку вчинення вказаних діянь. У свою чергу, це підвищує імовірність прийняття до розгляду відповідних скарг як Міжнародним кримінальним судом, так і ЄСПЛ.

XX.4.3. Широко поширена чи систематична практика насильницьких зникнень є злочином проти людяності. Одночасно кожен окремий випадок насильницького зникнення є порушенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, що обумовлює прийняття до розгляду ЄСПЛ відповідних скарг.

(Див.: 146[1].4.7)

XX.4.4. Кримінальне переслідування осіб за злочини проти людяності, а також за воєнні злочини, злочини проти миру, злочини геноциду, вчинені ними під час Другої світової війни (1939–1945 роки), є дозволеним міжнародним правом винятком з принципу заборони зворотної сили кримінального закону, що встановлює злочинність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи.

(Див.: 4.4.4).

Стаття 436. Пропаганда війни

Публічні заклики до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту, а також виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких дій з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів –

караються виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років.

Стаття 436[1]. Виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів

1. Виготовлення, поширення, а також публічне використання символіки комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів, у тому числі у вигляді сувенірної продукції, публічне виконання гімнів СРСР, УРСР (УСРР), інших союзних та автономних радянських республік або їх фрагментів на всій території України, крім випадків, передбачених частинами другою і третьою статті 4 Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їх символіки», –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з конфіскацією майна або без такої.

2. Ті самі дії, вчинені особою, яка є представником влади, або вчинені повторно, або організованою групою, або з використанням засобів масової інформації, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна або без такої.

(Кодекс доповнено статтею 436[1] згідно із Законом № 729-VII від 16.01.2014 – втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28.01.2014; кодекс доповнено статтею 436[1] згідно із Законом № 735-VII від 28.01.2014; в редакції Закону № 317-VIII від 09.04.2015)

§1. Норми міжнародного права

щодо пропаганди комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів

436[1].1.1. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права

(ООН, 16.12.1966)

(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.73)

«Стаття 19

1. Кожна людина має право безперешкодно дотримуватися своїх поглядів.

2. Кожна людина має право на вільне вираження свого погляду; це право включає свободу шукати, одержувати і поширювати будь-яку інформацію та ідеї, незалежно від державних кордо-

нів, усно, письмово чи за допомогою друку або художніх форм вираження чи іншими способами на свій вибір.

3. Користування передбаченими в пункті 2 цієї статті правами накладає особливі обов'язки і особливу відповідальність. Воно може бути, отже, пов'язане з певними обмеженнями, які, однак, мають встановлюватися законом і бути необхідними:

a) для поважання прав і репутації інших осіб;

b) для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення.

Стаття 20

1. Будь-яка пропаганда війни повинна бути заборонена законом.

2. Будь-який виступ на користь національної, расової чи релігійної ненависті, що являє собою підбурювання до дискримінації, ворожнечі або насильства, повинен бути заборонений законом». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

436[1].1.2. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 34 – Стаття 19 (Свобода поглядів і їх вираження)»

(Комітет ООН з прав людини, сто друга сесія – 2011 рік)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«49. Законы, предусматривающие меры наказания за выражение мнений об исторических фактах, являются несовместимыми с предусмотренными Пактом обязательствами государств-участников уважать свободу мнений и право на их свободное выражение. В Пакте не предусмотрено широкого запрета на выражение ошибочных мнений или неверной интерпретации событий, происшедших в прошлом. Ограничения на свободу мнений не должны навязываться ни при каких условиях, а ограничения в отношении права на свободное выражение мнений не должны выходить за рамки требований, предусмотренных пунктом 3 статьи 19 или статьей 20». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 34 – Стаття 19 (Свобода поглядів і їх вираження)» (Сто друга сесія – 2011 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

436[1].1.3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

*«**Стаття 10. Свобода вираження поглядів***

1. Кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Ця стаття не перешкоджає державам вимагати ліцензування діяльності радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств.

2. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

436[1].1.4. Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем

(ПАРЄ, Резолюція 1096 (1996)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«5. Асамблея рекомендує державам-членам ліквідувати спадщину колишніх комуністичних тоталітарних режимів шляхом реструктуризації старих правих та інституційних систем, що має базуватися на принципі(-ах):

демілітаризації, яка повинна покласти край мілітаризації найважливіших громадянських інститутів, наприклад, військовому управлінню в'язницями або існуванню військ Міністерства внутрішніх справ, які є характерними для комуністичних тоталітарних систем;

децентралізації, особливо на місцевому та регіональному рівнях або в державних установах;

демонополізації та приватизації, які відіграють ключову роль у будівництві певного типу ринкової економіки й плюралістичного суспільства;

дебюрократизації, яка має ліквідувати надмірне регулювання, характерне для комуністичної тоталітарної держави, і знову передати владу від бюрократів громадянам.

(…)

7. Асамблея також рекомендує, щоб злочинні діяння, вчинені окремими особами під час комуністичного тоталітарного режиму, переслідувалися та каралися згідно з нормами кримінального законодавства. Якщо кримінальне законодавство передбачає строк давнини кримінального переслідування, цей строк може бути продовжений, тому що це лише процедурне, а не матеріальне питання. Однак прийняття та застосування зворотного кримінального законодавства не дозволяється. З іншого боку, дозволяється притягати до відповідальності в судовому порядку та карати будь-яку особу за будь-яку дію або бездіяльність, яка на момент її здійснення не була кримінальним правопорушенням відповідно до національного законодавства, але вважалася ним відповідно до загальних правових принципів, що визнаються цивілізованими країнами. Крім того, якщо особою були явно порушені права людини, твердження цієї особи про те, що вона зробила це за наказом, не виключає ані незаконності її дій, ані її особистої провини». [Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем. (ПАРЄ, Резолюція 1096 (1996). https://goo.gl/mDTJiR]

436[1].1.5. Про необхідність засудження міжнародним співтовариством злочинів тоталітарних комуністичних режимів

(ПАРЄ, Резолюція 1481 (2006)

«1. Парламентская Ассамблея ссылается на свою Резолюцию 1096 (1996) «О мерах по ликвидации наследия бывших коммунистических тоталитарных систем».

2. Все без исключения тоталитарные коммунистические режимы, правившие в Центральной и Восточной Европе в прошлом веке и по-прежнему находящиеся у власти в нескольких странах мира, характеризовались массовыми нарушениями прав человека. Эти нарушения были различны в зависимости от культуры, страны и исторического периода и включали в себя индивидуальные и коллективные убийства и казни, смерти в концлагерях, голод, депортации, пытки, подневольный труд и другие формы массового физического террора, преследования на этнической и религиозной почве, нарушения свободы совести, мысли и выражения мнений, свободы печати, отсутствие политического плюрализма.

3. Данные преступления оправдывались теорией классовой борьбы и принципом диктатуры пролетариата. Интерпретация двух этих принципов придавала законный характер «устранению» людей, которые, как считалось, препятствовали построению нового общества и, следовательно, были врагами тоталитарных коммунистических режимов. Во всех этих странах жертвами становились в основном их собственные граждане. Это в первую очередь касается народов бывшего СССР, где число жертв намного превысило число жертв, понесенных другими народами.

4. Ассамблея признает, что, несмотря на преступления тоталитарных коммунистических режимов, некоторые европейские коммунистические партии внесли вклад в дело достижения демократии.

5. Падение тоталитарных коммунистических режимов в Центральной и Восточной Европе не во всех случаях сопровождалось международным расследованием совершенных ими преступлений. Более того, виновники этих преступлений не были преданы суду международного сообщества, как в случае со страшными преступлениями, совершенными во имя национал-социализма (нацизма).

6. Как следствие, общественность очень плохо осведомлена о преступлениях, совершенных тоталитарными коммунистическими режимами. Коммунистические партии являются законными и активно действуют в некоторых странах, даже несмотря на то, что в отдельных случаях они не дистанцировались от преступлений, совершенных тоталитарными коммунистическими режимами в прошлом.

7. Ассамблея убеждена в том, что знание истории – это одно из необходимых условий для предотвращения подобных преступлений в будущем. Более того, моральная оценка и осуждение совершенных преступлений играют важную роль в воспитании молодых поколений. Четкая позиция международного сообщества в отношении прошлого может стать ориентиром для их будущих действий.

8. Кроме того, Ассамблея считает, что жертвы преступлений, совершенных тоталитарными коммунистическими режимами, которые по-прежнему живы, или их семьи заслуживают сочувствия, понимания и признания их страданий.

9. Тоталитарные коммунистические режимы по-прежнему существуют в некоторых странах мира, и преступления продолжают совершаться. Представления о национальных интересах не должны удерживать страны от должной критики существующих тоталитарных коммунистических режимов. Ассамблея решительно осуждает все эти нарушения прав человека.

10. Споры и заявления об осуждении, звучавшие до сих пор на национальном уровне в некоторых государствах-членах Совета Европы, не освобождают международное сообщество от необходимости занять четкую позицию относительно преступлений, совершенных тоталитарными коммунистическими режимами. Оно морально обязано сделать это без дальнейшего промедления.

11. Совет Европы представляет собой удобный форум для обсуждения этого вопроса на международном уровне. Все бывшие коммунистические страны Европы, кроме Беларуси, являются теперь его членами, а защита прав человека и верховенство закона являются основополагающими ценностями, которые он отстаивает.

12. Таким образом, Парламентская Ассамблея решительно осуждает массовые нарушения прав человека, совершенные тоталитарными коммунистическими режимами, и выражает сочувствие, понимание и признание жертвам этих преступлений.

13. Кроме того, Ассамблея призывает все коммунистические или посткоммунистические партии в государствах-членах пересмотреть историю коммунизма и свое собственное прошлое, четко дистанцироваться от преступлений, совершенных тоталитарными коммунистическими режимами, и однозначно осудить их, если до сих пор это не было сделано.

14. Ассамблея полагает, что такая четкая позиция международного сообщества проложит путь к дальнейшему примирению. Кроме того, она может подвигнуть историков во всем мире к продолжению своих исследований с целью установления и объективной проверки того, что произошло». [Про необхідність засудження міжнародним співтовариством злочинів тоталітарних комуністичних режимів. (ПАРЄ, Резолюція 1481 (2006). http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU06296.html]

436[1].1.6. Про боротьбу з відродженням нацистської ідеології

(ПАРЄ, Резолюція 1495 (2006)

«10. Ассамблея, в частности, обеспокоена следующим:

10.1. случаями осквернения мемориалов и могил солдат антигитлеровской коалиции;

10.2. попытками реабилитировать, оправдать и даже прославить тех, кто участвовал в войне на стороне нацистов, особенно в рядах формирований, признанных Нюрнбергским трибуналом преступными;

10.3. использованием нацистской символики, например, фашистской «свастики», флага, формы, и т.п., а также других предметов, явно напоминающих такую символику». [Про боротьбу з відродженням нацистської ідеології. (ПАРЄ, Резолюція 1495 (2006). https://goo.gl/yFvQ7k]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення

в рішеннях ЄСПЛ щодо поширення інформації, яка виправдовує пронацистську політику

436[1].2.1. Справа «Lehideux and Isorni v. France»

«53. Не викликає жодного сумніву, що нарівні з будь-якими іншими намірами, спрямованими проти цінностей, які лежать в основі Конвенції, виправдання пронацистської політики не буде

користуватися захистом статті 10». [Lehideux and Isorni v. France (55/1997/839/1045). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58245] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо поширення інформації, яка виправдовує пронацистську політику

436[1].3.1. Справа «Лінгенс проти Австрії»
Фактичні обставини:

14 і 21 жовтня 1975 року пан Лінгенс опублікував у віденському журналі «Профіль» дві статті з різкою критикою пана Крайського, який у той час був федеральним канцлером, за його поблажливе ставлення до політичного діяча пана Фрідріха Петера, голови ліберальної партії Австрії, який під час Другої світової війни служив у бригаді СС.

Пан Крайський звинуватив заявника в дифамації. 26 березня 1976 р. суд Відня частково визнав звинувачення і засудив пана Лінгенса до штрафу в 20000 шилінгів.

Рішення ЄСПЛ:

«34. (…) Пан Лінгенс заявив, що заперечуванні судові рішення є посяганням на його свободу вираження поглядів такою мірою, що це є несумісним із основоположними принципами демократичного суспільства.

Такого самого висновку дійшла Комісія. З іншого боку, на думку Уряду, заперечене покарання було необхідне для захисту репутації пана Крайського.

35. Те, що відбулося «втручання держави» у здійснення свободи вираження поглядів, не заперечувалося. Це стало результатом засудження заявника за наклеп Віденським регіональним судом 1 квітня 1981 року, яке було підтримане Віденським апеляційним судом 29 жовтня 1981 року.

Таке втручання суперечить Конвенції якщо воно не відповідає вимогам пункту 2 статті 10.

Тому необхідно визначити, чи було втручання «передбачене законом», чи мало мету або цілі, законні з точки зору п. 2 статті 10 і було «необхідним в демократичному суспільстві» для досягнення цієї мети або цілей.

36. Що стосується перших двох пунктів, то Суд погоджується з Комісією та Урядом, що засуджене було безперечно засноване на статті 111 Кримінального кодексу Австрії; більше того, її призначення – захист «репутації або прав інших осіб», і немає підстав припускати, що вона має ще якусь іншу мету. Відповідно, засудження було «передбачене законом» і мало законну мету відповідно до п. 2 статті 10 Конвенції.

(…)

38. (…) Суд зауважив, що вислови, які ставляться за вину панові Лінгенсу, пов'язані з певним публічним осудом пана Візенталя паном Крайським і ставленням останнього як політика до націонал-соціалізму та колишніх нацистів. Відповідно немає потреби у даному випадку прочитувати статтю 10 у світлі статті 8.

(…)

43. Заявника було засуджено за те, що він вжив певні висловлювання («опортунізм низького ґатунку», «аморальний» і «позбавлений гідності») стосовно пана Крайського, на той час федерального канцлера, у двох статтях, опублікованих у віденському журналі «Профіль» 14 і 21 жовтня 1975 року. Статті зачіпали політичні питання, що викликали в Австрії громадський інтерес, завдяки чому виникло багато гарячих дискусій щодо ставлення австрійців взагалі і канцлера зокрема до націонал-соціалізму й участі колишніх нацистів в управлінні країною. Зміст і тон статей загалом були досить урівноважені, проте використання зазначених вище висловлювань, очевидно, завдало шкоди репутації пана Крайського.

(…)

47. Із різних викладених вище міркувань випливає, що втручання у здійснення паном Лінгенсом свободи вираження поглядів не було «необхідне у демократичному суспільстві… для захисту репутації… інших осіб»; воно не відповідало поставленій законній меті. Відповідно було порушення статті 10 Конвенції». [Лінгенс проти Австрії (9815/82). ECHR 1986-VII. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–100218]

436[1].3.2. Справа «Lehideux and Isorni v. France»

Фактичні обставини:

У розділі 23 Закону про свободу преси Франції від 29 липня 1881 р. сказано: «У тих випадках, коли вчинено злочин, кожен, хто, висловлюється публічно усно або шляхом рукописного чи друкованого тексту, малюнка, гравюри, живопису, герба, зображення або будь-якого іншого виробу, який продає або розповсюджує, пропонує до продажу або виставляє у громадському місці, або за допомогою плаката або повідомлення, виставленого в місці, де його може бачити громадськість, повинен бути покараний як співучасник». У розділі 24 вказаного закону передбачено, що «кожен, хто за допомогою одного із засобів, викладених у розділі 23, вчинив публічний захист … злочину колабораціонізму» засуджується до п'яти років позбавлення волі та штрафу від трьохсот до трьохсот тисяч франків.

Заявники 13 липня 1984 р. у газеті Le Monde опублікували текст під заголовком: «Французи, у вас дуже погана пам'ять», після чого згадується невеликими літерами та курсивом «Philippe Pétain, 17 Червень 1941 року». Текст обґрунтовував думку про необхідність звернення до Асоціації захисту пам'яті маршала Pétain. У тексті аналізувалися основні етапи і підсумки діяльності Philippe Pétain з 1916 по 1945 р., оцінка яких була в цілому позитивною.

10 жовтня 1984 року Національна асоціація колишніх членів руху Опору звинуватила заявників у виправдані воєнних злочинів та колабораціонізму, в тому, що текст є апологією, яка суперечить кримінальному законодавству, оскільки автори тексту виправдовувати політику маршала Pétain, якого було визнано винним судом 15 серпня 1945 р.

Рішенням від 26 січня 1990 р. паризький апеляційний суд засудив заявників до штрафу на підставі розділів 23 і 24 Закону про свободу преси Франції від 29 липня 1881 р.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«51. Прикметник «необхідний» у значенні пункту 2 статті 10 передбачає існування нагальної суспільної потреби. Договірні держави мають певну свободу розсуду в оцінці необхідності існування такої потреби, однак вона супроводжується європейським наглядом, охоплюючи як законодавство, так і рішення, що застосовують його, навіть ті, що надаються незалежним судом. Тому Суд має повноваження приймати остаточне рішення щодо того, чи «обмеження» узгоджується зі свободою вираження поглядів, як це захищено статтею 10 Конвенції.

Здійснюючи свою наглядову юрисдикцію, Суд повинен розглянути оскаржуване втручання з урахуванням справи в цілому, включаючи зміст зауважень, поданих заявниками, та контекст, у якому вони їх складали. Зокрема, слід визначити, чи було втручання у свободу вираження поглядів «пропорційно поставленим законним цілям» та чи були причини, якими національна влада виправдовувала втручання, «актуальними та достатніми». При цьому Суд повинен переконатися в тому, що національні органи влади застосовували стандарти, що відповідають принципам, викладеним у статті 10, і, більше того, вони спиралися на прийнятну оцінку відповідних фактів.

Отже, Суд має спочатку розглянути зміст викладених зауважень, а потім визначити, чи виправдовує це засудження заявників, беручи до уваги той факт, що держава могла б використовувати інші засоби, крім кримінального покарання.

52. Що стосується, по-перше, змісту публікації, Суд відзначає його однобічний характер. Оскільки текст подав Philippe Pétain у цілковито сприятливому світлі та не згадав жодного з його злочинів, за які він був засуджений до смертної кари Верховним судом Франції, текст без жодних сумнівів може вважатися полемічним. У цьому зв'язку, однак, Суд повторює, що стаття 10 захищає не тільки зміст виражених ідей та інформації, але і форму, у якій вони викладаються.

Суд зазначає, що вирок Паризького апеляційного суду, яким засуджені заявники, базувався переважно на тому, що автори тексту не дистанціювалися від критики деяких аспектів поведінки Pétain та, зокрема, того, що вони нічого не згадали в тексті про інші заходи, зокрема про підписання Pétain так званого Закону про іноземців єврейської раси, які пізніше були інтерновані в таборах, створених у Франції з цією метою, щоб полегшити їх передачу до нацистських

концтаборів. Суд повинен відповідно розглянути, чи може ця критика виправдати втручання, яке оскаржується.

53. Безперечно, що як і будь-яке інше зауваження, спрямоване проти базових цінностей Конвенції, виправдання пронацистської політики не може користуватися захистом, передбаченим статтею 10. Однак у цій справі заявники прямо заявили про своє неприйняття «нацистських звірств і переслідувань» та «німецького всемогутства та варварства». Таким чином, вони виправдовували не політику, а людину, і робили це з ціллю забезпечити перегляд оцінки Philippe Pétain.

54. Що стосується недоліків, за які автори тексту були піддані критиці, Суд не має наміру розглядати їх у абстрактному вигляді. Це не було упущенням фактів без наслідків, а лише про події, безпосередньо пов'язані з Голокостом. Слід зазначити, що автори тексту писали «нацистське варварство», але не вказали, що Philippe Pétain свідомо сприяв цьому, зокрема через його відповідальність за переслідування та депортацію в табори смерті десятків тисяч євреїв у Франції. Важливість цих фактів, які становлять злочини проти людства, збільшує тяжкість будь-якої спроби зробити завісу над ними. Проте, хоча це морально недостойно, той факт, що текст, який їх не згадував, повинен бути оцінений з урахуванням ряду інших обставин справи.

55. До них належить той факт, що, як зауважив уряд, «ця сторінка історії Франції залишається дуже болючою в колективній пам'яті, зважаючи на труднощі, яких країна зазнала у визначенні того, хто несе відповідальність за політику колабораціонізму з нацистською Німеччиною».

(…)

Суд також зазначає, що події, згадані в публікації, що розглядається, відбулися більше сорока років тому. Незважаючи на те, що висновки, подібні до тих, котрі опублікували заявники, завжди можуть відновити полеміку та відновити спогади про минулі страждання, неможливо розглядати такі висновки через сорок років так само суворо, як десять або двадцять років тому. Це є частиною зусиль, які кожна країна має зробити, щоб відкрито та безпристрасно обговорювати свою історію. У зв'язку з цим Суд повторює, що відповідно до пункту 2 статті 10 Конвенції, свобода вираження поглядів застосовується не лише до «інформації» або «ідей», які позитивно сприймаються або розглядаються, але також до таких, які сприймаються негативно чи нейтрально, і навіть таких, які здатні образити чи шокувати; такі вимоги плюралізму.

(…)

57. Нарешті, Суд відзначає серйозність кримінальної відповідальності за публічне виправдання злочинів колабораціонізму, беручи до уваги наявність інших способів втручання та спростування, зокрема через цивільні засоби правового захисту.

58. Коротше кажучи, Суд вважає, що кримінальне покарання заявників є непропорційним та, таким, що непотрібне в демократичному суспільстві. Отже, було порушення статті 10 Конвенції». [Lehideux and Isorni v. France (55/1997/839/1045). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–58245]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 436[1] КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

436[1].4.1. Суб'єктивна сторона злочину характеризується метою пропаганди комуністичного чи націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів, що слідує зі співставлення назви ст. 436[1] КК України та змісту її диспозиції. На користь цього висновку також свідчить правова позиція ЄСПЛ.

(Див.: 436[1].3.2 – п. 53)

436[1].4.2. До розділу XX «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку» Особливої частини КК України включені статті, що передбачають відповідальність за дії, які нормами міжнародного права визнані злочинами. Єдиним винятком з них є стаття 436[1], яка має бути переміщена до іншого розділу Особливої частини КК України (наприклад, до розділу XII Злочини проти громадського порядку та моральності).

По-перше, вироком Міжнародного воєнного трибуналу (Нюрнберг, 01.10.1946) націонал-соціалістичний (нацистський) тоталітарний режим Німеччини був визнаний злочинним через ви-

знання злочинним керівного складу Націонал-соціалістичної німецької робочої партії (НСДАП), оперативних і адміністративних чиновників Гестапо і СД, усіх осіб, які були офіційно прийняті у члени СС.

По-друге, сама по собі тоталітарність не дорівнює злочинності. Наразі відсутній міжнародний акт, яким комуністичний тоталітарний режим чи його політика як на території України, так і деінде, були визнані злочинними.

У резолюціях міжнародних організацій, якими засуджуються комуністичні тоталітарні режими, йдеться лише про «злочинні діяння, вчинені окремими особами під час комуністичного тоталітарного режиму». Так, у Резолюції ПАРЄ «Про необхідність засудження міжнародним співтовариством злочинів тоталітарних комуністичних режимів» зазначені режими також не визнані злочинними. Більше того, у пункті 4 цієї Резолюції ПАРЄ «визнає, що, незважаючи на злочини тоталітарних комуністичних режимів, деякі європейські комуністичні партії зробили внесок у справу досягнення демократії» (*див.: 436–1.1.5*).

По-третє, нормами міжнародного права виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів не визнано злочинами. У Резолюції ПАРЄ «Про боротьбу з відродженням нацистської ідеології» Асамблея висловила занепокоєння «використанням нацистської символіки, наприклад, фашистської «свастики», прапора, форми тощо, а також інших предметів, які явно нагадують таку символіку». Однак і в цьому рішенні відсутня рекомендація про визнання злочином використання нацистської символіки (*див.: 436–1.1.6*).

По-четверте, Комітет ООН із прав людини зауважив, що в Міжнародному пакті про громадянські і політичні права «не передбачено широкої заборони на вираження помилкових думок або невірної інтерпретації подій, що відбулися в минулому. Обмеження на свободу думок не повинні нав'язуватися ні за яких умов, а обмеження щодо права на вільне вираження думок не повинні виходити за рамки вимог, передбачених п. 3 ст. 19 або ст. 20». Відповідно до ч. 3 ст. 19 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права кожна людина має право поширювати будь-яку інформацію та ідеї усно, письмово чи за допомогою друку або художніх форм вираження чи іншими способами на свій вибір. Зазначене право може бути обмежене лише a) для поважання прав і репутації інших осіб; b) для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення.

Принагідно зазначимо, що представник США в ООН пояснює відмову США голосувати за резолюцію Генеральної асамблеї ООН про засудження нацизму тим, що резолюція вимагає неприйнятних обмежень на фундаментальну свободу вираження думок (« (…) because it calls for unacceptable limits on the fundamental freedom of expression, the United States cannot support it») [https://www.newsweek.com].

Стаття 437. Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни

1. Планування, підготовка або розв'язування агресивної війни чи воєнного конфлікту, а також участь у змові, що спрямована на вчинення таких дій, –

караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років.

2. Ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій –

карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

§1. Норми міжнародного права
щодо злочинів агресії

436.1.1. Гаазька конвенція (III) про відкриття воєнних дій
(від 18.10.1907)
(див.: 0.4.2)
«***Статья 1***

Договаривающиеся державы признают, что военные действия между ними не должны начинаться без предварительного и недвусмысленного предупреждения, которое будет иметь или

форму мотивированного объявления войны, или форму ультиматума с условным объявлением войны». [Гаазька конвенція (III) про відкриття воєнних дій (від 18.10.1907). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_b85]

436.1.2. Статут Організації Об'єднаних Націй

(ООН, від 26.06.1945)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Статья 39***

Совет Безопасности определяет существование любой угрозы миру, любого нарушения мира или акта агрессии и делает рекомендации или решает о том, какие меры следует предпринять в соответствии со статьями 41 и 42 для поддержания или восстановления международного мира и безопасности.

(…)

Статья 51

Настоящий Устав ни в коей мере не затрагивает неотъемлемого права на индивидуальную или коллективную самооборону, если произойдет вооруженное нападение на Члена Организации, до тех пор, пока Совет Безопасности не примет мер, необходимых для поддержания международного мира и безопасности. Меры, принятые Членами организации при осуществлении этого права на самооборону, должны быть немедленно сообщены Совету Безопасности и никоим образом не должны затрагивать полномочий и ответственности Совета Безопасности, в соответствии с настоящим Уставом, в отношении предприятия в любое время таких действий, какие он сочтет необходимыми для поддержания международного мира и безопасности». [Статут Організації Об'єднаних Націй (ООН, від 26.06.1945). http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_010]

436.1.3. Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі

(ООН, Резолюція 95 (I) Генеральної Асамблеї від 11.12.1946)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2))

*«**Статья 1***

В соответствии с Соглашением, заключенным 8 августа 1945 года между Правительствами Союза Советских Социалистических Республик, Соединенных Штатов Америки и Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Временным Правительством Французской Республики, учреждается Международный военный трибунал (в дальнейшем именуемый «Трибунал») для справедливого и быстрого суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси.

(…)

Статья 6

Трибунал, учрежденный Соглашением, упомянутым в статье 1 настоящего Устава для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси, имеет право судить и наказывать лиц, которые, действуя в интересах европейских стран оси индивидуально или в качестве членов организации, совершили любое из следующих преступлений.

Следующие действия или любые из них являются преступлениями, подлежащими юрисдикции Трибунала и влекущими за собой индивидуальную ответственность:

а) преступления против мира, а именно: планирование, подготовка, развязывание или ведение агрессивной войны или войны в нарушение международных договоров, соглашений или заверений, или участие в общем плане или заговоре, направленных к осуществлению любого из вышеизложенных действий». [Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі (ООН, Резолюція 95 (I) Генеральної Асамблеї від 11.12.1946). http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/998_201]

436.1.4. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
(ООН, від 1612.1966)
(ратифіковано Указом ПВР від 19.10.1973)
*«**Стаття 20***
1. Будь-яка пропаганда війни повинна бути заборонена законом». [Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 1612.1966). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043]

436.1.5. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №11 – Стаття 20»
(ООН, 1983)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«2. В статье 20 Пакта говорится, что всякая пропаганда войны и всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию, должны быть запрещены законом. По мнению Комитета, подобные запрещения полностью соответствуют праву на свободное выражение своего мнения, изложенному в статье 19, пользование которым налагает особые обязанности и особую ответственность. Запрещение, упоминающееся в пункте 1, распространяется на все виды пропаганды, осуществляемой с целью угрозы или акта агрессии или нарушения мира вопреки Уставу Организации Объединенных Наций, в то время как пункт 2 направлен против всякого выступления в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющего собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию, независимо от того, носит ли такая пропаганда или такое выступление внутренний или внешний характер в отношении соответствующего государства. Положения пункта 1 статьи 20 не запрещают поддержку суверенного права на самооборону или права народов на самоопределение или независимость в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций. Для того чтобы положения статьи 20 приобрели силу, должен существовать закон, в котором недвусмысленно указывалось бы, что подобные пропаганда и выступления противоречат государственной политике, и в котором предусматривались бы необходимые санкции в случае нарушения». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №11 – Стаття 20». (Дев'ятнадцята сесія (1983 рік). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

436.1.6. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №22 (стаття 18)»
(ООН, від 20.07.1993)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«7. В соответствии со статей 20 никакое исповедование религии или убеждений не должно превращаться в пропаганду войны или выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию». [Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку №22 (стаття 18)» (ООН, від 20.07.1993). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx]

436.1.7. Визначення агресії (Резолюція XXIX сесії Генеральної Асамблеї ООН)
(ООН, від 14.12.1974)
(див.: 0.4.1 та 0.4.2)
«Генеральная Ассамблея,
(…)
считая, что, хотя вопрос о том, совершен ли акт агрессии, должен рассматриваться с учетом всех обстоятельств в каждом отдельном случае, тем не менее желательно сформулировать основные принципы в качестве руководства для такого определения,
одобряет нижеследующее определение агрессии:
Статья 1
Агрессией является применение вооруженной силы государством против суверенитета, территориальной неприкосновенности или политической независимости другого государства, или

каким-либо другим образом, несовместимым с Уставом Организации Объединенных Наций, как это установлено в настоящем определении.

Пояснительное примечание:

В настоящем определении термин «государство»

a) употребляется, не предрешая вопроса о признании или вопроса о том, является ли государство членом Организации Объединенных Наций;

b) включает там, где это уместно, понятие «группы государств».

Статья 2

Применение вооруженной силы государством первым в нарушение Устава является prima facie свидетельством акта агрессии, хотя Совет Безопасности может в соответствии с Уставом сделать вывод, что определение о том, что акт агрессии был совершен, не будет оправданным в свете других соответствующих обстоятельств, включая тот факт, что соответствующие акты или их последствия не носят достаточно серьезного характера.

Статья 3

Любое из следующих действий, независимо от объявления войны, с учетом и в соответствии с положениями статьи 2, будет квалифицироваться в качестве акта агрессии:

a) вторжение или нападение вооруженных сил государства на территорию другого государства или любая военная оккупация, какой бы временный характер она ни носила, являющаяся результатом такого вторжения или нападения, или любая аннексия с применением силы территории другого государства или части ее;

b) бомбардировка вооруженными силами государства территории другого государства или применение любого оружия государством против территории другого государства;

c) блокада портов или берегов государства вооруженными силами другого государства;

d) нападение вооруженными силами государства на сухопутные, морские или воздушные силы, или морские и воздушные флоты другого государства;

e) применение вооруженных сил одного государства, находящихся на территории другого государства по соглашению с принимающим государством, в нарушение условий, предусмотренных в соглашении, или любое продолжение их пребывания на такой территории по прекращению действия соглашения;

f) действие государства, позволяющего, чтобы его территория, которую оно предоставило в распоряжение другого государства, использовалась этим другим государством для совершения акта агрессии против третьего государства;

g) засылка государством или от имени государства вооруженных банд, групп, иррегулярных сил или наемников, которые осуществляют акты применения вооруженной силы против другого государства, носящие столь серьезный характер, что это равносильно перечисленным выше актам, или его значительное участие в них.

Статья 4

Вышеприведенный перечень актов не является исчерпывающим, и Совет Безопасности может определить, что другие акты представляют собой агрессию согласно положениям Устава.

Статья 5

1. Никакие соображения любого характера, будь то политического, экономического, военного или иного характера, не могут служить оправданием агрессии.

2. Агрессивная война является преступлением против международного мира. Агрессия влечет за собой международную ответственность.

3. Никакое территориальное приобретение или особая выгода, полученные в результате агрессии, не являются и не могут быть признаны законными.

Статья 6

Ничто в настоящем определении не должно толковаться как расширяющее или сужающее каким-либо образом сферу действия Устава, включая его положения, касающиеся случаев, в которых применение силы является законным.

Статья 7

Ничто в настоящем определении, и в частности в статье 3, не может каким-либо образом наносить ущерба вытекающему из Устава праву на самоопределение, свободу и независимость народов, которые насильственно лишены этого права и о которых упоминается в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, в частности народов, находящихся под господством колониальных и расистских режимов или под другими формами иностранного господства, а также праву этих народов бороться с этой целью и испрашивать и получать поддержку в соответствии с принципами Устава и согласно вышеупомянутой Декларации.

Статья 8

При их толковании и применении изложенные выше положения являются взаимосвязанными, и каждое положение должно рассматриваться в контексте всех других положений». [Визначення агресії. (Резолюція, прийнята XXIX сесією Генеральної Асамблеї ООН 14 грудня 1974 р.) http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/aggression.shtml]

436.1.8. Римський статут міжнародного кримінального суду

(ООН, від 17.06.1998)

(щодо ратифікації див.: частина 6 ст. 124 Конституції України; постанова ВР № 145-VIII від 04.02.2015)

«***Статья 8-бис. Преступление агрессии***

1. Для целей настоящего Статута «преступление агрессии» означает планирование, подготовку, инициирование или осуществление лицом, которое в состоянии фактически осуществлять руководство или контроль за политическими или военными действиями государства, акта агрессии, который в силу своего характера, серьезности и масштабов является грубым нарушением Устава Организации Объединенных Наций.

2. Для целей пункта 1 «акт агрессии» означает применение вооруженной силы государством против суверенитета, территориальной неприкосновенности или политической независимости другого государства или каким-либо другим образом, несовместимым с Уставом Организации Объединенных Наций. Любое из следующих действий, независимо от объявления войны, будет квалифицироваться в соответствии с резолюцией 3314 (XXIX) Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 14 декабря 1974 года в качестве акта агрессии:

a) вторжение или нападение вооруженных сил государства на территорию другого государства или любая военная оккупация, какой бы временный характер она ни носила, являющаяся результатом такого вторжения или нападения, или любая аннексия с применением силы на территории другого государства или ее части;

b) бомбардировка вооруженными силами государства территории другого государства или применение любого оружия государством против территории другого государства;

c) блокада портов или берегов государства вооруженными силами другого государства;

d) нападение вооруженными силами государства на сухопутные, морские или воздушные силы или морские и воздушные флоты другого государства;

e) применение вооруженных сил одного государства, находящихся на территории другого государства по соглашению с принимающим государством, в нарушение условий, предусмотренных в соглашении, или любое продолжение их пребывания на такой территории по прекращении действия соглашения;

f) действие государства, позволяющее, чтобы его территория, которую оно предоставило в распоряжение другого государства, использовалась этим другим государством для совершения акта агрессии против третьего государства;

g) засылка государством или от имени государства вооруженных банд, групп, иррегулярных сил или наемников, которые осуществляют акты применения вооруженной силы против другого государства, носящие столь серьезный характер, что это равносильно перечисленным выше актам или его значительному участию в них». [Римський статут міжнародного кримінального суду (ООН,

від 17.06.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588; https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-Part.II-RUS.pdf]

436.1.9. Елементи злочинів

(Асамблея держав-учасниць Міжнародного кримінального суду, (ICC-ASP/1/3) від 03–10.09.2002 та (RC/11) від 31.05–11.06.2010)

«***Статья 8-бис. Преступление агрессии***

Введение

1. Существует понимание того, что любой из актов, упомянутых в пункте 2 статьи 8-бис, квалифицируется как акт агрессии.

2. Требование в отношении доказывания того, что нарушитель провел правовую оценку несовместимости применения вооруженной силы с Уставом Организации Объединенных Наций, отсутствует.

3. Термин «грубым» является объективным определением.

4. Требование в отношении доказывания того, что нарушитель провел правовую оценку «грубого» характера нарушения, отсутствует.

Элементы

1. Нарушитель планировал, подготавливал, инициировал или осуществлял акт агрессии.

2. Нарушитель являлся лицом, которое в состоянии фактически осуществлять руководство или контроль за политическими или военными действиями государства, совершившего акт агрессии.

3. Был совершен акт агрессии: применение вооруженной силы государством против суверенитета, территориальной неприкосновенности или политической независимости другого государства или каким-либо другим образом, несовместимым с Уставом Организации Объединенных Наций.

4. Нарушитель сознавал фактические обстоятельства, указывающие на несовместимость такого применения вооруженной силы с Уставом Организации Объединенных Наций.

5. Акт агрессии в силу своего характера, серьезности и масштабов являлся грубым нарушением Устава Организации Объединенных Наций.

6. Нарушитель сознавал фактические обстоятельства, указывающие на такое грубое нарушение Устава Организации Объединенных Наций». [Елементи злочинів (Асамблея держав-учасниць Міжнародного кримінального суду, (ICC-ASP/1/3) від 03–10.09.2002 та (RC/11) від 31.05–11.06.2010). https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-Part.II-RUS.pdf]

436.1.10. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

(Рада Європи, від 04.11.1950)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

«***Стаття 10. Свобода вираження поглядів***

1. Кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Ця стаття не перешкоджає державам вимагати ліцензування діяльності радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств.

2. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду». [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. (Рада Європи, від 04.11.1950). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права в контексті статей 436–437 КК України *(дивись коментар загального характеру в пунктах 0.4.4–0.4.5)*

436.4.1. Агресивна війна як ознака складів злочинів, передбачених статтями 436 і 437 КК України, полягає у вчинені одного чи кількох актів агресії.

Системний аналіз Статуту ООН, змісту резолюції XXIX сесії Генеральної Асамблеї ООН 14 грудня 1974 р. («Визначення агресії»), Римського статуту міжнародного кримінального суду, а також інших документів ООН дозволяє дійти висновків про те, що агресія – це:

1. Або застосування збройної сили державою першою проти суверенітету, територіальної недоторканності або політичної незалежності іншої держави (*436.1.7. – ст. 1*) при тому, що Рада Безпеки ООН не прийняла рішення про невизнання актом агресії конкретного випадку застосування зброї державою першою проти іншої держави в світлі певних обставин (*436.1.7. – ст. 2*). Це може бути, наприклад, застосування збройної сили проти іншої держави з метою викликати напругу між державами, змінити міжнародно визнані кордони, змінити політичну систему чи повалити законний уряд іншої держави.

2. Або застосування збройної сили державою проти іншої держави «будь-яким іншим чином, несумісним зі Статутом Організації Об'єднаних Націй» (*436.1.7. – ст. 1*). У таких випадках збройна сила застосовується формально не проти суверенітету, територіальної недоторканності або політичної незалежності іншої держави. Це може бути: застосування збройної сили на прохання однієї зі сторін внутрішньодержавного конфлікту; самоправна збройна «допомога» у ліквідації терористичної організації на території іншої держави; бомбардування без санкції Ради Безпеки ООН території іншої держави; застосування збройної сили для «захисту від утисків» прибічників певної релігії на території іншої держави тощо (*див. додатково: Декларація про недопущення інтервенції та втручання у внутрішні справи держав (ООН, від 09.12.1981*). Однак і в таких випадках Рада Безпеки ООН може в світлі певних обставин прийняти рішення про невизнання актом агресії конкретного випадку застосування зброї державою першою проти іншої держави (*436.1.7. – ст. 2*).

3. Або наявність одного чи кількох актів агресії, вказаних у п. «a» – «g» ст. 3 «Визначення агресії» (*436.1.7. – ст. 3*). І в такому випадку Рада Безпеки ООН у світлі певних обставин може прийняти рішення про невизнання актом агресії конкретного випадку застосування зброї державою першою проти іншої держави (*436.1.7. – ст. 2 і 3 в їх взаємозв'язку*).

4. Або Рада безпеки ООН визнала агресією акт, який не передбачений визначенням агресії, прийнятим Резолюцією XXIX сесії Генеральної Асамблеї ООН (*436.1.7. – ст. 4*).

У підсумку: агресією визнається таке застосування збройної сили однієї держави проти іншої, **яке Рада Безпеки ООН визнала актом агресії**.

436.4.2. Суб'єктом злочину (ст. 437 КК України) є політичні та воєнні керівники держави, яка вчинила акт агресії проти іншої держави, інші особи, що фактично здійснюють керівництво або контроль за політичними або військовими діями держави.

(Див.: 436.1.8 – ч. 1 ст. 8-bis; 436.1.9)

Це може бути президент, король чи інший глава держави, прем'єр-міністр, керівник парламенту, міністр закордонних справ, міністр оборони, начальник генерального штабу, командувач окремим видом збройних сил держави (наприклад, військовою авіацією) тощо. До «інших осіб» належать особи, які офіційно (легально) не займають керівної посади в державі, але фактично визначають її політичну та (або) воєнну політику – лідер правлячої партії, «духовний лідер нації», керівник «комітету національного порятунку» тощо.

Засудження за ведення агресивних воєнних дій (ч. 2 ст. 437 КК України) рядових солдатів, командирів окремих підрозділів, які нездатні здійснювати контроль за військовими діями держави в цілому, створює підстави для звернення до ЄСПЛ зі скаргами про порушення відповідними вироками ст. 7 Конвенції. Принагідно зауважимо, що Міжнародним військовим трибуналом для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі (Нюрнберзьким трибуналом) та Міжнародним військовим трибуналом для Далекого Сходу мільйони солдат, тисячі офіцерів та генералів німецької та японської армій не були притягнуті до відповідальності за

ведення агресивної війни. Натомість засуджені за злочин агресії, зокрема: голова парламенту (Рейхстагу); заступник голови партії НСДАП; начальник штабу Верховного командування армії збройних сил Німеччини; міністр імператорської армії; міністр фінансів Японії; віце-президент парламенту Японії.

436.4.3. Суб'єктивна сторона злочину (ст. 437 КК України) характеризується прямим умислом, що включає не тільки усвідомлення суспільної небезпечності застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканності або політичної незалежності іншої держави, але також розуміння, що такі дії грубо порушують Статут ООН.
(Див.: 436.1.9)

436.4.4. Притягнення до кримінальної відповідальності за пропаганду війни (ст. 436 КК України) відповідає праву на свободу думки та свободу вираження своїх поглядів, користування якими накладає особливі обов'язки й особливу відповідальність, не означає порушення ст. 10 Конвенції («Свобода вираження поглядів»).
(Див.: 436.1.9)

436.4.5. Кримінальне переслідування осіб за злочини проти миру, вчинені ними під час Другої світової війни (1939–1945 рр.), є дозволеним міжнародним правом винятком з принципу заборони зворотної сили кримінального закону, що встановлює злочинність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи.
(див.: 442.3.1 – пункти 181, 183, 186–189; 4.4.4).

436.4.6. Розповсюдження матеріалів із закликами до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту, якщо таке розповсюдженя здійснюється з використанням інформаційних інтернет-порталів, які надають у комерційних цілях платформу для користувацьких коментарів щодо раніше опублікованого контенту, може поставити питання про відповідальність провайдерів (власників компаній, адміністраторів) таких інтернет-порталів.
(Див.: 0.4.11).

Стаття 438. Порушення законів та звичаїв війни

1. 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 та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу про вчинення таких дій –

караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років.

2. Ті самі діяння, якщо вони поєднані з умисним вбивством, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

§1. Норми міжнародного права
щодо порушення законів та звичаїв війни

438.1.1. Декларація про скасування застосування вибухових та запалювальних куль
(Воєнна міжнародна комісія в Санкт-Петербурзі, від 29.11.1868)
(див.: 0.4.2)
«Договаривающиеся стороны обязуются в случае войны между собой отказаться взаимно от употребления как сухопутными, так и морскими войсками снарядов, которые при весе менее 400 граммов имеют свойство взрывчатости или снаряжены ударным или горючим составом.

Они обязуются пригласить все государства, уполномоченные которых не принимали участие в совещаниях бывшей в Санкт-Петербурге военной международной комиссии, пристать к настоящему договору.

Договор этот обязателен только для договаривающихся сторон или сторон, которые пристанут к нему впоследствии, в случае войны между двумя или несколькими из них; он необязателен в отношении сторон, не подписавших договора или которые не приступили к нему впоследствии.

Равномерно договор перестает быть обязательным, когда во время войны между двумя сторонами, подписавшими договор или к нему приступившими, к одной из воюющих сторон присоединится сторона, не подписавшая договора или не приступившая к нему». [Декларація про скасування застосування вибухових та запалювальних куль (Воєнна міжнародна комісія в Санкт-Петербурзі, від 29.11.1868). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_195]

438.1.2. Гаазька декларація про незастосування куль, що легко розгортаються та сплющуються

(Міжнародна Конференцій Миру в Гаазі, від 29.07.1899)

(див.: 0.4.2)

«Нижеподписавшиеся, уполномоченные Держав, участвовавших на Международной Конференции Мира в Гааге, получив надлежащие для сего полномочие своих Правительств, вдохновляемые чувствами, нашедшими себе выражение в С.-Петербургской Декларации 29 ноября 1868 года,

Объявляют:

Договаривающиеся Державы обязуются не употреблять пуль, легко разворачивающихся или сплющивающихся в человеческом теле, к каковым относятся оболоченные пули, коих твердая оболочка не покрывает всего сердечника или имеет надрезы.

Настоящая Декларация обязательна лишь для договаривающихся Держав в случае войны между двумя или несколькими из них.

Она утрачивает обязательную силу, как только во время войны между договаривающимися Державами к одной из воюющих сторон присоединится Держава, не участвовавшая в настоящем соглашении». [Декларація про незастосування куль, що легко розгортаються та сплющуються (Міжнародна Конференцій Миру в Гаазі, від 29.07.1899). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_196]

438.1.3. Гаазька конвенція (III) про адаптування до морської війни принципів Женевської конвенції

(Конференція в Гаазі, від 18.10.1907)

(див.: 0.4.2)

«***Статья 1***

Военно-госпитальные суда, то есть суда, которые построены или приспособлены государствами со специальною и единственною целью оказания помощи раненым, больным и погибающим и названия которых были сообщены воюющим державам, с открытием или во время военных действий, но во всяком случае ранее употребления их в дело, не подвергаются военным действиям и не подлежат захвату в продолжение войны.

Эти суда также не приравниваются к военным судам относительно пребывания их в нейтральном порте». [Гаазька конвенція (III) про адаптування до морської війни принципів Женевської конвенції (Конференція в Гаазі, від 18.10.1907). http://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995_649]

438.1.4. Гаазька конвенція (IV) про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі

(від 18.10.1907)

(див.: 0.4.2)

«***Стаття 1.*** Договірні держави видають своїм сухопутним військам накази, які відповідають Положенню про закони і звичаї війни на суходолі, що додається до цієї Конвенції.

(…)

Додаток до конвенції

ПОЛОЖЕННЯ

про закони і звичаї війни на суходолі

(…)

Стаття 1

Військові закони, права і обов'язки застосовуються не лише до армій, але й також до ополчення та добровольчих загонів, якщо вони відповідають таким умовам:

1. Знаходяться під командуванням особи, відповідальної за своїх підлеглих;
2. Мають закріплену відмітну емблему, яка може бути впізнана на відстані;
3. Відкрито носять зброю; і
4. Ведуть бойові дії відповідно до законів і звичаїв війни.

У країнах, в яких ополчення або добровольчі загони становлять армію чи входять до її складу, вони включаються у категорію «армія».

Стаття 2

Жителі території, яка не була окупована, і які при наближенні ворога добровільно беруться за зброю для того, щоб чинити опір військам, що вторглися, але не мали часу самоорганізуватися відповідно до статті 1, вважаються воюючою стороною, якщо вони відкрито носять зброю і дотримуються законів і звичаїв війни.

Стаття 3

Збройні сили воюючих сторін можуть складатися з комбатантів та некомбатантів. У разі захоплення ворогом як ті, так і інші користуються правами військовополонених.

(…)

Стаття 8

Військовополонені підпорядковуються законам, правилам і наказам, чинним для армії держави, під владою якої вони знаходяться. Будь-який акт непокори з їхнього боку є підставою для застосування до них таких заходів суворості, які можуть вважатися за необхідні.

Військовополонені які втекли з полону і були повторно затримані раніше, ніж мали змогу приєднатися до своєї армії або раніше, ніж мали змогу залишити територію, окуповану армією, яка взяла їх у полон, підлягають дисциплінарним покаранням.

Військовополонені, які здійснили вдалу втечу і знову взяті у полон, не підлягають жодному покаранню за свою попередню втечу.

(…)

Стаття 13

Особи, які супроводжують армію, але прямо не належать до неї, такі як кореспонденти газет і репортери, маркітанти та постачальники, які потрапляють до рук ворога і він вважає за доцільне затримати їх, користуються правами військовополонених за умови, що вони мають при собі посвідчення від військового керівництва тієї армії, яку вони супроводжували.

(…)

Стаття 22

Воюючі сторони не користуються необмеженим правом у виборі засобів завдання шкоди супротивнику.

Стаття 23

Крім заборон, передбачених спеціальними конвенціями, особливо забороняється:

a) застосовувати отруту або отруєну зброю;

b) віроломно вбивати чи ранити осіб, що належать до нації або армії супротивника;

c) вбивати чи ранити супротивника, який, склавши зброю або більше не маючи засобів захисту, беззастережно здався;

d) оголошувати, що жодної пощади не буде;

e) застосовувати зброю, снаряди або речовини, здатні завдати зайві страждання;

f) неналежним чином використовувати прапор парламентера, національний прапор чи військові знаки розрізнення та форму ворога, а також відмітні знаки за Женевською конвенцією;

g) знищувати або захоплювати власність ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагається військовою необхідністю;

h) оголошувати скасованими, призупиненими або неприйнятними для розгляду у суді права і позови громадян супротивної сторони. Воюючій стороні також забороняється примушувати громадян супротивної сторони брати участь у військових діях, спрямованих проти їхньої власної держави, навіть у випадку, якщо вони перебували на службі такої воюючої сторони до початку війни.

(…)

Стаття 25

Забороняється будь-яким способом атакувати чи бомбардувати незахищені міста, селища, житлові будинки чи споруди.

(…)

Стаття 29

Шпигуном може бути визнано лише особу, яка діючи таємно або під фальшивими приводами, збирає або намагається зібрати інформацію в зоні бойових дій однієї з воюючих сторін з наміром передати таку інформацію супротивній стороні.

При цьому, солдати, які не маскуються і проникли у зону проведення бойових дій супротивної армії з метою збору інформації, не визнаються шпигунами. Подібним чином, не вважаються шпигунами солдати і цивільні особи, які відкрито виконують свої задачі і яким доручена передача депеш, призначених для їхньої власної чи армії ворога. До цієї категорії так само належать і особи, які відправляються на безпілотних аеростатах з метою передачі депеш або, загалом, для підтримки зв'язку між різними частинами армії або території.

Стаття 30

Шпигун, затриманий на місці скоєння злочину, не може бути покараний без попереднього розгляду справи у суді.

Стаття 31

Шпигун, який повернувся до своєї армії і згодом був захоплений ворогом, визнається військовополоненим і не несе жодної відповідальності за свої попередні акти шпіонажу.

Стаття 32

Парламентером вважається особа, уповноважена однією з воюючих сторін вступити в переговори з іншою та, яка рухається вперед з білим прапором. Парламентер, а також трубач, сурмач або барабанщик, особа, яка несе прапор і перекладач, що можуть супроводжувати його, користуються правом недоторканності.

(…)

Стаття 34

Парламентер втрачає право на недоторканність, якщо буде абсолютно і безсумнівно доведено, що він скористався своїм привілейованим становищем для провокування або для вчинення зради.

(…)

Стаття 44

Будь-якій воюючій стороні забороняється примушувати жителів окупованої території надавати інформацію про армію іншої воюючої сторони чи про її засоби оборони.

Стаття 45

Забороняється примушувати жителів окупованої території присягати на вірність державі-супротивнику». [Гаазька конвенція (IV) про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі (від 18.10.1907). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_222]

438.1.5. Гаазька конвенція (IX) про бомбардування морськими силами під час війни

(від 18.10.1907)

(див.: 0.4.2)

«***Стаття V***

У разі бомбардування морськими силами командувач мусить ужити всіх необхідних заходів, щоб уберегти, по спромозі, історичні пам'ятки, храми, будівлі, що служать цілям науки, мистецтва і доброчинності, шпиталі й місця, де зібрано хворих або поранених, за умови, що такі будівлі й місця не служать водночас воєнним цілям.

Жителі зобов'язані вирізняти ці пам'ятки, будівлі чи місця збору примітними знаками, що мають складатися з великих твердих прямокутників, розділених діагоналлю на два трикутники, з яких верхній чорного кольору, а нижній – білого.

Стаття VII

Забороняється віддавати на розграбування місто або місце, навіть узяте приступом». [Конвенція про бомбардування морськими силами під час війни (IX Гаазька конвенція) (Конференція в Гаазі від 18.10.1907). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_766]

438.1.6. Гаазька конвенція про встановлення підводних мін, що автоматично підриваються від зіткнення

(від 18.10.1907)

(ратифіковано Законом від 17.07.1997)

*«**Статья 1***

Воспрещается:

1) ставить автоматические взрывающиеся от соприкосновения мины не закрепленными на якорях, за исключением тех, которые установлены так, что делаются безопасными самое большое спустя один час после того, как тот, кто их поставил, утратит над ними наблюдение;

2) ставить закрепленные на якорях, автоматически взрывающиеся от соприкосновения мины, которые не делаются безопасными, как только они сорвутся со своих минрепов;

3) употреблять самодвижущиеся мины, которые, не попав в цель, не делаются безопасными.

Статья 2

Автоматически взрывающиеся от соприкосновения мины воспрещается ставить у берегов и портов противника с единственной целью прерывать торговое мореплавание». [Гаазька конвенція про встановлення підводних мін, що автоматично підриваються від зіткнення (від 18.10.1907). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_197]

438.1.7. Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних або інших подібних газів та бактеріологічних засобів

Див.: 439.1.1

438.1.8. Договір про захист художніх і наукових закладів та історичних пам'яток (Пакт Реріха)

(Вашингтон, від 15.04.1935)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***Стаття I***

Історичні пам'ятки, музеї, наукові, художні, навчальні й культурні заклади розглядатимуться як нейтральні та як такі користуватимуться повагою і захистом з боку воюючих сторін.

Такою ж повагою і захистом користуватиметься персонал вищезазначених закладів.

Така ж повага і захист надаватимуться історичним пам'яткам, музеям, науковим, художнім, навчальним закладам як у дні миру, так і під час війни». [Договір про захист художніх і наукових закладів та історичних пам'яток (Пакт Реріха) (Вашингтон, від 15.04.1935). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_191]

438.1.9. Женевська Конвенція (I) про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях

(ООН, від 12.08.1949)

(ратифіковано Указом ПВР від 03.07.1954)

«***Стаття 1***

Високі Договірні Сторони зобов'язуються дотримуватися та забезпечувати дотримання цієї Конвенції за будь-яких обставин.

Стаття 2

Крім положень, які виконуються в мирний час, ця Конвенція застосовується в усіх випадках оголошеної війни чи будь-якого іншого збройного конфлікту, що може виникнути між двома чи більше Високими Договірними Сторонами, навіть якщо одна з них не визнає стану війни.

Конвенція також застосовується в усіх випадках часткової чи повної окупації території держави однієї з Високих Договірних Сторін, навіть якщо цій окупації не чиниться жодний збройний опір.

(…)

Стаття 3

У разі збройного конфлікту, який не має міжнародного характеру та виникає на території держави однієї з Високих Договірних Сторін, кожна зі сторін конфлікту повинна застосовувати, як мінімум, такі положення:

1. За будь-яких обставин гуманно ставитися до осіб, які не беруть активної участі у воєнних діях, зокрема до тих осіб зі складу збройних сил, які склали зброю, а також тих, які припинили участь у воєнних діях у зв'язку з хворобою, пораненням, триманням під арештом чи з будь-якої іншої причини, без будь-якої дискримінації за ознаками раси, кольору шкіри, релігії чи вірування, статі, походження чи майнового стану чи будь-якими іншими аналогічними критеріями.

З цією метою заборонено зараз і надалі будь-коли та будь-де вчиняти стосовно зазначених вище осіб такі дії:

a) насилля над життям та особистістю, зокрема всі види вбивств, завдання каліцтва, жорстоке поводження й тортури;

b) захоплення заручників;

c) наругу над людською гідністю, зокрема образливе та принизливе ставлення;

d) засудження та застосування покарання без попереднього судового рішення, винесеного судом, який створено належним чином і який надає судові гарантії, визнані цивілізованими народами як необхідні.

2. Підбирати поранених і хворих та надавати їм допомогу.

(…)

Стаття 12

Особовий склад збройних сил та інші особи, зазначені в наступній статті, які є пораненими або хворими, повинні користуватися повагою та захистом за будь-яких обставин. Сторона конфлікту, під владою якої вони можуть знаходитися, забезпечує їм гуманне ставлення та догляд без будь-якої дискримінації за ознакою статі, раси, національності, релігії, політичних переконань або іншими аналогічними критеріями. Суворо забороняються будь-які замахи на їхнє життя чи будь-яке насилля над їхньою особистістю; зокрема, їх заборонено вбивати або знищувати, піддавати тортурам чи біологічним дослідам, залишати умисно без медичної допомоги та обслуговування або умисно створювати умови для їхнього зараження чи інфікування.

(…)

Стаття 13

Ця Конвенція застосовується до поранених і хворих, які належать до таких категорій:

1. Особового складу збройних сил сторони конфлікту, а також членів ополчення або добровольчих загонів, які є частиною таких збройних сил.

2. Членів інших ополчень та добровольчих загонів, зокрема членів організованих рухів опору, які належать до однієї зі сторін конфлікту й діють на своїй території або за її межами, навіть якщо цю територію окуповано, за умови, що ці ополчення або добровольчі загони, зокрема такі організовані рухи опору, відповідають таким умовам:

a) ними командує особа, яка відповідає за своїх підлеглих;

b) мають постійний відмітний знак, добре помітний на відстані;

c) носять зброю відкрито;

d) здійснюють свої операції згідно із законами та звичаями війни.

3. Членів особового складу регулярних збройних сил, які заявляють про свою відданість урядові або владі, що не визнані державою, яка їх затримує.

4. Осіб, які супроводжують збройні сили, але фактично не входять до їхнього складу, наприклад цивільних осіб із екіпажів військових літаків, військових кореспондентів, постачальників, особового складу робочих підрозділів або служб побутового обслуговування збройних сил, за умови, що вони отримали на це дозвіл збройних сил, яких вони супроводжують.

5. Членів екіпажів суден торгового флоту, у тому числі капітанів, лоцманів та юнг, а також екіпажів цивільних повітряних суден сторін конфлікту, які не користуються більш сприятливим режимом згідно з будь-якими іншими положеннями міжнародного права.

6. Жителів неокупованої території, які під час наближення ворога озброюються, щоб чинити опір силам загарбника, не маючи часу сформуватися в регулярні війська, за умови, що вони носять зброю відкрито й дотримуються законів і звичаїв війни.

Стаття 14

З урахуванням положень статті 12 поранені та хворі воюючої сторони, які потрапили під владу супротивника, вважаються військовополоненими, і до них застосовуються норми міжнародного права, яке стосується військовополонених.

(…)

Стаття 24

Медичний персонал, який займається виключно розшукуванням, підбиранням, транспортуванням або лікуванням поранених чи хворих або який запобігає захворюванням, особовий склад, який здійснює виключно керування медичними формуваннями та установами, а також духовний

персонал, який знаходиться при збройних силах, користується повагою та захистом за всіх обставин.

(…)

Стаття 26

До зазначеного в статті 24 персоналу прирівнюються працівники національних товариств Червоного Хреста й інших добровільних товариств допомоги, належним чином визнаних та уповноважених своїми урядами, яких можуть залучати до виконання тих обов'язків, які виконує персонал, зазначений у названій статті, за умови, що на працівників таких товариств поширюється військове законодавство.

(…)

Стаття 46

Застосування репресалій до поранених, хворих, персоналу, будівель чи обладнання, що знаходяться під захистом, забезпечуваним Конвенцією, забороняється.

Стаття 49

Високі Договірні Сторони зобов'язуються приймати будь-які законодавчі акти, необхідні для встановлення ефективних кримінальних покарань для осіб, які вчиняють або віддають накази вчиняти будь-які серйозні порушення цієї Конвенції, визначені в наступній статті.

(…)

Стаття 50

Серйозними порушеннями, про які йдеться в попередній статті, є ті, що пов'язані з будь-яким із таких діянь: умисним вбивством, тортурами або нелюдським поводженням, зокрема біологічними експериментами, умисним заподіянням тяжких страждань або серйозного тілесного ушкодження й шкоди здоров'ю та із широкомасштабним руйнуванням і привласненням майна, не виправданими воєнною необхідністю й здійсненими незаконно та умисно, – якщо їх скоєно проти осіб чи майна, що знаходяться під захистом, забезпечуваним цією Конвенцією.

(…)

Стаття 51

Жодній Високій Договірній Стороні не дозволено звільняти себе чи будь-яку іншу Високу Договірну Сторону від відповідальності, яку вона або інша Договірна Сторона несе за порушення, передбачені в попередній статті». [Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях. (ООН, від 12.08.1949). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_151]

438.1.10. Женевська Конвенція (II) про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі

(ООН, від 12.08.1949)

(ратифіковано Указом ПВР від 03.07.1954)

«***Стаття 1***

Високі Договірні Сторони зобов'язуються за всіх обставин дотримуватися та забезпечувати дотримання цієї Конвенції.

Стаття 2

На додаток до положень, які набувають чинності в мирний час, ця Конвенція застосовується в усіх випадках оголошеної війни чи будь-якого іншого збройного конфлікту, що може виникнути між двома чи більше Високими Договірними Сторонами, навіть якщо одна з них не визнає стану війни.

Конвенція також застосовується в усіх випадках часткової або повної окупації території однієї з Високих Договірних Сторін, навіть якщо цій окупації не чиниться жодний збройний опір.

(…)

Стаття 3

У разі збройного конфлікту, який не має міжнародного характеру й виникає на території однієї з Високих Договірних Сторін, кожна зі сторін конфлікту зобов'язана застосовувати, як мінімум, такі положення:

1) За будь-яких обставин гуманно ставитися до осіб, які не беруть безпосередньої участі в бойових діях, у тому числі до тих осіб зі складу збройних сил, що склали зброю, а також тих,

хто припинив участь у бойових діях у зв'язку з хворобою, пораненням, затриманням чи з будь-якої іншої причини, без будь-якої дискримінації за ознаками раси, кольору шкіри, релігії чи віросповідання, статі, походження чи майнового стану чи за іншими аналогічними ознаками. Із цією метою забороняються зараз і надалі будь-коли та будь-де такі дії стосовно зазначених вище осіб:

a) насилля над життям й особистістю, зокрема всі види вбивств, каліцтва, жорстоке ставлення, тортури та катування;

b) захоплення в заручники;

c) наруга над людською гідністю, зокрема образливе та принизливе ставлення;

d) засудження та застосування покарання без попереднього судового рішення, винесеного судом, який створено належним чином і який надає судові гарантії, визнані цивілізованими народами як необхідні.

2) Підбирати поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії.

(…)

Стаття 4

У випадку воєнних дій між сухопутними та морськими силами сторін конфлікту положення цієї Конвенції застосовують лише стосовно сил, які знаходяться на суднах.

Сили, висаджені на берег, негайно підпадають під дію положень Женевської конвенції про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 12 серпня 1949 року.

(…)

Стаття 12

Особовий склад збройних сил та інших осіб, зазначених у наступній статті, які перебувають на морі та які зазнають поранення, хвороби або корабельної аварії, оберігають та захищають за будь-яких обставин, причому термін «корабельна аварія» означає будь-яку аварію корабля, що виникла з будь-якої причини, у тому числі вимушені посадки літаків чи висадками з літаків на море. Сторона конфлікту, під владою якої вони можуть знаходитися, забезпечує їм гуманітарне ставлення та догляд без будь-якої дискримінації за ознакою статі, раси, національності, релігії, політичних переконань або за іншими аналогічними ознаками. Суворо забороняються будь-які замахи на їхнє життя чи будь-яке насилля над їхньою особистістю; зокрема їх заборонено вбивати та знищувати, піддавати тортурам чи біологічним дослідам, умисно залишати їх без медичної допомоги та обслуговування, умисно створювати умови для їхнього зараження чи інфікування.

(…)

Стаття 13

Ця Конвенція застосовується до поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, що належать до таких категорій:

1) особового складу збройних сил сторони конфлікту, а також членів ополчення або добровольчих загонів, які є частиною таких збройних сил;

2) членів інших ополчень та добровольчих загонів, у тому числі членів організованих рухів опору, які належать до однієї зі сторін конфлікту й діють на своїй території або за її межами, навіть якщо цю територію окуповано, за умови, що ці ополчення або добровольчі загони, у тому числі організовані рухи опору, відповідають таким умовам:

a) ними командує особа, яка відповідає за своїх підлеглих;

b) вони мають постійний відмітний знак, добре помітний на відстані;

c) вони носять зброю відкрито;

d) вони здійснюють свої операції згідно із законами та звичаями війни;

3) членів особового складу регулярних збройних сил, які заявляють про свою відданість уряду або владі, що не визнані державою, яка їх затримує;

4) осіб, які супроводжують збройні сили, але фактично не входять до їхнього складу, наприклад цивільних осіб з екіпажів військових літаків, військових кореспондентів, постачальників, особового складу робочих підрозділів або служб побутового обслуговування збройних сил, за умови, що вони отримали на це дозвіл тих збройних сил, які вони супроводжують;

5) членів екіпажів суден торговельного флоту, у тому числі капітанів, лоцманів та юнг, а також екіпажів цивільних повітряних суден сторін конфлікту, які не користуються більш сприятливим режимом згідно з будь-якими іншими положеннями міжнародного права;

6) жителів не окупованої території, які під час наближення ворога озброюються, щоб чинити опір силам загарбника, не маючи часу сформуватися в регулярні війська, за умови, що вони носять зброю відкрито й дотримуються законів та звичаїв війни.

(…)

Стаття 16

З урахуванням положень статті 12 поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, воюючої сторони, які потрапили до рук супротивника, вважають військовополоненими й до них застосовують норми міжнародного права, які стосуються військовополонених.

(…)

Стаття 47

Застосування репресалій до осіб, які є пораненими, хворими та потерпілими в корабельній аварії, особового складу, суден або майна, що перебувають під захистом Конвенції, забороняється.

(…)

Стаття 50

Високі Договірні Сторони зобов'язуються приймати будь-які законодавчі акти, необхідні для встановлення ефективних кримінальних покарань для осіб, які вчиняють або віддають накази вчиняти будь-які серйозні порушення цієї Конвенції, визначені в наступній статті.

(…)

Стаття 51

Серйозними порушеннями, про які йдеться в попередній статті, є ті, що пов'язані з будь-яким із таких діянь: умисним вбивством, тортурами або нелюдським поводженням, зокрема біологічними експериментами, умисним заподіянням тяжких страждань або серйозного тілесного ушкодження й шкоди здоров'ю та із широкомасштабним руйнуванням і привласненням майна, не виправданими воєнною необхідністю й здійсненими незаконно та умисно, – якщо їх скоєно проти осіб чи майна, що знаходяться під захистом, забезпечуваним цією Конвенцією.

Стаття 52

Жодній Високій Договірній Стороні не дозволено звільняти себе чи будь-яку іншу Високу Договірну Сторону від відповідальності, яку вона або інша Договірна Сторона несе за порушення, передбачені в попередній статті». [Женевська Конвенція (II) про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі. (ООН, від 12.08.1949). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_152]

438.1.11. Женевська Конвенція (III) про поводження з військовополоненими

(ООН, від 12.08.1949)

(ратифіковано Указом ПВР від 03.07.1954)

*«**Стаття 1***

Високі Договірні Сторони зобов'язуються дотримуватися й забезпечувати дотримання цієї Конвенції за всіх обставин.

Стаття 2

Крім положень, які виконуються в мирний час, ця Конвенція застосовується в усіх випадках оголошеної війни чи будь-якого іншого збройного конфлікту, що може виникнути між двома чи більше Високими Договірними Сторонами, навіть якщо стан війни не визнаний однією з них.

Конвенція також застосовується в усіх випадках часткової або повної окупації території Високої Договірної Сторони, навіть якщо цій окупації не чиниться жодний збройний опір.

(…)

Стаття 3

У випадку збройного конфлікту, який не має міжнародного характеру та виникає на території однієї з Високих Договірних Сторін, кожна сторона конфлікту зобов'язана застосовувати як мінімум такі положення:

1) З особами, які не беруть активної участі у воєнних діях, зокрема з тими особами зі складу збройних сил, які склали зброю, а також тими, які припинили участь у воєнних діях у зв'язку з хворобою, пораненням, триманням під арештом чи з будь-якої іншої причини, поводяться за

будь-яких обставин гуманно, без будь-якої дискримінації за ознаками раси, кольору шкіри, релігії чи вірування, статі, походження чи майнового становища чи будь-якими іншими аналогічними критеріями.

Із цією метою заборонено зараз і надалі вчиняти стосовно зазначених вище осіб такі дії:

a) насилля над життям та особистістю, зокрема всі види вбивств, завдання каліцтва, жорстоке поводження й тортури;

b) захоплення заручників;

c) наругу над людською гідністю, зокрема образливе та принизливе поводження;

d) засудження та застосування покарання без попереднього судового рішення, винесеного судом, який створено належним чином і який надає судові гарантії визнані цивілізованими народами як необхідні.

2. Підбирати поранених і хворих та надавати їм допомогу.

(…)

Стаття 4

A. Військовополоненими, у розумінні цієї Конвенції, є особи, які потрапили в полон до супротивника й належать до однієї з таких категорій:

1. Особового складу збройних сил сторони конфлікту, а також членів ополчення або добровольчих загонів, які є частиною цих збройних сил.

2. Членів інших ополчень та добровольчих загонів, зокрема членів організованих рухів опору, які належать до однієї зі сторін конфлікту й діють на своїй території або за її межами, навіть якщо цю територію окуповано, за умови, що ці ополчення або добровольчі загони, зокрема організовані рухи опору, відповідають таким умовам:

a) ними командує особа, яка відповідає за своїх підлеглих;

b) вони мають постійний відмітний знак, добре розпізнаваний на відстані;

c) вони носять зброю відкрито;

d) вони здійснюють свої операції згідно із законами та звичаями війни.

3. Членів особового складу регулярних збройних сил, які заявляють про свою відданість урядові або владі, що не визнані державою, яка їх затримує.

4. Осіб, які супроводжують збройні сили, але фактично не входять до їхнього складу, наприклад цивільних осіб з екіпажів військових літаків, військових кореспондентів, постачальників, особового складу робочих підрозділів або служб побутового обслуговування збройних сил, за умови, що вони отримали на це дозвіл тих збройних сил, які вони супроводжують, для чого останні видають їм посвідчення особи за зразком, наведеним у додатку.

5. Членів екіпажів суден торговельного флоту, зокрема капітанів, лоцманів та юнг, а також екіпажів цивільних повітряних суден сторін конфлікту, які не користуються більш сприятливим режимом згідно з будь-якими іншими положеннями міжнародного права.

6. Жителів неокупованої території, які під час наближення ворога озброюються, щоб чинити опір силам загарбника, не маючи часу сформуватися в регулярні війська, за умови, що вони носять зброю відкрито й дотримуються законів і звичаїв війни.

B. З наведеними нижче особами поводяться так само, як і з військовополоненими, згідно із цією Конвенцією:

1. Особами, які належать або належали до збройних сил окупованої країни, якщо держава-окупант вважає за потрібне з причини такої відданості інтернувати їх, навіть якщо перед тим їх було звільнено тоді, коли бойові дії проходили за межами окупованої зазначеною державою території, зокрема коли ці особи зробили безуспішну спробу приєднатися до збройних сил, до яких вони належать і які ведуть бойові дії, або коли вони не з'явилися за викликом, зробленим з метою їхнього інтернування.

2. Особами, які належать до однієї з категорій, перелічених у цій статті, яких прийняли на своїй території нейтральні держави або держави, що не воюють, і яких ці держави повинні інтернувати відповідно до міжнародного права, якщо вони не вирішать застосувати до них більш сприятливий режим; проте на цих осіб не поширюються положення статей 8, 10, 15, 30 п'ятого абзацу, статей 58–67, 92, 126, та у випадках, коли між сторонами конфлікту й заінтересованою

нейтральною державою або державою, що не воює, існують дипломатичні відносини, положення статей стосовно держави-покровительки. У випадку, коли існують такі дипломатичні відносини, сторонам конфлікту, від яких залежать ці особи, дозволяється здійснювати стосовно них функції держави-покровительки, передбачені цією Конвенцією, без шкоди для тих функцій, які ці сторони зазвичай виконують відповідно до дипломатичної й консульської практики та угод.

С. Ця стаття жодним чином не впливає на статус медичного й духовного персоналу, передбачений у статті 33 цієї Конвенції.

Стаття 5

Ця Конвенція застосовується до осіб, зазначених у статті 4, з моменту, коли вони підпадають під владу супротивника, до їхнього остаточного звільнення та репатріації.

Якщо з'являється сумнів, чи належать особи, які брали участь у воєнних діях і потрапили до рук супротивника, до категорій, перелічених у статті 4, то такі особи користуються захистом цієї Конвенції доти, доки їхній статус не буде визначений компетентним трибуналом.

Стаття 6

На додаток до угод, чітко передбачених у статтях 10, 23, 28, 33, 60, 65, 66, 67, 72, 73, 75, 109, 110, 118, 119, 122 та 132, Високі Договірні Сторони можуть укладати інші спеціальні угоди з усіх питань, які, на їхню думку, доцільно врегулювати окремо. Жодна спеціальна угода не повинна ні погіршувати становища військовополонених, визначеного цією Конвенцією, ні обмежувати прав, які вона їм надає.

Військовополонені продовжують користуватися привілеями, що випливають з таких угод, доти, доки до них застосовується Конвенція, крім випадків, в яких зазначені або укладені пізніше угоди містять чіткі положення, що їй суперечать, а також крім випадків, в яких та чи та сторона конфлікту вжила стосовно них більш сприятливих заходів.

Стаття 7

Військовополонені за жодних обставин не можуть частково або повністю відмовлятися від прав, гарантованих їм цією Конвенцією та спеціальними угодами, зазначеними в попередній статті, якщо такі будуть.

(…)

Стаття 12

Військовополонені перебувають у руках ворожої держави, а не окремих осіб чи військових частин, які взяли їх у полон. Незалежно від відповідальності, яку можуть нести окремі особи, держава, що тримає в полоні, відповідає за поводження з військовополоненими.

(…)

Стаття 13

З військовополоненими необхідно завжди поводитися гуманно. Будь-який незаконний акт чи бездіяльність з боку держави, що тримає в полоні, які спричиняють смерть або створюють серйозну загрозу здоров'ю військовополоненого, що перебуває під її охороною, забороняються та будуть розглядатись як серйозне порушення цієї Конвенції. Зокрема, жодного військовополоненого не можна піддавати фізичному каліченню або медичним чи науковим експериментам будь-якого характеру, які не обґрунтовані потребою в проведенні медичного, стоматологічного або стаціонарного лікування військовополоненого та не здійснюються в його інтересах.

Так само військовополонені завжди повинні бути захищеними, зокрема від актів насилля чи залякування, а також від образ та цікавості публіки.

Застосування репресалій до військовополонених забороняється.

(…)

Стаття 33

Особи зі складу медичного та духовного персоналу, затримані державою, що тримає в полоні, з метою надання допомоги військовополоненим, не вважаються військовополоненими. Однак вони як мінімум користуються пільгами та захистом, передбаченими цією Конвенцією, їм також забезпечують усі можливості для надання медичної та духовної допомоги військовополоненим.

(…)

Стаття 129

Високі Договірні Сторони зобов'язуються приймати будь-які законодавчі акти, необхідні для встановлення ефективних кримінальних покарань для осіб, які вчиняють або віддають накази вчиняти будь-які із серйозних порушень цієї Конвенції, визначених у наступній статті.

(…)

Стаття 130

Серйозними порушеннями, про які йдеться в попередній статті, є ті, що пов'язані з будь-яким з таких діянь, якщо їх учинено проти осіб або майна, які користуються захистом цієї Конвенції: умисне вбивство, тортури або нелюдське поводження, зокрема біологічні експерименти, умисне заподіяння тяжких страждань або серйозного тілесного ушкодження або шкоди здоров'ю, примушування військовополоненого до служби в збройних силах ворожої держави або умисне позбавлення його прав на справедливе та належне судове розслідування, передбачених цією Конвенцією.

Стаття 131

Жодній Високій Договірній Стороні не дозволено звільняти себе чи будь-яку іншу Високу Договірну Сторону від будь-якої відповідальності, яку вона чи інша Договірна Сторона несе за порушення, згадані в попередній статті». [Женевська Конвенція (III) про поводження з військовополоненими. (ООН, від 12.08.1949). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_153]

438.1.12. Женевська Конвенція (IV) про захист цивільного населення під час війни

(ООН, від 12.08.1949)

(ратифіковано Указом ПВР від 03.07.1954)

*«**Стаття 1***

Високі Договірні Сторони зобов'язуються дотримуватися та забезпечувати дотримання цієї Конвенції за всіх обставин.

Стаття 2

На додаток до положень, які втілюються в мирний час, ця Конвенція застосовується до всіх випадків оголошеної війни чи будь-якого іншого збройного конфлікту, що може виникнути між двома чи більше Високими Договірними Сторонами, навіть якщо одна з них не визнає стану війни.

Конвенція також застосовується до всіх випадків часткової або цілковитої окупації Високої Договірної Сторони, навіть якщо ця окупація не натрапляє на жодний збройний спротив.

Хоча одна з держав, які перебувають у конфлікті, може не бути учасницею цієї Конвенції, держави, які є її учасницями, залишаються зобов'язаними нею у своїх взаємовідносинах. Крім того, вони зобов'язані Конвенцією стосовно зазначеної держави, якщо остання приймає та застосовує її положення.

Стаття 3

У разі збройного конфлікту, який не має міжнародного характеру й виникає на території однієї з Високих Договірних Сторін, кожна сторона конфлікту зобов'язана застосовувати як мінімум такі положення:

1. З особами, які не беруть активної участі в бойових діях, у тому числі з особами зі складу збройних сил, що склали зброю, а також із тими, хто hors de combat унаслідок хвороби, поранення, затримання чи з будь-якої іншої причини, поводяться гуманно, без будь-якої ворожої дискримінації, причиною якої слугують раса, колір шкіри, релігія чи вірування, стать, походження чи майновий стан чи будь-які інші подібні критерії.

Із цією метою є забороненими й залишатимуться забороненими будь-коли та будь-де такі діяння стосовно зазначених вище осіб:

a) насилля над життям й особистістю, зокрема всі види вбивств, завдання каліцтва, жорстоке поводження й тортури;

b) захоплення заручників;

c) наруга над людською гідністю, зокрема образливе та принизливе поводження;

d) засудження та застосування покарання без попереднього судового рішення, винесеного судом, який створено належним чином і який надає судові гарантії, визнані цивілізованими народами як необхідні.

2. Підбирати поранених і хворих та надавати їм допомогу.

Безстороння гуманітарна організація, така, як Міжнародний комітет Червоного Хреста, може запропонувати свої послуги сторонам конфлікту.

Крім того, сторони конфлікту повинні шляхом укладення спеціальних угод докладати зусиль з метою введення в дію всіх або частини інших положень цієї Конвенції.

Застосування попередніх положень не впливає на правовий статус сторін конфлікту.

Стаття 4

Особами, що перебувають під захистом цієї Конвенції, є ті, хто в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються, у разі конфлікту чи окупації, під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є.

Громадяни держави, не зобов'язаної цією Конвенцією, під її захистом не перебувають. Громадяни нейтральної держави, які опиняються на території воюючої держави, та громадяни союзної з воюючою державою не вважаються особами, що перебувають під захистом, тоді, коли держава, громадянами якої вони є, має нормальне дипломатичне представництво в державі, під владою якої вони є.

(…)

Стаття 5

У випадках, коли на території сторони конфлікту остання пересвідчилася в тому, що окрему особу, що перебуває під захистом, насправді підозрюють у тому, що вона займається діяльністю, ворожою для безпеки держави, або що її залучено до такої діяльності, така окрема особа не має права заявляти про права й переваги, що надає ця Конвенція, через те, що вони, якби виконувалися на користь такої особи, були б такими, що завдають шкоди безпеці такої держави.

Якщо на окупованій території окрему особу, що перебуває під захистом Конвенції, затримано як шпигуна чи диверсанта або як підозрюваного на законній підставі в діяльності, що загрожує безпеці окупаційної держави, у тих випадках, коли цього вимагають настійні міркування воєнної безпеки, ця особа може бути позбавленою прав на зв'язок, які надаються цією Конвенцією.

У кожному із цих випадків такі особи, однак, користуватимуться гуманним поводженням і в разі судового переслідування не позбавлятимуться своїх прав на справедливий і нормальний суд, передбачений цією Конвенцією. Їм будуть також цілком надані в якомога коротший строк, сумісний з безпекою держави або, у відповідному випадку, окупаційної держави, права та переваги, які надаються особі, що перебуває під захистом, відповідно до цієї Конвенції.

Стаття 6

Ця Конвенція повинна застосовуватися з самого початку будь-якого конфлікту або окупації, зазначених у статті 2.

На території сторін конфлікту застосування Конвенції припиняється після загального припинення бойових дій.

На окупованій території застосування цієї Конвенції припиняється через рік після загального припинення бойових дій, але окупаційна держава, настільки, наскільки вона виконує функції уряду на цій території, буде пов'язана на строк окупації положеннями таких статей цієї Конвенції: 1–12, 27, 29–34, 47, 49, 51–53, 59, 61–77 та 143.

Особи, що перебувають під захистом, звільнення, репатріація або влаштування яких відбудуться після цих строків, будуть протягом зазначеного часу перебувати під захистом цієї Конвенції.

(…)

Стаття 8

Особи, які перебувають під захистом, за жодних обставин не можуть відмовлятися, частково або цілком від прав, які їм забезпечують ця Конвенція та спеціальні угоди, згадані в попередній статті, якщо такі є.

(…)

Стаття 33

Жодну особу, що перебуває під захистом, не може бути покарано за правопорушення, якого вона не вчинила особисто. Колективні покарання, так само як і будь-які залякування чи терор, забороняються.

Пограбування забороняються.

Репресалії стосовно осіб, які перебувають під захистом, та їхнього майна забороняються.

Стаття 34

Захоплення заручників забороняється.

(…)

Стаття 40

Особи, що перебувають під захистом, можуть бути зайняті на примусових роботах виключно настільки, наскільки й громадяни держави – сторони конфлікту, на території якої вони перебувають.

Якщо особи, що перебувають під захистом, є громадянами держави-супротивниці, їх можна залучати лише до таких видів примусових робіт, виконання яких є необхідним для забезпечення продуктів харчування, житла, одягу, транспорту та здоров'я людей і які не є безпосередньо пов'язаними з проведенням воєнних операцій.

(…)

Стаття 47

Особи, що перебувають під захистом, які знаходяться на окупованій території не будуть у жодному разі та жодним чином позбавлені переваг цієї Конвенції у зв'язку з будь-якими змінами, запровадженими стосовно керівних установ чи управління цією територією внаслідок її окупації, або у зв'язку з будь-якою угодою, укладеною між властями окупованої території та властями окупаційної держави, або у зв'язку з анексію окупаційною державою всієї або частини окупованої території.

(…)

Стаття 49

Забороняється, незалежно від мотивів, здійснювати примусове індивідуальне чи масове переселення або депортацію осіб, що перебувають під захистом, з окупованої території на територію окупаційної держави або на територію будь-якої іншої держави, незалежно від того, окупована вона чи ні.

Однак окупаційна держава може здійснювати загальну або часткову евакуацію з певної території, якщо це є необхідним для забезпечення безпеки населення або зумовлено особливо вагомими причинами військового характеру. Проведення таких евакуацій не може передбачати переміщення осіб, що перебувають під захистом, за межі окупованої території за винятком випадків, коли цього неможливо уникнути з матеріальних причин. Особи, яких було евакуйовано в такий спосіб, повинні бути відправлені додому відразу після припинення воєнних дій на цій території.

(…)

Стаття 51

Окупаційна держава не має права примушувати осіб, що перебувають під захистом, служити в її збройних чи допоміжних силах.

Окупаційна держава може залучати до примусових робіт лише осіб, що перебувають під захистом, яким виповнилося 18 років, і лише до такої роботи, яка є необхідною для забезпечення потреб окупаційної армії або для належного забезпечення населення окупованої країни комунальними послугами, продуктами харчування, житлом, одягом, транспортом та медичними послугами. Особи, що перебувають під захистом, не можуть бути примушені виконувати будь-яку роботу, що передбачала б їхню участь у воєнних операціях. Окупаційна держава не може вимагати від осіб, що перебувають під захистом, застосовувати силу для забезпечення безпеки приміщень, де вони виконують доручену їм роботу.

Робота повинна виконуватись лише в межах окупованої території, на якій знаходяться ці особи. Кожна така особа, наскільки це дозволяють обставини, повинна бути залишена на своєму звичайному місці роботи. Робота повинна належним чином оплачуватись та відповідати фізичним

та інтелектуальним можливостям робітників. Дія чинного в окупованій країні законодавства, яким регулюються умови та гарантії праці, зокрема що стосується зарплатні, робочих годин, обладнання, попередньої підготовки та компенсації за виробничі травми та хвороби поширюватиметься на осіб, що перебувають під захистом, залучених до роботи зазначеної в цій статті.

У жодному разі примусове залучення до праці не повинно передбачати участі робітників в організаціях військового або напіввійськового характеру.

(…)

Стаття 53

Будь-яке знищення окупаційною державою рухомого чи нерухомого майна, що є індивідуальною або колективною власністю приватних осіб чи держави, або інших громадських установ чи соціальних або кооперативних організацій забороняється, за винятком випадків, коли це є необхідним для проведення воєнних операцій.

Стаття 54

Окупаційній державі забороняється змінювати статус посадових осіб чи суддів на окупованих територіях або вживати стосовно них будь-яких заходів примусу, якщо вони утримуватимуться від виконання своїх обов'язків з міркувань совісті.

Ця заборона не становить перешкоди для виконання абзацу другого статті 51. Вона не впливає на право окупаційної держави звільняти посадових осіб з посад, які вони обіймають.

(…)

Стаття 64

Кримінальне законодавство окупованої території залишається чинним, за винятком випадків, коли дія його скасовується або призупиняється окупаційною державою, якщо це законодавство становить загрозу безпеці окупаційної держави або є перешкодою виконання цієї Конвенції. Враховуючи згадане вище, та з огляду на необхідність забезпечення ефективного судочинства, суди окупованої території продовжуватимуть виконувати свої функції стосовно розгляду правопорушень, визначених цим законодавством.

Окупаційна держава, однак, може поширювати на населення окупованої території дію положень, які є необхідними для виконання нею зобов'язань, що покладаються на неї відповідно до цієї Конвенції, підтримання ефективного управління територією, забезпечення безпеки окупаційної держави, особового складу та власності окупаційних сил та адміністрації, а також об'єктів та комунікаційних ліній, які ними використовуються.

(…)

Стаття 67

Суди повинні діяти лише відповідно до тих законодавчих положень, які були чинними до моменту скоєння правопорушення і які відповідають загальним принципам права, зокрема принципу відповідності покарання правопорушенню.

(…)

Стаття 146

Високі Договірні Сторони зобов'язуються надати чинності будь-якому закону, необхідному для надання дієвих карних санкцій для осіб, які вчинять, або наказують іншим учинити будь-яке серйозне порушення цієї Конвенції, визначеного в цій статті.

(…)

Стаття 147

Серйозні порушення, про які йдеться в попередній статті, становлять такі порушення, що охоплюють такі дії, якщо їх здійснено проти осіб або власності, які перебувають під захистом цієї Конвенції: умисне вбивство, тортури або нелюдяне поводження, зокрема біологічні експерименти, які умисно спричинять великі страждання чи серйозні травми тілу чи здоров'ю, нелегальна депортація чи переведення або нелегальне ув'язнення особи, що перебуває під захистом, примушення особи, що перебуває під захистом, служити в збройних силах ворожої держави, або умисне відбирання в особи, що перебуває під захистом, прав на справедливий і офіційний судовий процес, рекомендований цією Конвенцією, захоплення полонених і широкомасштабне руйнування і привласнення власності, не виправдане воєнною необхідністю, і здійснюване незаконним чином і безцільно.

Стаття 148

Жодній Високій Договірній Стороні не дозволяється звільняти себе чи будь-яку іншу Високу Договірну Сторону від відповідальності, яку несе вона чи інша Висока Договірна Сторона за порушення, наведені в попередній статті». [Женевська Конвенція (IV) про захист цивільного населення під час війни. (ООН, від 12.08.1949). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_154]

438.1.13. Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів

(ООН, від 08.06.1977)

(ратифіковано Указом ПВР № 7960-XI від 18.08.1989)

*«**Стаття 1. Загальні принципи і сфера застосування***

1. Високі Договірні Сторони зобов'язуються додержувати цього Протоколу та забезпечувати його додержання за будь-яких обставин.

2. У випадках, не передбачених цим Протоколом або іншими міжнародними угодами, цивільні особи й комбатанти залишаються під захистом і дією принципів міжнародного права, що випливають з усталених звичаїв, з принципів гуманності та з вимог суспільної свідомості.

3. Цей Протокол, що доповнює Женевські конвенції від 12 серпня 1949 року про захист жертв війни, застосовується при ситуаціях, зазначених у статті 2, спільній для цих Конвенцій.

4. Ситуації, згадані в попередньому пункті, включають збройні конфлікти, в яких народи ведуть боротьбу проти колоніального панування, іноземної окупації та расистських режимів для здійснення свого права на самовизначення, закріпленого в Статуті Організації Об'єднаних Націй та в Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй.

(…)

Стаття 8. Термінологія

Для цілей цього Протоколу:

a) «Поранені» і «хворі» означають як військовослужбовців, так і цивільних осіб, які внаслідок травми, хвороби або іншого фізичного чи психічного розладу або інвалідності потребують медичної допомоги чи догляду, та які утримуються від будь-яких ворожих дій. Ці слова стосуються також породіль, новонароджених та інших осіб, які можуть потребувати в даний час медичної допомоги чи догляду, наприклад, вагітні жінки чи немічні, та які утримуються від будь-яких ворожих дій;

b) «особи, які потерпіли корабельну аварію» означають як військовослужбовців, так і цивільних осіб, які зазнають небезпеки на морі чи в інших водах внаслідок нещастя, що сталося або з ними, або з судном чи літальним апаратом, що перевозив їх, та які утримуються від будь-яких ворожих дій. Ці особи продовжують вважатися такими, що потерпіли корабельну аварію, під час їх рятування і доти, доки вони не одержать іншого статусу згідно з Конвенціями або цим Протоколом, за умови, що вони продовжують утримуватися від ворожих дій;

c) «медичний персонал» означає осіб, які призначені стороною, що перебуває в конфлікті, виключно для медичних цілей, перерахованих у пункті «e», для адміністративно-господарського забезпечення медичних формувань або для роботи на санітарно-транспортних засобах та для адміністративно-технічного забезпечення. Такі призначення можуть бути або постійними, або тимчасовими. Цей термін включає:

c.1) медичний персонал сторони, що перебуває в конфлікті, як військовий, так і цивільний, включаючи персонал, зазначений в Першій і Другій конвенціях, та персонал, який придано організаціям цивільної оборони;

c.2) медичний персонал національних товариств Червоного Хреста (Червоного Півмісяця, Червоного Лева і Сонця) та інших національних добровільних товариств допомоги, належним чином визнаних і уповноважених стороною, що перебуває в конфлікті;

c.3) медичний персонал медичних формувань або санітарно-транспортних засобів, зазначених у статті 9, пункт 2;

d) «духовний персонал» означає осіб, як військових, так і цивільних, як, наприклад, священиків, що зайняті виключно виконанням своїх духовних функцій та придані:

d.1) збройним силам сторони, що перебуває в конфлікті;

d.2) медичним формуванням або санітарно-транспортним засобам сторони, що перебуває в конфлікті;

d.3) медичним формуванням або санітарно-транспортним засобам, зазначеним у статті 9, пункт 2;

d.4) організаціям цивільної оборони сторони, що перебуває в конфлікті.

Духовний персонал може бути приданий постійно або тимчасово, і на нього поширюються відповідні положення пункту k;

e) «медичні формування» означають установи та інші формування, як воєнні, так і цивільні, створені для медичних цілей, а саме: для розшуку, підбирання, транспортування, встановлення діагнозу чи лікування, включаючи надання першої допомоги, поранених, хворих і осіб, які потерпіли корабельну аварію, а також для профілактики захворювань. Цей термін стосується, наприклад, госпіталів та інших подібних медичних центрів та інститутів, складів медичного майна та медико-фармацевтичних складів таких формувань. Медичні формування можуть бути стаціонарними або рухомими, постійними або тимчасовими;

f) «санітарне перевезення» означають перевезення сушею, водою чи повітрям поранених, хворих і осіб, які потерпіли корабельну аварію, а також медичного і духовного персоналу, медичного обладнання й запасів, що перебувають під захистом Конвенцій і цього Протоколу;

g) «санітарно-транспортні засоби» означають будь-які засоби перевезення, як воєнні, так і цивільні, постійні або тимчасові, що призначені виключно для санітарного перевезення й перебувають під контролем компетентного органу влади сторони, що перебуває в конфлікті;

h) «наземні санітарно-транспортні засоби» означають будь-які засоби санітарного перевезення сушею;

i) «санітарні судна і плаваючі засоби» означають будь-які засоби санітарного перевезення по воді;

j) «санітарні літальні апарати» означають будь-які засоби санітарного перевезення в повітрі;

k) «постійними» є медичні формування, медичний персонал і санітарно-транспортні засоби, які призначаються виключно для медичних цілей на невизначений період часу. «Тимчасовими» є медичні формування, медичний персонал і санітарно-транспортні засоби, залучені виключно для медичних цілей на обмежені періоди часу протягом усього строку таких періодів. За відсутністю іншого спеціального визначення терміни «медичні формування», «медичний персонал» і «санітарно-транспортні засоби» стосуються як постійних, так і тимчасових категорій;

l) «розпізнавальна емблема» означає розпізнавальну емблему Червоного Хреста, Червоного Півмісяця або Червоного Лева і Сонця на білому тлі, коли вони використовуються для захисту медичних формувань і санітарно-транспортних засобів, медичного і духовного персоналу та устаткування або запасів;

m) «розпізнавальний сигнал» означає будь-який сигнал або повідомлення, які встановлені виключно для розпізнавання медичних формувань або санітарно-транспортних засобів згідно з главою III Додатка 1 до цього Протоколу.

(…)

Стаття 11. Захист окремих осіб

1. Фізичному і психічному стану здоров'я і недоторканності осіб, що перебувають під владою супротивної сторони, або інтернованих, затриманих чи яким-небудь іншим чином позбавлених свободи в результаті ситуації, зазначеної у статті 1, не повинно завдаватися шкоди шляхом якоїсь невиправданої дії або бездіяльності. Відповідно забороняється піддавати осіб, зазначених у цій статті, жодній медичній процедурі, яка не вимагається за станом здоров'я зазначеної особи й не відповідає загальноприйнятим медичним нормам, що застосовуються за аналогічних, з медичної точки зору, обставин до громадян сторони, що проводить цю процедуру, які не позбавлені свободи в якій би то не було формі.

2. Зокрема, забороняється піддавати таких осіб, навіть за їх згодою:

a) фізичним каліцтвам;

b) медичним чи науковим експериментам;

c) видаленню тканин чи органів для пересадки;

за винятком тих випадків, коли такі дії є виправданими згідно з умовами, передбаченими пунктом 1.

3. Винятки із заборони, що містяться в пункті 2 c, можуть бути зроблені тільки в разі здавання крові для переливання або шкіри для пересадки за умови, що це робиться добровільно, без жодного примусу чи спонукання й до того ж лише з лікувальною метою в умовах, що відповідають загальновизнаним медичним нормам, та під контролем, спрямованим на благо як донора, так і реципієнта.

4. Будь-яка навмисна дія чи навмисна бездіяльність, що серйозно загрожують фізичному чи психічному стану або недоторканності будь-якої особи, яка перебуває під владою супротивної сторони, до котрої вона не належить, та які або порушують будь-яку із заборон, що містяться в пунктах 1 і 2, або не виконують вимог пункту 3, є серйозним порушенням цього Протоколу.

5. Особи, зазначені в пункті 1, мають право відмовитися від будь-якої хірургічної операції. У разі відмови медичний персонал повинен домагатися отримання письмової заяви, підписаної або підтвердженої пацієнтом.

6. Кожна сторона, що перебуває в конфлікті, повинна вести медичні записи при кожному здаванні крові для переливання або шкіри для пересадки особами, зазначеними в пункті 1, якщо таке здавання проводиться під відповідальність такої сторони. Крім того, кожна сторона, що перебуває в конфлікті, прагне вести запис всіх медичних процедур, застосованих щодо будь-якої особи, інтернованої, затриманої або яким-небудь іншим чином позбавленої волі в результаті ситуації, зазначеної у статті 1. Такі записи повинні бути готові для надання в будь-який час Державі-покровительці для перевірки.

Стаття 12. Захист медичних формувань

1. Медичні формування в будь-який час користуються повагою й захистом і не можуть бути об'єктом нападу.

2. Пункт 1 застосовується до цивільних медичних формувань за умови, що вони:

a) належать до однієї із сторін, що перебувають у конфлікті;

b) визнані й уповноважені компетентними властями однією із сторін, що перебувають у конфлікті; або

c) уповноважені згідно з пунктом 2 статті 9 цього Протоколу або статтею 27 Першої конвенції.

3. Сторонам, що перебувають у конфлікті, пропонується сповіщати одна одну про розміщення своїх стаціонарних медичних формувань. Відсутність таких оповіщень не звільняє будь-яку із сторін від обов'язку додержувати положень пункту 1.

4. Ні за яких обставин медичні формування не повинні використовуватися для спроб прикрити воєнні об'єкти від нападу. Сторони, що перебувають у конфлікті, забезпечують, якщо це можливо, таке розміщення своїх медичних формувань, за якого їх безпека не буде перебувати під загрозою при нападі на воєнні об'єкти.

Стаття 13. Припинення надання захисту цивільним медичним формуванням

1. Захист, на який мають право цивільні медичні формування, припиняється лише в тому разі, якщо вони використовуються, крім їхніх гуманітарних функцій, для вчинення дій, що завдають шкоди противнику. Надання захисту може, однак, бути припинено тільки після попередження із встановленням у відповідних випадках розумного строку й після того, як таке попередження не було взято до уваги.

2. Не розглядаються як дії, що завдають шкоди противнику:

a) наявність у персоналу медичних формувань легкої особистої зброї для самооборони або для захисту поранених і хворих, якими вони опікуються;

b) охорона медичних формувань караулами, вартовими та конвоєм;

c) наявність у медичних формуваннях стрілецької зброї і боєзапасів, відібраних у поранених та хворих і ще не зданих відповідним службам;

d) перебування в медичних формуваннях військовослужбовців чи інших комбатантів з міркувань медичного характеру.

(…)

Стаття 15. Захист цивільного медичного і духовного персоналу

1. Цивільний медичний персонал користується повагою та захистом.

(…)

5. Цивільний духовний персонал користується повагою й захистом. Положення Конвенцій і цього Протоколу, що стосуються захисту й розпізнавання медичного персоналу, однаковою мірою застосовні до цих осіб.

Стаття 16. Загальний захист осіб, які виконують медичні функції

1. Ні за яких обставин жодна особа не може бути піддана покаранню за виконання нею медичних функцій, сумісних з медичною етикою, незалежно від того, в інтересах якої особи виконуються ці функції.

2. Осіб, які виконують медичні функції, не можна примушувати до вчинення дій чи виконання робіт на порушення норм медичної етики чи медичних норм, що відповідають інтересам поранених і хворих, або на порушення положень Конвенцій чи цього Протоколу, а також до невиконання дій чи робіт, яких вимагають такі нормативи й положення.

3. Жодну особу, яка виконує медичні функції, не можна примушувати надавати кому б то не було з супротивної сторони чи з її власної сторони, за винятком випадків, передбачених законодавством останньої, якої-небудь інформації щодо хворих і поранених, про яких вона піклувалась чи піклується, якщо така інформація, на його думку, завдасть шкоди пацієнтам або їхнім сім'ям. Однак повинні виконуватися обов'язкові медичні вимоги, коли йдеться про повідомлення щодо інфекційних хвороб.

(…)

Стаття 21. Наземні санітарно-транспортні засоби

Наземні санітарно-транспортні засоби користуються такою самою повагою й захистом, як і рухомі медичні формування відповідно до Конвенцій і цього Протоколу.

(…)

Стаття 22. Госпітальні судна та прибережні рятувальні плавучі засоби

1. Положення Конвенцій, що стосуються:

a) суден, зазначених у статтях 22, 24, 25 і 27 Другої конвенції;

b) їх рятувальних шлюпок і невеликих суден;

c) їх персоналу і команд; і

d) поранених, хворих та осіб, які потерпіли корабельну аварію, що перебувають на борту,

застосовуються також у випадках, коли ці судна перевозять цивільних поранених, хворих та осіб, які потерпіли корабельну аварію, що не належать до жодної з категорій, зазначених у статті 13 Другої конвенції. Однак такі цивільні особи не підлягають передачі будь-якій стороні, яка не є їхньою стороною, або захопленню в полон на морі. Якщо вони опиняються під владою сторони, що перебуває в конфлікті і не є їх власною, вони підпадають під дію Четвертої конвенції і цього Протоколу.

(…)

Стаття 23. Інші санітарні судна та плавучі засоби

1. Санітарні судна та плавучі засоби, крім зазначених у статті 22 цього Протоколу та в статті 38 Другої конвенції що перебувають або в морі, або в інших водах, користуються такою ж повагою й захистом, як і рухомі санітарні формування, згідно з Конвенціями і цим Протоколом. Оскільки цей захист буде ефективним тільки в тому разі, якщо вони можуть бути впізнані й визначені як санітарні судна або плавучі засоби, такі судна повинні позначатися розпізнавальною емблемою і, наскільки це можливо, додержувати положень пункту 2 статті 43 Другої конвенції.

(…)

Стаття 24. Захист санітарних літальних апаратів

Санітарні літальні апарати користуються повагою й захистом відповідно до положень цієї частини.

(…)

Стаття 35. Основні норми

1. У разі будь-якого збройного конфлікту право сторін, що перебувають у конфлікті, обирати методи або засоби ведення війни не є необмеженим.

2. Заборонено застосовувати зброю, снаряди, речовини й методи ведення воєнних дій, здатні завдати надмірних пошкоджень або надмірних страждань.

3. Заборонено застосовувати методи або засоби ведення воєнних дій, які мають на меті завдати або, як можна очікувати, завдадуть широкої, довгочасної і серйозної шкоди природному середовищу.

(…)

Стаття 37. Заборона віроломства

1. Заборонено вбивати, завдавати поранення або брати в полон противника, вдаючись до віроломства. Віроломством вважаються дії, спрямовані на те, щоб викликати довіру противника і примусити його повірити, що він має право на захист і зобов'язаний надати такий захист згідно з нормами міжнародного права, застосовуваного в період збройних конфліктів, з метою обману такої довіри. Прикладами такого віроломства є дії:

a) симулювання наміру вести переговори під прапором перемир'я або симулювання капітуляції;

b) симулювання виходу із строю внаслідок поранення або хвороби;

c) симулювання володіння статусом цивільної особи або некомбатанта; і

d) симулювання володіння статусом, що надає захист, шляхом використання знаків, емблем або форменого одягу Організації Об'єднаних Націй, нейтральних держав, які не є сторонами, що перебувають у конфлікті.

2. Воєнні хитрощі не заборонені. Такими хитрощами є дії, спрямовані на те, щоб призвести противника до помилки чи спонукати його діяти необачно, але які не порушують будь-яких норм міжнародного права, застосовуваних у період збройних конфліктів, і які не є віроломними, оскільки вони не обманюють довіри супротивної сторони щодо захисту, який надається цим правом. Прикладами хитрощів є такі дії: використання маскування, пасток, обманні операції та дезінформація.

(…)

Стаття 40. Пощада

Заборонено віддавати наказ не залишати нікого в живих, погрожувати цим противнику або вести воєнні дії таким чином.

Стаття 41. Гарантії особам супротивної сторони, які вибули із строю

1. Заборонено нападати на особу, яку визнано чи яку за даних обставин належить визнати особою, яка вибула із строю.

2. Вибулою із строю вважається будь-яка особа, якщо вона:

a) перебуває під владою супротивної сторони;

b) ясно виражає намір здатися в полон; або

c) непритомна чи яким-небудь іншим чином виведена із строю внаслідок поранення чи хвороби й тому не здатна оборонятися, за умови, що в будь-якому разі ця особа утримується від ворожих дій і не намагається втекти.

(…)

Стаття 42. Особи на борту літальних апаратів

1. Жодна особа, яка покидає на парашуті літальний апарат, що зазнає аварії, не зазнає нападу протягом свого спускання на землю.

2. Особі, яка покинула на парашуті літальний апарат, що зазнає аварії, після приземлення на території, що контролюється супротивною стороною, надається можливість здатися в полон до того, як вона стане об'єктом нападу, якщо не стає очевидним, що вона вчиняє ворожу дію.

3. Повітряно-десантні війська не підпадають під захист цієї статті.

(…)

Стаття 43. Збройні сили

1. Збройні сили сторони, що перебуває в конфлікті, складаються з усіх організованих збройних сил, груп і підрозділів, що перебувають під командуванням особи, відповідальної перед цією стороною за поведінку своїх підлеглих, навіть якщо ця сторона представлена урядом чи властями, не визнаними супротивною стороною. Такі збройні сили підпорядковані внутрішній дисциплінарній системі, яка, поряд з іншим, забезпечує додержання норм міжнародного права, застосовуваних у період збройних конфліктів.

2. Особи, які входять до складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті (крім медичного і духовного персоналу, про який ідеться у статті 33 Третьої конвенції, є комбатантами, тобто вони мають право брати безпосередню участь у воєнних діях.

3. Щоразу, коли сторона, яка перебуває в конфлікті, включає у свої збройні сили напіввоєнну організацію або озброєну організацію, що забезпечує охорону порядку, вона повідомляє про це інші сторони, що перебувають у конфлікті.

Стаття 44. Комбатанти і військовополонені

1. Будь-який комбатант, як це визначено у статті 43, який потрапляє під владу супротивної сторони, є військовополоненим.

(…)

8. На доповнення до категорій осіб, зазначених у статті 13 Першої і Другої конвенцій, всі особи із складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті, як це визначено у статті 43 цього Протоколу, мають право на захист згідно з цими Конвенціями, якщо вони поранені або хворі, або стосовно до Другої конвенції, якщо вони зазнали корабельної аварії на морі або в інших водах.

(…)

Стаття 46. Шпигуни

1. Незалежно від будь-якого іншого положення Конвенцій або цього Протоколу будь-яка особа із складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті, яка потрапляє під владу супротивної сторони в той час, коли вона займається шпигунством, не має права на статус військовополоненого, і з нею можуть поводитися як із шпигуном.

2. Особа із складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті, яка від імені цієї сторони збирає або намагається зібрати інформацію на території, що контролюється супротивною стороною, не вважається особою, яка займається шпигунством, якщо, діючи таким чином, вона носить формений одяг своїх збройних сил.

3. Особа із складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті, яка проживає на території, окупованій супротивною стороною, і яка від імені сторони, від котрої вона залежить, збирає або намагається збирати на цій території інформацію, що має воєнне значення, не вважається особою, яка займається шпигунством, якщо вона не діє обманним шляхом або навмисно не вдається до таємних методів. Понад те, така особа не втрачає свого права на статус військовополоненого, і з нею не можуть поводитися як із шпигуном, якщо тільки вона не захоплена в той час, коли займалась шпигунством.

4. Особа із складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті, яка не проживає на території, окупованій супротивною стороною, і яка займається шпигунством на цій території, не втрачає свого права на статус військовополоненого, і з нею не можуть поводитися як із шпигуном, крім випадків, коли її захоплено до того, як вона знову приєдналася до збройних сил, до яких вона належить.

Стаття 47. Найманці

1. Найманець не має права на статус комбатанта або військовополоненого.

(…)

Стаття 49. Визначення нападів та сфера застосування

1. «Напад» означає акти насильства щодо противника незалежно від того, здійснюються вони під час наступу чи під час оборони.

2. Положення цього Протоколу, що стосуються нападів, застосовуються до всіх нападів незалежно від того, на якій території вони здійснюються, включаючи національну територію, яка належить стороні, що перебуває в конфлікті, але є під контролем супротивної сторони.

(…)

Стаття 50. Визначення цивільних осіб і цивільного населення

1. Цивільною особою є будь-яка особа, що не належить до жодної з категорій осіб, зазначених у статті 4 А, 1, 2, 3 та 6 Третьої конвенції та у статті 43 цього Протоколу. У разі сумніву щодо того, чи є яка-небудь особа цивільною особою, вона вважається цивільною особою.

2. Цивільне населення складається з усіх осіб, які є цивільними особами.

3. Присутність серед цивільного населення окремих осіб, які не підпадають під визначення цивільних осіб, не позбавляє це населення його цивільного характеру.

(…)

Стаття 51. Захист цивільного населення

1. Цивільне населення й окремі цивільні особи користуються загальним захистом від небезпек, що виникають у зв'язку з воєнними операціями. З метою здійснення цього захисту, на доповнення до інших застосовуваних норм міжнародного права, за всіх обставин слід додержувати таких норм.

2. Цивільне населення як таке, а також окремі цивільні особи не повинні бути об'єктом нападів. Заборонено акти насильства чи загрози насильства, що мають головною метою тероризувати цивільне населення.

3. Цивільні особи користуються захистом, передбаченим цим розділом, за винятком окремих випадків і на такий період, поки вони беруть безпосередню участь у воєнних діях.

4. Напади невибіркового характеру заборонено. До нападу невибіркового характеру належать:

a) напади, не спрямовані на конкретні воєнні об'єкти;

b) напади, при яких застосовуються методи або засоби ведення воєнних дій, які не можуть бути спрямовані на конкретні воєнні об'єкти; або

c) напади, при яких застосовуються методи або засоби ведення воєнних дій, наслідки яких не можуть бути обмежені, як це вимагається згідно з цим Протоколом; і які, таким чином, у кожному такому випадку поражають воєнні об'єкти й цивільних осіб або цивільні об'єкти, не розрізняючи їх.

5. Серед інших належить вважати невибірковими такі види нападів:

a) напад шляхом бомбардування будь-якими методами або засобами, при якому як єдиний воєнний об'єкт розглядається ряд явно пов'язаних один з одним і розрізнюваних воєнних об'єктів, розміщених у місті, у селі чи в іншому районі, де сконцентровані цивільні особи або цивільні об'єкти; і

b) напад, котрий, як можна очікувати, попутно потягне за собою втрати життя серед цивільного населення, поранення цивільних осіб та шкоду цивільним об'єктам, або те й інше разом, які були б надмірними щодо конкретної і безпосередньої воєнної переваги, якої передбачається таким чином досягти.

6. Заборонено напади на цивільне населення або на окремих цивільних осіб у порядку репресалій.

7. Присутність або пересування цивільного населення або окремих цивільних осіб не повинні використовуватись для захисту певних пунктів або районів від воєнних дій, зокрема у спробах захистити воєнні об'єкти від нападу або прикрити воєнні дії, сприяти чи перешкодити їм. Сторони, що перебувають у конфлікті, не повинні направляти пересування цивільного населення або окремих цивільних осіб з метою спробувати захистити воєнні об'єкти від нападу чи прикрити воєнні операції.

8. Будь-яке порушення цих заборон не звільняє сторони, що перебувають у воєнному конфлікті, від їх правових зобов'язань щодо цивільного населення й цивільних осіб, у тому числі від зобов'язань вживати запобіжних заходів, передбачених у статті 57.

Стаття 52. Загальний захист цивільних об'єктів

1. Цивільні об'єкти не повинні бути об'єктом нападу або репресалій. Цивільними об'єктами є всі ті об'єкти, які не є воєнними об'єктами, як вони визначені в пункті 2.

2. Напади повинні суворо обмежуватися об'єктами. Що стосується об'єктів, то воєнні об'єкти обмежуються тими об'єктами, які через свій характер, розміщення, призначення або використан-

ня вносять ефективний вклад у воєнні дії і повне або часткове руйнування, захоплення чи нейтралізація яких за існуючих у даний момент обставин дає явну воєнну перевагу.

3. У разі сумніву в тому, чи не використовується об'єкт, який звичайно призначений для цивільних цілей, наприклад, місце відправлення культу, житловий будинок чи інші житлові будови або школа, для ефективної підтримки воєнних дій, передбачається, що такий об'єкт використовується в цивільних цілях.

Стаття 53. Захист культурних цінностей і місць відправлення культів

Без шкоди для положень Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту від 14 травня 1954 року та інших відповідних міжнародних документів заборонено:

a) здійснювати будь-які ворожі акти, спрямовані проти історичних пам'яток, творів мистецтва або місць відправлення культів, які є культурною або духовною спадщиною народів;

b) використовувати такі об'єкти для підтримки воєнних зусиль;

c) робити такі об'єкти об'єктами репресалій.

Стаття 54. Захист об'єктів, необхідних для виживання цивільного населення

1. Заборонено вдаватися до голоду серед цивільного населення як методу ведення війни.

2. Заборонено піддавати нападу або знищувати, виводити або доводити до непридатності об'єкти, необхідні для виживання цивільного населення, такі як запаси продуктів харчування, сільськогосподарські райони, що виробляють продовольство, посіви, худобу, споруди для забезпечення питною водою й запаси останньої, а також іригаційні споруди спеціально з метою не допустити використання їх цивільним населенням або супротивною стороною як засобу підтримання існування, незалежно від мотивів, ніби з метою викликати голод серед цивільних осіб, примусити їх до виїзду або з якої-небудь іншої причини.

3. Заборони, передбачені в пункті 2, не застосовуються щодо таких об'єктів, зазначених у цьому пункті, які використовуються супротивною стороною:

a) для підтримання виключно особового складу їх збройних сил; або

b) якщо не для підтримання існування, то для прямої підтримки воєнних дій, за умови, однак, що проти цих об'єктів ні в якому разі не вдаються до дій, в результаті яких можна очікувати, що цивільне населення залишиться без достатньої кількості продовольства або води, що викличе серед нього голод, або примусить до виїзду.

4. Ці об'єкти не повинні ставати об'єктами репресалій.

5. Виходячи із визнання життєво важливих для будь-якої сторони, що перебуває в конфлікті, потреб в обороні своєї національної території від вторгнення, допускається відступ від заборон, передбачених у пункті 2, стороною, що перебуває в конфлікті, на такій контрольованій нею території, де цього вимагає постійна воєнна необхідність.

(…)

Стаття 56. Захист установок і споруд, що містять небезпечні сили

1. Установки і споруди, що містять небезпечні сили, а саме: греблі, дамби й атомні електростанції, – не повинні ставати об'єктами нападу навіть у тих випадках, коли такі об'єкти є воєнними об'єктами, якщо такий напад може викликати звільнення небезпечних сил і наступні тяжкі втрати серед цивільного населення. Інші воєнні об'єкти, розміщені в цих установках або спорудах чи поблизу них, не повинні ставати об'єктами нападу, якщо такий напад може викликати вивільнення небезпечних сил у таких установках або спорудах та наступні тяжкі втрати серед цивільного населення.

2. Загальний захист від нападу, передбачений у пункті 1, припиняється:

a) щодо гребель і дамб тільки в тому разі, якщо вони використовуються яким-небудь чином, що різниться від їх нормального функціонування, та для регулярної істотної і безпосередньої підтримки воєнних операцій і якщо такий напад є єдиним практично можливим засобом припинити таку підтримку;

b) щодо атомних електростанцій тільки в тому разі, якщо вони виробляють електроенергію для регулярної істотної і безпосередньої підтримки воєнних операцій і якщо такий напад є єдиним практично можливим засобом припинити таку підтримку;

c) щодо інших воєнних об'єктів, розміщених у цих установках або спорудах чи поблизу них, тільки в тому разі, якщо вони використовуються для регулярної і безпосередньої підтримки воєнних операцій і якщо такий напад є єдиним практично можливим засобом припинити таку підтримку.

(…)

Стаття 75. Основні гарантії

1. Тією мірою, якою їх торкається ситуація, зазначена у статті 1 цього Протоколу, з особами, які перебувають під владою сторони, що бере участь у конфлікті, і не користуються сприятливим ставленням згідно з Конвенціями або згідно з цим Протоколом, за всіх обставин поводяться гуманно, і вони, як мінімум, користуються захистом, передбаченим у цій статті, без будь-якої несприятливої різниці, заснованої на ознаках раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії чи віросповідання, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану, народження чи іншого статусу або на яких-небудь інших подібних критеріях. Кожна сторона має з повагою ставитися до особи, честі, переконань та релігійних обрядів усіх таких осіб.

2. Заборонені й будуть залишатися забороненими в будь-який час і в будь-якому місці такі дії, незалежно від того, чиняться вони представниками цивільних чи воєнних органів:

a) насильство над життям, здоров'ям і фізичним та психічним станом осіб, зокрема:

a.1) вбивство;

a.2) катування всіх видів – фізичні чи психічні;

a.3) тілесні покарання;

a.4) каліцтво;

b) знущання над людською гідністю, зокрема, принижуюче й образливе поводження, примус до проституції чи непристойне посягання в будь-якій його формі;

c) взяття заручників;

d) колективне покарання; і

e) погрози вчинити будь-яку з вищезазначених дій.

(…)

Стаття 85. Припинення порушень цього Протоколу

1. Положення Конвенцій що стосуються припинення порушень і серйозних порушень, доповнені цим розділом, застосовуються щодо припинення порушень і серйозних порушень цього Протоколу.

2. Дії, що характеризуються в Конвенціях як серйозні порушення, є серйозними порушеннями цього Протоколу, якщо вони вчиняються проти осіб, які перебувають під владою супротивної сторони й користуються захистом статей 44, 45 і 73 цього Протоколу, або проти поранених, хворих та осіб, що потерпіли корабельну аварію, які належать до супротивної сторони й користуються захистом цього Протоколу, або проти медичного чи духовного персоналу, медичних формувань чи санітарно-транспортних засобів, що перебувають під контролем супротивної сторони й користуються захистом цього Протоколу.

3. На доповнення до серйозних порушень, визначених у статті 11, такі дії розглядаються як серйозні порушення цього Протоколу, коли вони вчиняються навмисне на порушення відповідних положень цього Протоколу і є причиною смерті або серйозного тілесного пошкодження чи шкоди здоров'ю:

a) перетворення цивільного населення або окремих цивільних осіб на об'єкт нападу;

b) вчинення нападу невибіркового характеру, що торкається цивільного населення або цивільних об'єктів, коли відомо, що такий напад стане причиною надмірних втрат життя, поранень серед цивільного населення або завдасть шкоди цивільним об'єктам, як це визначено в пунктах a.2, a.3 статті 57;

c) вчинення нападу на установки або споруди, що містять небезпечні сили, коли відомо, що такий напад стане причиною надмірних втрат життя, поранень серед цивільного населення або завдасть шкоди цивільним об'єктам, як це визначено в пунктах a.2, a.3 статті 57;

d) перетворення необоронних місцевостей і нейтральних зон на об'єкт нападу;

e) вчинення нападу на особу, коли відомо, що вона припинила брати участь у воєнних діях;

f) віроломне використання на порушення статті 37 розпізнавальної емблеми Червоного Хреста, Червоного Півмісяця або Червоного Лева і Сонця, або інших захисних знаків, визнаних Конвенціями і цим Протоколом.

4. На доповнення до серйозних порушень, зазначених у попередніх пунктах цієї статті та в Конвенціях розглядаються як серйозні порушення цього Протоколу такі дії, коли вони здійснюються навмисне й на порушення Конвенцій або цього Протоколу:

a) переміщення окупуючою державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію або депортація чи переміщення всього або частини населення окупованої території у межах цієї території чи за її межі на порушення статті 49 Четвертої конвенції;

b) невиправдана затримка репатріації військовополонених або цивільних осіб;

c) застосування практики апартеїду інших негуманних і принижуючих дій, заснованих на расовій дискримінації, які зневажають гідність особи;

d) перетворення ясно розпізнаних історичних пам'яток, творів мистецтва або місць відправлення культу, які є культурною або духовною спадщиною народів і яким спеціальною угодою, укладеною, наприклад, у рамках компетентної організації, надається особливий захист на об'єкт нападу, внаслідок чого вони зазнають великих руйнувань, коли немає свідчень про порушення супротивною стороною пункту b статті 53, і коли такі історичні пам'ятки, твори мистецтва та місця відправлення культу не розміщені поблизу воєнних об'єктів;

e) позбавлення особи, яка користується захистом Конвенцій або захистом, згаданим у пункті 2 цієї статті, права на неупереджене й нормальне судочинство.

5. Без шкоди для застосування Конвенцій і цього Протоколу серйозні порушення цих документів розглядаються як воєнні злочини.

Стаття 86. Неприйняття заходів

1. Високі Договірні Сторони і сторони, що перебувають у конфлікті, повинні перепиняти серйозні порушення та вживати необхідних заходів щодо перепинення всіх інших порушень Конвенцій або цього Протоколу, які є результатом неприйняття заходів, що мають бути прийняті.

2. Той факт, що порушення Конвенцій і цього Протоколу було вчинене підлеглою особою, не звільняє її начальників від кримінальної або дисциплінарної відповідальності в разі, якщо вони знали, що мають у своєму розпорядженні інформацію, яка повинна була б надати їм можливість дійти висновку в обстановці, що існувала на той час, що така підлегла особа вчиняє або має намір вчинити подібне порушення, і якщо вони не вжили всіх практично можливих заходів у межах своїх повноважень для відвернення або перепинення цього порушення». [Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів. (ООН, від 08.06.1977). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_199]

438.1.14. Додатковий протокол (II) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру

(ООН, від 08.06.1977)

(ратифіковано Указом ПВР № 7960-XI від 18.08.1989)

«***Стаття 1. Основна сфера застосування***

1. Цей Протокол розвиває й доповнює статтю 3, загальну для Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року не змінюючи існуючих умов їх застосування, застосовується до всіх збройних конфліктів, які не підпадають під дію статті 1 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), і відбуваються на території будь-якої Високої Договірної Сторони між її збройними силами або іншими організованими збройними групами, які, перебуваючи під відповідальним командуванням, контролюють частину її території, що дає їм змогу здійснювати безперервні й погоджені воєнні дії та застосовувати цей Протокол.

2. Цей Протокол не застосовується до випадків порушення внутрішнього порядку та виникнення обстановки внутрішньої напруженості, таких як безпорядки, окремі й спорадичні акти насильства та інші акти аналогічного характеру, оскільки вони не є збройними конфліктами.

Стаття 2. Сфера застосування щодо окремих осіб

1. Цей Протокол застосовується без будь-якої несприятливої різниці, заснованої на ознаках раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії чи віросповідання, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану, народження чи іншого статусу або на яких-небудь інших подібних критеріях (далі іменується несприятливою різницею), до всіх осіб, яких торкається збройний конфлікт, як він визначений у статті 1.

2. Після закінчення збройного конфлікту всі особи, які були піддані позбавленню або обмеженню волі з причин, пов'язаних з таким конфліктом, а також ті особи, які піддаються позбавленню або обмеженню волі з тих же причин після конфлікту, користуються захистом, передбаченим статтями 5 і 6, до кінця періоду такого позбавлення або обмеження їх волі.

(…)

Стаття 4. Основні гарантії

1. Усі особи, які не беруть безпосередньої участі або припинили брати участь у воєнних діях, незалежно від того, обмежена їх свобода чи ні, мають право на повагу до своєї особистості, своєї честі, своїх переконань та своїх релігійних обрядів. За всіх обставин з ними поводяться гуманно й без будь-якої несприятливої різниці. Заборонено видавати наказ не залишати нікого в живих.

2. Без шкоди для загальних положень, зазначених вище, заборонено й будуть залишатися забороненими в будь-який час і в будь-якому місці такі дії щодо осіб, зазначених у пункті 1:

a) посягання на життя, здоров'я, фізичний і психічний стан осіб, зокрема, вбивство, а також таке жорстоке поводження, як катування, каліцтво чи будь-які форми тілесних покарань;

b) колективні покарання;

c) взяття заручників;

d) акти тероризму;

e) знущання над людською гідністю, зокрема, образливе поводження, зґвалтування, примус до проституції або непристойне посягання у будь-якій формі;

f) рабство й работоргівля в усіх їх формах;

g) грабіж;

h) погрози вчинити будь-яку з вищезазначених дій.

3. Дітям забезпечується необхідне піклування та допомога, зокрема:

a) вони отримують освіту, включаючи релігійне й моральне виховання, згідно з побажаннями їх батьків або, в разі відсутності батьків, тих осіб, які опікуються ними;

b) вживаються всі необхідні заходи для сприяння возз'єднанню роз'єднаних сімей;

c) діти, які не досягли п'ятнадцятирічного віку, не підлягають вербуванню у збройні сили або групи, і їм не дозволяється брати участь у воєнних діях;

d) особливий захист, передбачений цією статтею щодо дітей, які не досягли п'ятнадцятирічного віку, продовжує застосовуватися до них, якщо вони беруть безпосередню участь у воєнних діях, усупереч положенням підпункту c, і потраплять у полон.

Стаття 5. Особи, свобода яких обмежена

1. На доповнення до положень статті 4 щодо осіб, позбавлених волі з причин, пов'язаних із збройним конфліктом, незалежно від того, інтерновані вони чи затримані, додержуються, як мінімум, таких положень:

a) поводження з пораненими та хворими визначено положеннями статті 7;

b) особи, зазначені в цьому пункті, такою ж мірою, як і місцеве цивільне населення, постачаються продовольством і питною водою, їм забезпечуються умови для збереження здоров'я і додержання гігієни, а також надається захист від суворих кліматичних умов і небезпек збройного конфлікту;

c) їм дозволено отримувати допомогу в індивідуальному чи колективному порядку;

d) їм дозволено відправляти свої релігійні обряди і, за наявності відповідних прохань та коли це доречно, отримувати духовну допомогу від осіб, таких як священики, що виконують релігійні функції;

e) у разі залучення до роботи їх забезпечують умовами праці та захистом, аналогічними до тих, які надаються місцевому цивільному населенню.

2. Ті, хто несе відповідальність за інтернування чи затримання осіб, про яких ідеться в пункті 1, додержують, у межах своїх можливостей щодо цих осіб, таких положень:

a) за винятком випадків спільного розміщення чоловіків і жінок, що складають одну сім'ю, жінки утримуються в приміщеннях, окремих від приміщень, що займають чоловіки, і перебувають під наглядом жінок;

b) їм дозволено надсилати й отримувати листи та поштові листівки, кількість яких може бути обмежена компетентними властями, якщо вони вважатимуть це за необхідне;

c) місця утримання інтернованих і затриманих осіб не повинні бути розміщені поблизу зони бойових дій. Особи, зазначені в пункті 1, мають бути евакуйовані, коли місця їх інтернування чи затримання зазнають прямої небезпеки в результаті збройного конфлікту, якщо їх евакуація може бути здійснена в досить безпечних умовах;

d) вони користуються правом на медичне обслуговування;

e) їх фізичному чи психічному здоров'ю й недоторканності не завдається шкоди шляхом якої-небудь невиправданої дії чи недоліку. Заборонено піддавати осіб, зазначених у цій статті, жодним медичним процедурам, необхідність в яких не викликана станом здоров'я відповідних осіб і які не відповідають загальноприйнятим медичним нормам, що застосовуються щодо вільних осіб за аналогічних з медичної точки зору обставин.

3. Особи, на яких не поширюються положення пункту 1, але свобода яких якимось чином обмежена з причин, пов'язаних із збройним конфліктом, користуються гуманним поводженням згідно зі статтею 4 та пунктами 1 a, b, d і 2 b цієї статті.

4. Якщо приймається рішення про звільнення осіб, позбавлених волі, ті, хто приймає такі рішення, вживають необхідних заходів для забезпечення безпеки таких осіб.

Стаття 6. Кримінальне переслідування

1. Ця стаття застосовується до судового переслідування й покарання за кримінальні правопорушення, пов'язані зі збройними конфліктами.

2. Жодне судове рішення не виноситься й жодне покарання не накладається щодо особи, визнаної винною у правопорушенні, крім як на підставі вироку суду, що забезпечує основні гарантії незалежності й неупередженості (…)

(…)

Стаття 7. Захист і догляд

1. Усі поранені, хворі та особи, які зазнали корабельної аварії, незалежно від того, чи брали вони участь у збройному конфлікті, користуються повагою й захистом.

2. За всіх обставин з ними поводяться гуманно й надають їм максимально можливою мірою та в найкоротші строки медичну допомогу та догляд, яких вимагає їх стан. Між ними не робиться жодної різниці з яких би то не було міркувань, крім медичних.

(…)

Стаття 9. Захист медичного і духовного персоналу

1. Медичний і духовний персонал користується повагою та захистом, і йому надається вся можлива допомога для виконання ним своїх обов'язків. Він не повинен примушуватись до виконання завдань, не сумісних з його гуманітарною місією.

(…)

Стаття 10. Особливий захист осіб, які виконують медичні функції

1. Ні за яких обставин жодна особа не може піддаватися покаранню за виконання нею медичних функцій, сумісних з медичною етикою, незалежно від того, в інтересах якої особи виконуються ці функції.

2. Особи, які виконують медичні функції, не можуть примушуватись до вчинення дій або виконання робіт на порушення норм медичної етики та інших медичних норм, що служать інтересам поранених і хворих, або на порушення положень цього Протоколу, а також до виконання дій, що вимагаються такими нормами й положеннями.

3. З урахуванням національного законодавства необхідно поважати професійні зобов'язання осіб, які виконують медичні функції, пов'язані з інформацією, яку вони можуть одержати про поранених і хворих, що перебувають під їх піклуванням.

4. З урахуванням національного законодавства жодна особа, яка виконує медичні функції, жодним чином не може бути піддана покаранню за відмову надати інформацію або за неподання інформації щодо поранених і хворих, які перебували чи перебувають під її піклуванням.

Стаття 11. Захист медичних формувань і санітарно-транспортних засобів

1. Медичні формування та санітарно-транспортні засоби в будь-який час користуються повагою й захистом і не можуть бути об'єктом нападу.

2. Захист, на який мають право медичні формування та санітарно-транспортні засоби, припиняється лише в тому разі, якщо вони використовуються для вчинення ворожих дій, що виходять за рамки їх гуманітарних функцій. Однак надання захисту може бути припинене тільки після попередження зі встановленням, якщо це вимагається, розумного строку й після того, як таке попередження не було взяте до уваги.

(…)

Стаття 13. Захист цивільного населення

1. Цивільне населення й окремі цивільні особи користуються загальним захистом від небезпек, що виникають у зв'язку з воєнними операціями. З метою здійснення цього захисту за всіх обставин додержують таких норм.

2. Цивільне населення як таке, а також окремі цивільні особи не повинні бути об'єктом нападу. Забороняються акти насильства або погрози насильством, що мають на меті тероризувати цивільне населення.

3. Цивільні особи користуються захистом, передбаченим цією статтею, за винятком окремих випадків і на такий період, поки вони беруть безпосередню участь у воєнних діях.

Стаття 14. Захист об'єктів, необхідних для виживання цивільного населення

Заборонено використовувати голод серед цивільного населення як метод ведення воєнних дій. Тому заборонено піддавати нападу, знищувати, вивозити чи приводити в непридатний стан об'єкти, необхідні для виживання цивільного населення, а саме: запаси продуктів харчування, сільськогосподарські райони, що виробляють продовольство, посіви, худобу, споруди, що забезпечують питною водою, запаси останньої, а також іригаційні споруди.

Стаття 15. Захист установок і споруд, що містять небезпечні сили

Установки і споруди, що містять небезпечні сили, а саме: греблі, дамби й атомні електростанції – не повинні бути об'єктом нападу навіть у тих випадках, коли вони є воєнними об'єктами, якщо такий напад може викликати вивільнення небезпечних сил і призвести до тяжких втрат серед цивільного населення.

Стаття 16. Захист культурних цінностей та місць відправлення культу

Без шкоди для положень Гаазької конвенції від 14 травня 1954 року про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту заборонено чинити будь-які ворожі акти, спрямовані проти тих історичних пам'яток, творів мистецтва або місць відправлення культу, які становлять культурну або духовну спадщину народів, та використовувати їх для підтримки воєнних зусиль.

Стаття 17. Заборона примусового переміщення цивільних осіб

1. Не повинні віддаватися розпорядження про переміщення цивільного населення з причин, пов'язаних із збройним конфліктом, якщо необхідність у цьому не викликана вимогами забезпечення безпеки зазначених цивільних осіб або настійними причинами воєнного характеру. За необхідності здійснення таких переміщень вживаються всі необхідні заходи щодо умов приймання цивільного населення, задовільних з точки зору забезпечення пристановища, гігієни, здоров'я, безпеки та харчування.

2. Цивільні особи не можуть бути примушені покидати власну територію з причин, пов'язаних з конфліктом». [Додатковий протокол (II) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру. (ООН, від 08.06.1977). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_200]

438.1.15. Гаазька конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту

(ООН, від 14.05.1954)

(див.: 0.4.2)

«***Статья 1. Определение культурных ценностей***

Согласно настоящей Конвенции, культурными ценностями считаются независимо от их происхождения и владельца:

(a) ценности, движимые или недвижимые, которые имеют большое значение для культурного наследия каждого народа, такие как памятники архитектуры, искусства или истории, религиозные или светские, археологические месторасположения, архитектурные ансамбли, которые в качестве таковых представляют исторический или художественный интерес, произведения искусства, рукописи, книги, другие предметы художественного, исторического или археологического значения, а также научные коллекции или важные коллекции книг, архивных материалов или репродукций ценностей, указанных выше;

(b) здания, главным и действительным назначением которых является сохранение или экспонирование движимых культурных ценностей, указанных в пункте (a), такие как музеи, крупные библиотеки, хранилища архивов, а также укрытия, предназначенные для сохранения в случае вооруженного конфликта движимых культурных ценностей, указанных в пункте (a);

(c) центры, в которых имеется значительное количество культурных ценностей, указанных в пунктах (a) и (b), так называемые «центры сосредоточения культурных ценностей».

(…)

Статья 3. Охрана культурных ценностей

Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются подготовить еще в мирное время охрану культурных ценностей, расположенных на их собственной территории, от возможных последствий вооруженного конфликта, принимая меры, которые они считают необходимыми.

(…)

Статья 28. Санкции

Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются принимать в рамках своего уголовного законодательства все меры, необходимые для того, чтобы были выявлены и подвергнуты уголовным или дисциплинарным санкциям лица, независимо от их гражданства, нарушившие или приказавшие нарушить настоящую Конвенцию». [Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту. (ООН, від 14.05.1954). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_157]

438.1.16. Протокол про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту

(ООН, від 14.05.1954)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«***I*** 1. Кожна Висока Договірна Сторона зобов'язується запобігати вивезенню з території, окупованої нею під час збройного конфлікту, культурних цінностей, визначених у статті 1 Конвенції про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту, підписаної в Гаазі 14 травня 1954 року». [Протокол про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту. (ООН, від 14.05.1954). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_722]

438.1.17. Конвенція про заборону розробки, виробництва та накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) і токсинної зброї та про їх знищення

Див.: 439.1.5

438.1.18. Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію

(ООН, від 10.10.1980)

(ратифіковано 23.06.1982. Див. також: Закони від 21.09.1999 та від 15.06.2004)

«***Стаття 1. Сфера застосування***

1. Ця Конвенція і Протоколи, які до неї додаються, застосовуються в ситуаціях, зазначених у статті 2, спільній для Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року про захист жертв війни

включаючи будь-яку ситуацію, описану в пункті 4 статті 1 Додаткового протоколу I до цих Конвенцій.

2. Ця Конвенція і Протоколи, які до неї додаються, застосовуються крім ситуацій, зазначених у пункті 1 цієї статті, також до ситуацій, зазначених у статті 3, спільній для Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року. Ця Конвенція і Протоколи, які до неї додаються, не застосовуються до випадків порушення внутрішнього порядку і виникнення обстановки внутрішньої напруженості, таких як заколот, окремі й спорадичні акти насильства та інші акти подібного характеру, оскільки вони не є збройними конфліктами.

3. У разі збройних конфліктів, які не мають міжнародного характеру і відбуваються на території однієї з Високих Договірних Сторін, кожна сторона конфлікту зобов'язана застосовувати заборони і обмеження за цією Конвенцією і Протоколами, які до неї додаються.

(…)

Протокол (I) о необнаруживаемых осколках

Запрещается применять любое оружие, основное действие которого заключается в нанесении повреждений осколками, которые не обнаруживаются в человеческом теле с помощью рентгеновских лучей.

(…)

Протокол (III) о запрещении или ограничении применения зажигательного оружия

Статья 1. Определение

Для целей настоящего Протокола:

1. «Зажигательное оружие» означает любое оружие или боеприпасы, которые в первую очередь предназначены для поджога объектов или причинения людям ожогов посредством действия пламени, тепла или того и другого вместе, возникающих в результате химической реакции вещества, доставленного к цели.

(…)

Статья 2. Защита гражданского населения и гражданских объектов

1. Запрещается при любых обстоятельствах подвергать гражданское население как таковое, отдельных гражданских лиц или гражданские объекты нападению с применением зажигательного оружия.

2. Запрещается при любых обстоятельствах подвергать любой военный объект, расположенный в районе сосредоточения гражданского населения, нападению с применением доставляемого по воздуху зажигательного оружия.

3. Запрещается также подвергать любой военный объект, расположенный в районе сосредоточения гражданского населения, нападению с применением зажигательного оружия, за исключением доставляемого по воздуху, кроме тех случаев, когда такой военный объект четко отделен от сосредоточения гражданского населения и принимаются все возможные меры предосторожности для ограничения зажигательного воздействия на военный объект и избежания и в любом случае сведения к минимуму случайных жертв среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и повреждения гражданских объектов.

4. Запрещается превращать леса или другие виды растительного покрова в объект нападения с применением зажигательного оружия, за исключением случаев, когда такие природные элементы используются для того, чтобы укрыть, скрыть или замаскировать комбатантов или другие военные объекты, или когда они сами являются военными объектами». [Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію (ООН, від 10.10.1980). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_266]

438.1.19. Протокол (II) про заборону або обмеження застосування мін, мін-пасток та інших пристроїв

(ООН, від 03.05.1996)

(прийнято Законом від 21.09.1999)

«Стаття 3. Загальні обмеження на застосування мін, мін-пасток та інших пристроїв

1. Ця стаття застосовується до:

а) мін;

b) мін-пасток; та

c) інших пристроїв.

2. Кожна Висока Договірна Сторона або сторона в конфлікті, відповідно до положень цього Протоколу, несе відповідальність за всі міни, міни-пастки та інші пристрої, які вона застосовує, і зобов'язується розмінувати, ліквідувати, знищити чи утримувати їх, як зазначено у статті 10 цього Протоколу.

3. Забороняється за будь-яких обставин застосовувати будь-яку міну, міну-пастку чи інший пристрій, призначений для того, щоб наносити або здатний завдавати надмірних ушкоджень чи невиправданих страждань.

(…)

5. Забороняється застосовувати міни, міни-пастки чи інші пристрої, спеціально спроектовані таким чином, щоб боєприпас вибухав від присутності загальнодоступних міношукачів в результаті їхнього магнітного чи іншого неконтактного впливу при нормальному використанні в ході операцій по виявленню.

6. Забороняється застосовувати міни, що самодеактивуються, оснащені елементом невилучення, який спроектовано таким чином, щоб цей елемент невилучення був здатний функціонувати після того, як міна втратила здатність до функціонування.

7. Забороняється за будь-яких обставин використовувати зброю, до якої застосовується ця стаття, чи то у випадку нападу, оборони або у випадку репресалій, проти цивільного населення як такого або проти окремих цивільних осіб чи цивільних об'єктів.

8. Забороняється невибіркове застосування, зброї, на яку поширюється ця стаття. Невибірковим застосуванням є установка такої зброї:

a) яка не знаходиться на військовому об'єкті чи не направлена проти нього. У випадку виникнення сумнівів відносно того, чи використовується об'єкт, що зазвичай призначений для цивільних цілей (наприклад, місце відправлення культу, житловий будинок і інше житлове помешкання або школа), для здійснення ефективного внеску у військові дії, припускається, що цей об'єкт не використовується таким чином; або

Ь) яка передбачає не спрямований на дію по конкретному військовому об'єкту спосіб або засіб доставки цієї зброї; або

c) яка, як можна передбачити, завдасть непередбачених втрат життя серед цивільного населення, ушкоджень цивільним особам чи збитків цивільним об'єктам, або все це разом, що перевищувало б очікувану конкретну та безпосередню військову перевагу.

9. Декілька чітко розділених та відокремлених військових об'єктів, розміщених в місті, селищі, селі або іншому районі з аналогічним зосередженням цивільних осіб чи цивільних об'єктів, не повинні розглядатись як окремий військовий об'єкт.

(…)

Стаття 5. Обмеження на застосування протипіхотних мін, які не є дистанційно встановлюваними мінами

1. Ця стаття застосовується до протипіхотних мін, які не є дистанційно встановлюваними мінами.

2. Забороняється застосовувати зброю, на яку поширюється ця стаття і яка не відповідає положенням по самознищенню і самодеактивації, викладеним в Технічному додатку, за винятком випадків, коли:

a) така зброя встановлюється в межах району з маркірованим периметром, який підлягає контролю з боку військового персоналу і захищений огорожею чи в інший спосіб з метою забезпечення ефективного недопущення цивільних осіб в район. Маркірування повинно бути чітким, стійким та видимим людині, яка має намір проникнути в район з маркірованим периметром; і

b) така зброя повинна бути вилучена перш ніж територію буде покинуто, якщо така територія не переходить до військ іншої держави, які несуть відповідальність за збереження захисних засобів, що вимагаються згідно з цією статтею, і подальше розмінування цієї зброї.

(…)

Стаття 6. Обмеження на застосування дистанційно встановлюваних мін

1. Забороняється застосовувати дистанційно встановлювані міни, якщо вони не зареєстровані відповідно до підпункту 1 b) Технічного додатку.

2. Забороняється застосовувати дистанційно встановлювані протипіхотні міни, які не відповідають положенням про самознищення і самодеактивацію, переліченим в Технічному додатку.

3. Забороняється застосовувати дистанційно встановлювані міни, що не є протипіхотними мінами, якщо вони, в тій мірі, в якій це можливо, не оснащені ефективним механізмом самознищення чи самонейтралізації і не мають резервного елемента самодеактивації спроектованого таким чином, щоб міна вже не функціонувала як міна, коли така міна більше не служить військовій меті, для якої вона була встановлена.

(…)

Стаття 7. Заборона щодо застосування мін-пасток та інших пристроїв

1. Без завдання шкоди нормам міжнародного права, що застосовуються у збройних конфліктах і стосуються віроломства та підступності, забороняється за будь-яких обставин використовувати міни-пастки та інші пристрої, які будь-яким чином поєднані або асоціюються з:

a) міжнародно визнаними захисними емблемами, знаками чи сигналами;

b) хворими, пораненими чи мертвими;

c) місцями захоронення чи кремації або могилами;

d) медичними об'єктами, медичним устаткуванням, медичним майном чи санітарним транспортом;

e) дитячими іграшками чи іншими переносними предметами або продуктами, спеціально призначеними для годування, забезпечення здоров'я, гігієни або предметами одягу чи навчання дітей;

f) продуктами харчування чи напоями;

g) кухонним посудом чи приладдям, за винятком того, що знаходиться у військових установах, місцях військових дислокацій або на військових складах;

h) предметами релігійного характеру;

i) історичними пам'ятками, творами мистецтва чи місцями відправлення культу, що становлять культурну і духовну спадщину народів; або

j) тваринами чи їхніми трупами.

2. Забороняється застосовувати міни-пастки або інші пристрої у формі переносних предметів, які виглядають нешкідливими і спеціально спроектовані і сконструйовані для того, щоб містити вибуховий матеріал». [Протокол (II) про заборону або обмеження застосування мін, мін-пасток та інших пристроїв (ООН, від 03.05.1996). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_310]

438.1.20. Додатковий протокол (IV) до Конвенції про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію. Протокол про засліплюючу лазерну зброю

(ООН, від 13.10.1995)

(прийнято Законом від 17.01.2002)

«***Стаття 1***

Забороняється застосовувати лазерну зброю, спеціально призначену для використання у бойових діях виключно або в тому числі для того, щоб спричинити постійну сліпоту органам зору людини, яка не використовує оптичні пристрої, тобто незахищеним органам зору або органам зору, які мають пристрої для корекції зору. Високі Договірні Сторони не передаватимуть таку зброю будь-якій Державі або недержавному утворенню». [Додатковий протокол до Конвенції про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію. Протокол про засліплюючу лазерну зброю (Протокол IV). (ООН, від 13.10.1995). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_894]

438.1.21. Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення

Див.: 439.1.6

438.1.22. Статут Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії

(ООН, від 25.05.1993)

(щодо ратифікації див.: Закон № 4703-VI від 16.05.2012)

«***Статья 2. Серьезные нарушения Женевских конвенций 1949 года***

Международный трибунал полномочен осуществлять судебное преследование лиц, которые совершают или отдают приказ о совершении серьезных нарушений Женевских конвенций от 12 августа 1949 года, а именно следующих действий, направленных против лиц или имущества, пользующихся защитой положений соответствующей Женевской конвенции:

a) умышленное убийство;

b) пытки и бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты;

c) умышленное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья или нанесение ущерба здоровью;

d) незаконное, произвольное и проводимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемые военной необходимостью;

e) принуждение военнопленного или гражданского лица служить в вооруженных силах неприятельской державы;

f) умышленное лишение прав военнопленного или гражданского лица на беспристрастное и нормальное судопроизводство;

g) незаконное депортирование, перемещение или арест гражданского лица;

h) взятие гражданских лиц в качестве заложников.

Статья 3. Нарушения законов или обычаев войны

Международный трибунал полномочен подвергать судебному преследованию лиц, нарушающих законы и обычаи войны. Такие нарушения включают перечисленные ниже, однако этот перечень не является исчерпывающим:

a) применение отравляющих веществ или других видов оружия, предназначенных для причинения излишних страданий;

b) бессмысленное разрушение городов, поселков или деревень или разорение, не оправданное военной необходимостью;

c) нападение на незащищенные города, деревни, жилища или здания либо их обстрел с применением каких бы то ни было средств;

d) захват, разрушение или умышленное повреждение культовых, благотворительных, учебных, художественных и научных учреждений, исторических памятников и художественных и научных произведений;

e) разграбление общественной или частной собственности». [Статут Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії (ООН, від 25.05.1993). http://zakon1.rada.gov.ua/rada/show/995_711]

438.1.23. Конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, виробництва і передачі протипіхотних мін та про їхнє знищення

(ООН, від 18.09.1997)

(ратифіковано Законом від 18.05.2005)

«***Стаття 1. Загальні зобов'язання***

1. Кожна держава-учасниця зобов'язується ніколи і ні за яких обставин:

a) не застосовувати протипіхотні міни;

b) не розробляти, не виробляти, не набувати іншим чином, не накопичувати, не зберігати і нікому не передавати, прямо чи опосередковано, протипіхотні міни;

c) не допомагати, не заохочувати і не спонукати будь-яким чином будь-кого до проведення діяльності, забороненої для держави-учасниці згідно з цією Конвенцією.

2. Кожна держава-учасниця зобов'язується знищити всі протипіхотні міни або забезпечити їхнє знищення відповідно до положень цієї Конвенції.

Стаття 2. Визначення

1. «Протипіхотна міна» означає міну, призначену для вибуху від присутності, близькості або безпосереднього впливу людини і при цьому виводить з ладу, калічить або вбиває одного або кількох людей. Міни, призначені для детонації від присутності, близькості або безпосереднього впливу засобу, що рухається, а не людини, і оснащені при цьому елементом невилучення, не можуть бути віднесені до категорії протипіхотних мін лише на тій підставі, що вони так оснащені.

2. «Міна» означає боєприпас, призначений для встановлення під землею, на землі або поблизу поверхні землі або іншої поверхні та для вибуху від присутності, близькості або безпосереднього впливу людини або засобу, що рухається.

(…)

Стаття 9. Національні заходи з виконання

Кожна держава-учасниця вживає всіх належних правових, адміністративних та інших заходів, включаючи застосування кримінальних санкцій, для запобігання і припинення здійснення будь-якої діяльності, забороненої для держав-учасниць цією Конвенцією, особами, які знаходяться на території під її юрисдикцією або контролем». [Конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, виробництва і передачі протипіхотних мін та про їхнє знищення. (ООН, від 18.09.1997). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_379]

438.1.24. Римський статут міжнародного кримінального суду

(ООН, від 17.07.1998)

(щодо ратифікації див.: частина 6 ст. 124 Конституції України; постанова ВР № 145-VIII від 04.02.2015)

«Статья 8. Военные преступления

1. Суд обладает юрисдикцией в отношении военных преступлений, в частности когда они совершены в рамках плана или политики или при крупномасштабном совершении таких преступлений.

2. Для целей настоящего Статута военные преступления означают:

a) серьезные нарушения Женевских конвенций от 12 августа 1949 года, а именно любое из следующих деяний против лиц или имущества, охраняемых согласно положениям соответствующей Женевской конвенции:

i) умышленное убийство;

ii) пытки или бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты;

iii) умышленное причинение сильных страданий или серьезных телесных повреждений или ущерба здоровью;

iv) незаконное, бессмысленное и крупномасштабное уничтожение и присвоение имущества, не вызванное военной необходимостью;

v) принуждение военнопленного или другого охраняемого лица к службе в вооруженных силах неприятельской державы;

vi) умышленное лишение военнопленного или другого охраняемого лица права на справедливое и нормальное судопроизводство;

vii) незаконная депортация или перемещение или незаконное лишение свободы;

viii) взятие заложников;

b) другие серьезные нарушения законов и обычаев, применимых в международных вооруженных конфликтах в установленных рамках международного права, а именно любое из следующих деяний:

i) умышленные нападения на гражданское население как таковое или отдельных гражданских лиц, не принимающих непосредственного участия в военных действиях;

ii) умышленные нападения на гражданские объекты, т. е. объекты, которые не являются военными целями;

iii) умышленное нанесение ударов по персоналу, объектам, материалам, подразделениям или транспортным средствам, задействованным в оказании гуманитарной помощи или в миссии по поддержанию мира в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций пока они имеют

право на защиту, которой пользуются гражданские лица или гражданские объекты по международному праву вооруженных конфликтов;

iv) умышленное совершение нападения, когда известно, что такое нападение явится причиной случайной гибели или увечья гражданских лиц или ущерба гражданским объектам или обширного, долгосрочного и серьезного ущерба окружающей природной среде, который будет явно несоизмерим с конкретным и непосредственно ожидаемым общим военным превосходством;

v) нападение на незащищенные и не являющиеся военными целями города, деревни, жилища или здания или их обстрел с применением каких бы то ни было средств;

vi) убийство или ранение комбатанта, который, сложив оружие или не имея более средств защиты, безоговорочно сдался;

vii) ненадлежащее использование флага парламентера, флага или военных знаков различия и формы неприятеля или Организации Объединенных Наций, а также отличительных эмблем, установленных Женевскими конвенциями, следствием которого является смерть или причинение ущерба личности;

viii) перемещение, прямо или косвенно, оккупирующей державой части ее собственного гражданского населения на оккупируемую ею территорию, или депортация или перемещение населения оккупируемой территории или отдельных частей его в пределах или за пределы этой территории;

ix) умышленное нанесение ударов по зданиям, предназначенным для целей религии, образования, искусства, науки или благотворительности, историческим памятникам, госпиталям и местам сосредоточения больных и раненых, при условии, что они не являются военными целями;

x) причинение лицам, которые находятся под властью противной стороны, физических увечий или совершение над ними медицинских или научных экспериментов любого рода, которые не оправданы необходимостью медицинского, зубоврачебного или больничного лечения соответствующего лица и не осуществляются в его интересах и которые вызывают смерть или серьезно угрожают здоровью такого лица или лиц;

xi) вероломное убийство или ранение лиц, принадлежащих к неприятельской нации или армии;

xii) заявление о том, что пощады не будет;

xiii) уничтожение или захват имущества неприятеля, за исключением случаев, когда такое уничтожение или захват настоятельно диктуются военной необходимостью;

xiv) объявление отмененными, приостановленными или недопустимыми в суде прав и исков граждан противной стороны;

xv) принуждение граждан противной стороны к участию в военных действиях против их собственной страны, даже если они находились на службе воюющей стороны до начала войны;

xvi) разграбление города или населенного пункта, даже если он захвачен штурмом;

xvii) применение яда или отравленного оружия;

xviii) применение удушающих, ядовитых или других газов и любых аналогичных жидкостей, материалов или средств;

xix) применение пуль, которые легко разрываются или сплющиваются в теле человека, таких, как оболочечные пули, твердая оболочка которых не покрывает всего сердечника или имеет надрезы;

xx) применение оружия, боеприпасов и техники, а также методов ведения войны такого характера, которые вызывают чрезмерные повреждения или ненужные страдания или которые являются неизбирательными по своей сути в нарушение норм международного права вооруженных конфликтов, при условии, что такое оружие, такие боеприпасы, такая техника и такие методы ведения войны являются предметом всеобъемлющего запрещения и включены в приложение к настоящему Статуту путем поправки согласно соответствующему положению, изложенному в статьях 121 и 123;

xxi) посягательство на человеческое достоинство, в частности оскорбительное и унижающее обращение;

xxii) изнасилование, обращение в сексуальное рабство, принуждение к проституции, принудительная беременность, как она определена в пункте 2 (f) статьи 7, принудительная стерили-

зация и любые другие виды сексуального насилия, также являющееся грубым нарушением Женевских конвенций;

xxiii) использование присутствия гражданского лица или другого охраняемого лица для защиты от военных действий определенных пунктов, районов или вооруженных сил;

xxiv) умышленное нанесение ударов по зданиям, материалам, медицинским учреждениям и транспортным средствам, а также персоналу, использующим в соответствии с международным правом отличительные эмблемы, установленные Женевскими конвенциями;

xxv) умышленное совершение действий, подвергающих гражданское население голоду, в качестве способа ведения войны путем лишения его предметов, необходимых для выживания, включая умышленное создание препятствий для предоставления помощи, как это предусмотрено в Женевских конвенциях;

xxvi) набор или вербовка детей в возрасте до пятнадцати лет в состав национальных вооруженных сил или их использование для активного участия в боевых действиях.

c) В случае вооруженного конфликта немеждународного характера серьезные нарушения статьи 3, общей для четырех Женевских конвенций от 12 августа 1949 года, а именно: любое из следующих деяний, совершенных в отношении лиц, не принимающих активного участия в военных действиях, включая военнослужащих, сложивших оружие, и лиц, выведенных из строя в результате болезни, ранения, содержания под стражей или по любой другой причине:

i) посягательство на жизнь и личность, в частности убийство в любой форме, причинение увечий, жестокое обращение и пытки;

ii) посягательство на человеческое достоинство, в частности оскорбительное и унижающее обращение;

iii) взятие заложников;

iv) вынесение приговоров и приведение их в исполнение без предварительного судебного разбирательства, проведенного созданным в установленном порядке судом, обеспечивающим соблюдение всех судебных гарантий, которые по всеобщему признанию являются обязательными.

d) Пункт 2 (c) применяется к вооруженным конфликтам немеждународного характера и, таким образом, не применяется к случаям нарушения внутреннего порядка и возникновения напряженности, таким, как беспорядки, отдельные и спорадические акты насилия или иные акты аналогичного характера.

e) Другие серьезные нарушения законов и обычаев, применимых в вооруженных конфликтах немеждународного характера в установленных рамках международного права, а именно любое из следующих деяний:

i) умышленное нанесение ударов по гражданскому населению как таковому, а также умышленное нападение на отдельных гражданских лиц, не принимающих непосредственного участия в военных действиях;

ii) умышленное нанесение ударов по зданиям, материалам, медицинским учреждениям и транспортным средствам, а также персоналу, использующим в соответствии с международным правом отличительные эмблемы, предусмотренные Женевскими конвенциями;

iii) умышленное нанесение ударов по персоналу, объектам, материалам, подразделениям или транспортным средствам, задействованным в оказании гуманитарной помощи или в миссии по поддержанию мира в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций пока они имеют право на защиту, которой пользуются гражданские лица или гражданские объекты по праву вооруженных конфликтов;

iv) умышленное нанесение ударов по зданиям, предназначенным для целей религии, образования, искусства, науки или благотворительности, историческим памятникам, госпиталям и местам сосредоточения больных и раненых, при условии, что они не являются военными целями;

v) разграбление города или населенного пункта, даже если он взят штурмом;

vi) изнасилование, обращение в сексуальное рабство, принуждение к проституции, принудительная беременность, как она определена в пункте 2 (f) статьи 7, принудительная стерилизация и любые другие виды сексуального насилия, также представляющие собой грубое нарушение статьи 3, общей для четырех Женевских конвенций;

vii) набор или вербовка детей в возрасте до пятнадцати лет в состав вооруженных сил или групп или использование их для активного участия в боевых действиях;

viii) отдача распоряжений о перемещении гражданского населения по причинам, связанным с конфликтом, если только этого не требуют соображения безопасности соответствующего гражданского населения или настоятельная необходимость военного характера;

ix) вероломное убийство или ранение комбатанта неприятеля;

x) заявление о том, что пощады не будет;

xi) причинение лицам, которые находятся во власти другой стороны в конфликте, физических увечий или совершение над ними медицинских или научных экспериментов любого рода, которые не оправданы необходимостью медицинского, зубоврачебного или больничного лечения соответствующего лица и не осуществляются в его интересах и которые причиняют смерть или серьезно угрожают здоровью такого лица или лиц;

xii) уничтожение или захват имущества неприятеля, за исключением случаев, когда такое уничтожение или захват настоятельно диктуются обстоятельствами конфликта;

(xiii) применение яда или отравленного оружия;

(xiv) применение удушающих, ядовитых или других газов и всех аналогичных жидкостей, материалов или средств;

(xv) применение пуль, легко разворачивающихся или сплющивающихся в человеческом теле, таких как пули с твердой оболочкой, которая не покрывает полностью сердечник или имеет надрезы.

f) Пункт 2 (e) применяется к вооруженным конфликтам немеждународного характера и, таким образом, не применяется к случаям нарушения внутреннего порядка и возникновения напряженности, таким, как беспорядки, отдельные и спорадические акты насилия или иные акты аналогичного характера. Он применяется в отношении вооруженных конфликтов, которые имеют место на территории государства, когда идет длительный вооруженный конфликт между правительственными властями и организованными вооруженными группами или между самими такими группами.

3. Ничто в пунктах 2 (c) и (d) не затрагивает ответственности правительства за поддержание или восстановление закона и порядка в государстве или за защиту единства и территориальной целостности государства всеми законными средствами». [Римський статут міжнародного кримінального суду. (ООН, від 17.07.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588]

438.1.25. Елементи злочинів[1]

(Асамблея держав-учасниць Міжнародного кримінального суду, (ICC-ASP/1/3) від 03–10.09.2002 та (RC/11) від 31.05–11.06.2010)

Введение

Элементы военных преступлений в соответствии с пунктом 2(c) и (e) статьи 8 ограничиваются условиями, упомянутыми в пункте 2(d) и (f) статьи 8, которые не являются элементами преступлений.

В соответствии с пунктом 2 статьи 8 Статута элементы военных преступлений должны толковаться в установленных рамках международного права вооруженных конфликтов, включая, в соответствующих случаях, нормы международного права вооруженных конфликтов, применимые к вооруженным конфликтам на море.

В отношении последних двух элементов, указываемых для каждого преступления:

– не существует никакого требования в отношении правовой оценки исполнителем факта существования вооруженного конфликта или его характера как международного или немеждународного;

– в этом контексте не существует никакого требования в отношении знания исполнителем фактов, определяющих характер конфликта как международного или немеждународного;

– существует только требование в отношении знания фактических обстоятельств, определяющих существование вооруженного конфликта, что подразумевается во фразе «имело место в контексте (…) и было связано с ним».

[1] З огляду на значний обсяг (на відміну, від обсягу, наприклад, Елементів злочинів агресії), наводяться лише перші статті Елементів воєнних злочинів. Повний текст доступний за посиланням.

Статья 8(2)(a). **Военное преступление в виде умышленного убийства**

Элементы

1. Исполнитель убил одно или нескольких лиц.

2. Такое лицо или такие лица находились под защитой одной или нескольких Женевских конвенций 1949 года.

3. Исполнитель сознавал фактические обстоятельства, свидетельствовавшие об этом защищаемом статусе.

4. Деяние имело место в контексте международного вооруженного конфликта и было связано с ним.

5. Исполнитель сознавал фактические обстоятельства, свидетельствовавшие о существовании вооруженного конфликта». [Елементи злочинів (Асамблея держав-учасниць Міжнародного кримінального суду, (ICC-ASP/1/3) від 03–10.09.2002 та (RC/11) від 31.05–11.06.2010). http://www.un.org/ru/documents/rules/icc_elements.pdf]

438.1.26. Угода про першочергові заходи стосовно захисту жертв збройних конфліктів
(СНД, від 24.09.1993)
(ратифіковано Законом №21-V від 21.07.2006)

«Держави – учасниці цієї Угоди (далі – Сторони),

(…)

рішуче засуджуючи грубі порушення міжнародного гуманітарного права: застосування заборонених засобів і методів ведення воєнних дій, напад на цивільне населення й цивільні об'єкти, узяття заручників, тортури та інші види посягання на людську гідність тощо;

підтверджуючи рішучість покласти край збройним конфліктам, домовилися про таке:

Стаття 1

Сторони будуть співробітничати на двосторонній і багатосторонній основі у вжитті необхідних заходів, спрямованих на запобігання порушень прав людини й норм гуманітарного права в регіонах збройних конфліктів.

(…)

Стаття 4

Сторони будуть уживати негайних погоджених заходів для захисту осіб, незаконно позбавлених волі з причин, пов'язаних зі збройним конфліктом, незалежно від того, інтерновані вони або затримані, а також для повернення військовополонених і беззастережного звільнення заручників.

(…)

Стаття 6

Кожна Сторона вживе всіх необхідних заходів для припинення будь-яких дій, що порушують міжнародне гуманітарне право, зокрема застосування ефективних заходів судового переслідування та покарання до осіб, які організували, учинили або наказали вчинити діяння, що кваліфікується як військовий злочин або злочин проти людства за міжнародним правом та (або) національним законодавством». [Угода про першочергові заходи стосовно захисту жертв збройних конфліктів (СНД, від 24.09.1993). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_037]

438.1.27. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
Див.: 115.1.4; 121.1.1; 146.1.2

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо порушення законів та звичаїв війни

438.2.1. Справа «Hassan проти Сполученого Королівства»

«97. (…) Суд вважає, що існують значні відмінності в контексті і цілях між арештами, здійсненими в мирний час, та арештом комбатанта, здійсненим в ході збройного конфлікту. Він не вважає, що затримання згідно з повноваженнями, передбаченими в Третій і Четвертій Женевських конвенціях, узгоджується з будь-якою з категорій, передбачених у підпунктах (a) – (e). Хоча стат-

тя 5 пункт 1 (c) Конвенції може на перший погляд здаватися найбільш відповідним положенням, жоден зв'язок між інтернуванням з міркувань безпеки і підозрою у скоєнні злочину або ризиком вчинення злочину не є обов'язковим. Що стосується комбатантів, затриманих в якості військовополонених, оскільки ця категорія осіб користується привілеями комбатантів, які дозволяють їм брати участь у військових діях без будь-яких послідуючих кримінальних санкцій, було б недоречним, якби Суд вважав, що ця форма затримання підпадає під сферу дії статті 5 п. 1 (c).

(…)

104. (…) Разом з тим, і послідовно з практикою Міжнародного суду, Суд вважає, що навіть у ситуаціях міжнародного збройного конфлікту гарантії за Конвенцією продовжують застосовуватися, хоча вони й тлумачаться на тлі положень міжнародного гуманітарного права. Унаслідок співіснування гарантій, передбачених міжнародним гуманітарним правом та Конвенцією під час збройного конфлікту, підстави допустимого позбавлення волі, викладені в підпунктах (a) – (e) даного положення, необхідно узгоджувати, наскільки це можливо, зі взяттям військовополонених і затриманням цивільних осіб, які становлять ризик для безпеки згідно з Третьою і Четвертою Женевськими конвенціями. Суд бере до уваги той факт, що інтернування в мирний час не підпадає під систему позбавлення свободи, передбачену статтею 5 Конвенції, без здійснення повноважень щодо відступу за статтею 15. Стаття 5 Конвенції може тлумачитися як така, що дозволяє здійснення таких широких повноважень лише у випадках міжнародного збройного конфлікту, де взяття військовополонених і затримання цивільних осіб, які становлять ризик для безпеки, є прийнятними особливостями міжнародного гуманітарного права.

105. Як і підстави дозволеного затримання, вже викладені в цих підпунктах, позбавлення свободи відповідно до повноважень за міжнародним гуманітарним правом повинне бути «законним», щоб виключити порушення статті 5 п. 1. Це означає, що затримання має відповідати нормам міжнародного гуманітарного права і, найголовніше, воно повинне відповідати основній меті статті 5 п. 1, яка полягає в захисті особи від свавілля». [Hassan проти Сполученого Королівства (29750/09). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–153724]

438.2.2. Справа «Аль-Скейні та інші проти Сполученого Королівства»

«131. Юрисдикційна компетенція держави за статтею 1 є, головним чином, територіальною. Презюмується, що юрисдикція здійснюється, як правило, на всій території держави. З іншого боку, дії Договірних держав, які вчинені або які породжують наслідки поза межами їхніх територій, можуть означати здійснення юрисдикції у значенні статті 1 лише у виняткових випадках.

(…)

135. (…) Суд вже визнав факт здійснення екстериторіальної юрисдикції Договірною державою у випадку, коли з дозволу, на прохання чи з мовчазної згоди уряду такої території, вона виконує всі або деякі з публічно-правових повноважень, які за звичайних обставин здійснює цей уряд. Таким чином, у випадках, коли за звичаєм, міжнародним чи іншим договором органи влади Договірної держави виконують виконавчі чи судові функції на території іншої держави, на цю Договірну державу може покладатися відповідальність за вчинені при цьому порушення Конвенції, якщо дії, про які йдеться, сталися з її вини, а не з вини територіальної держави.

(…)

138. Ще одним винятком з принципу, згідно з яким юрисдикція держави за статтею 1 обмежується її власною територією, є ситуація, коли внаслідок законних чи незаконних військових дій Договірна держава здійснює ефективний контроль над певною територією поза межами своєї території. Зобов'язання забезпечувати на такій території права і свободи, закріплені в Конвенції, випливає з факту здійснення такого контролю, незалежно від того, чи він здійснюється безпосередньо, через збройні сили Договірної держави, чи через підпорядковану місцеву адміністрацію. У разі, якщо факт такого панування над територією встановлено, тоді немає необхідності визначати, чи здійснює ця Договірна держава суцільний контроль за політикою та заходами підпорядкованої місцевої адміністрації. Той факт, що місцева адміністрація продовжує існувати завдяки військовій та іншій підтримці з боку Договірної держави, покладає на цю Договірну державу відповідальність за політику і заходи адміністрації. Контролююча держава зобов'язана за статтею 1

забезпечувати на території, яка перебуває під її контролем, всю низку матеріальних прав, закріплених у Конвенції та в тих додаткових протоколах, які вона ратифікувала. Вона відповідатиме за будь-які порушення цих прав.

139. Чи здійснює Договірна держава ефективний контроль над територією поза межами своєї території – це питання факту. При визначенні наявності ефективного контролю на території Суд передусім бере до уваги чисельність військової присутності на ній відповідної держави. При цьому також можуть ураховуватися й інші ознаки, наприклад, міра, якою її військова, економічна і політична підтримка підпорядкованій місцевій адміністрації зумовлює її вплив і контроль над даною територією.

(…)

142. Суд вже наголошував, що в разі, якщо територія однієї Сторони Конвенції окупована військами іншої, окупуюча держава повинна в принципі нести відповідальність за Конвенцією за порушення прав людини на цій окупованій території, оскільки інший підхід означав би позбавлення населення цієї території прав і свобод, якими воно користувалося до окупації, і утворення «вакууму» в захисті прав людини в межах конвенційного правового простору. З іншого боку, важливість встановлення наявності юрисдикції окупуючої держави в таких справах водночас не означає, що юрисдикція за статтею 1 Конвенції ніколи не може існувати поза межами території, яка перебуває під відповідальністю Договірних держав Ради Європи. У своїй практиці Суд не застосовував такого обмеження». [Аль-Скейні та інші проти Сполученого Королівства (55721/07). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117703]

§3. Рішення ЄСПЛ
у справах, що пов'язані з обставинами порушення законів та звичаїв війни

438.3.1. Справа «Аль-Скейні та інші проти Сполученого Королівства»
Фактичні обставини:

20 березня 2003 збройні сили Сполучених Штатів Америки, Сполученого Королівства та їх партнерів по коаліції вступили в Ірак з метою витіснення режиму Баас, який був при владі. 1 травня 2003 року основні бойові дії були оголошені повними, і Сполучені Штати та Сполучене Королівство стали окупаційними державами. Вони створили Коаліційну тимчасову владу «тимчасово здійснювати повноваження уряду». Ці повноваження включали забезпечення безпеки в Іраку. Роль безпеки, яку відіграє окупуюча держава, була визнана Радою Безпеки Організації Об'єднаних Націй в Резолюції 1483, прийнятій 22 травня 2003 року. Окупація завершилася 28 червня 2004 року, коли повні повноваження з управління Іраком були передані Тимчасовому уряду Іраку, і Коаліційна тимчасова адміністрація припинила своє існування.

Під час окупації Сполучене Королівство командувало військовим підрозділом – Багатонаціональним дивізіоном (Південний Схід), який включав провінцію Аль-Басра. З 1 травня 2003 року британська війська в провінції Аль-Басра взяли на себе відповідальність за підтримання безпеки і підтримку цивільної адміністрації. Заявники були близькими родичами шести іракських громадян, які були вбиті в Басрі в 2003 році в цей період окупації.

Родичі першого, другого і четвертого заявників отримали смертельні вогнепальні поранення, коли британські солдати відкрили вогонь, імовірно вважаючи, що піддаються нападам або піддаються безпосередньому ризику. Дружина третього заявника була убита після того, як нібито попалася в перехресний вогонь під час перестрілки між британським патрулем і невідомими бойовиками. Син п'ятої заявниці був побитий британськими солдатами і скинутий у річку, де він потонув. Син шостої заявниці, Баха Муса, помер від задухи на британській військовій базі з численними травмами на тілі.

У 2004 році державний секретар із питань оборони вирішив не проводити незалежні розслідування щодо шести смертей і не приймати відповідальність або виплатити компенсацію. Заявники домагалися судового перегляду цього рішення. Справа в кінцевому рахунку відбулася перед Палатою лордів, яка визнала, що лише справа Баха Муси підпадає під юрисдикцію Великобританії, оскільки жорстоке поводження відбулося на британській військовій базі.

Рішення ЄСПЛ:

«143. При визначенні того, чи перебували родичі заявників на момент своєї загибелі під юрисдикцією Сполученого Королівства, Суд бере за відправний пункт той факт, що 20 березня 2003 року Сполучене Королівство, разом зі Сполученими Штатами Америки та своїми партнерами по коаліції, через застосування своїх збройних сил, здійснило вторгнення в Ірак з метою усунення пануючого в країні баасистського режиму. Цієї мети було досягнуто 1 травня 2003 року, коли було оголошено про завершення основних бойових операцій і США та Сполучене Королівство набули статусу окупуючих держав у значенні статті 42 Гаазької конвенції.

144. Як роз'яснено у спільному листі від 8 травня 2003 року, надісланому Постійними представниками Великобританії і Сполучених Штатів при ООН Президентові Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй, США і Сполучене Королівство, усунувши попередній режим, створили Коаліційну тимчасову адміністрацію «для тимчасового здійснення владних повноважень». Одним з владних повноважень, конкретно зазначених у листі від 8 травня 2003 року, яке США і Сполучене Королівство мали здійснювати через Коаліційну тимчасову адміністрацію, було забезпечення безпеки в Іраку, у тому числі й громадського правопорядку. У листі також зазначалося, що «Сполучені Штати, Сполучене Королівство та партнери по Коаліції, діючи через Коаліційну тимчасову адміністрацію, забезпечуватимуть, серед іншого, безпеку в інтересах тимчасового управління Іраком, зокрема, … беручи на себе завдання із здійснення безпосереднього контролю за іракськими установами, які займаються військовими питаннями і питаннями безпеки».

145. У своєму першому законодавчому акті, Постанові КТА №1 від 16 травня 2003 року, Коаліційна тимчасова адміністрація оголосила, що вона «тимчасово здійснює владні повноваження з метою забезпечення ефективного управління Іраком у перехідний період, відновлення умов безпеки і стабільності…».

146. Зміст листа від 8 травня 2003 року було враховано в Резолюції 1483 Ради Безпеки ООН, прийнятій 22 травня 2003 року. У цій резолюції роль із забезпечення безпеки, яку взяли на себе США і Сполучене Королівство, набула подальшого визнання завдяки заклику (в пункті 4 резолюції) до окупуючих держав «сприяти забезпеченню добробуту іракського народу за допомогою ефективного управління територією і, зокрема, за допомогою заходів, спрямованих на відновлення умов безпеки і стабільності…».

147. Протягом зазначеного періоду в розпорядженні командування Сполученого Королівства була багатонаціональна дивізія («Південь-схід»), до зони відповідальності якої входила провінція Аль-Басра, де загинули родичі заявників. Починаючи з 1 травня 2003 року, британські війська в Аль-Басрі виконували функції із забезпечення безпеки і надання підтримки цивільній адміністрації. Інші завдання Сполученого Королівства із забезпечення безпеки включали патрулювання, проведення арештів, анти-терористичних операцій, охорону порядку під час цивільних демонстрацій, захист найважливіших об'єктів життєзабезпечення населення та інфраструктури і охорону поліційних відділків.

148. У липні 2003 року було засновано Керівну раду Іраку. Коаліційна тимчасова адміністрація залишилася при владі, але була зобов'язана консультуватися з Керівною радою. У Резолюції 1511, прийнятій 16 жовтня 2003 року, Рада Безпеки Організації Об'єднаних Націй наголосила на тимчасовому характері здійснення Коаліційною тимчасовою адміністрацією повноважень і завдань, визначених у Резолюції 1483. Вона також санкціонувала «використання багатонаціональних сил під єдиним командуванням для вжиття всіх необхідних заходів зі сприяння підтриманню безпеки і стабільності в Іраку». У своїй Резолюції 1546, прийнятій 8 червня 2004 року, Рада Безпеки Організації Об'єднаних Націй схвалила «створення суверенного Тимчасового уряду Іраку…, який до 30 червня 2004 року візьме на себе всю відповідальність і повноваження з управління Іраком». Як свідчать подальші події, окупація закінчилася 28 червня 2004 року, коли всі повноваження з управління Іраком перейшли від Коаліційної тимчасової адміністрації до Тимчасового іракського уряду і Коаліційна тимчасова адміністрація припинила своє існування.

iii) Висновок щодо юрисдикції

149. Отже, очевидним є те, що після усунення баасистського режиму від влади Сполучене Королівство (разом зі Сполученими Штатами) взяло на себе в Іраку виконання деяких з публічно-

правових повноважень, які за звичайних обставин здійснює суверенний уряд, і виконувало ці повноваження до тих пір, поки не почав діяти Тимчасовий уряд. Зокрема, Сполучене Королівство взяло під свій контроль і відповідальність підтримання безпеки в південно-східному Іраку. За цих виняткових обставин Суд – з метою визначення наявності юрисдикційного зв'язку між загиблими і Сполученим Королівством для цілей статті 1 Конвенції – визнає, що мало місце здійснення Сполученим Королівством, через своїх військовослужбовців, залучених в операції із забезпечення безпеки в Басрі протягом періоду, про який йдеться, влади й контролю над особами, які загинули під час таких операцій.

150. У цьому контексті Суд нагадує, що загибель цих людей у справі, яка розглядається, сталася у відповідний період: син п'ятого заявника загинув 8 травня 2003 року; брати першого і четвертого заявників загинули в серпні 2003 року; син шостого заявника загинув у вересні 2003 року; і чоловік другої заявниці та дружина третього заявника загинули в листопаді 2003 року. Не заперечується той факт, що смерть родичів першого, другого, четвертого, п'ятого і шостого заявників сталася внаслідок дій британських військовослужбовців безпосередньо або приблизно в час проведення операцій із забезпечення безпеки, здійснюваних британськими військами в різних частинах міста Басри. Отже, у всіх цих випадках між Сполученим Королівством і загиблими існував юрисдикційний зв'язок для цілей статті 1 Конвенції. Дружина третього заявника загинула під час перестрілки між британськими військовослужбовцями і невідомими бойовиками і невідомо, якою стороною була випущена фатальна куля. На думку Суду, той факт, що загибель сталася під час британської операції із забезпечення безпеки, коли британські військовослужбовці здійснювали патрулювання неподалік дому заявника і вступили у фатальну перестрілку, означав, що між Сполученим Королівством і цією загиблою особою також існував юрисдикційний зв'язок.

(…)

177. У підсумку Суд констатує, що було порушено процесуальне зобов'язання за статтею 2 Конвенції стосовно першого, другого, третього, четвертого і п'ятого заявників». [Аль-Скейні та інші проти Сполученого Королівства (55721/07). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–117703]

438.3.2. Справа «Maskhadova and others v. Russia»

Фактичні обставини:

(достатньо повно викладені у рішенні ЄСПЛ)

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«189. Звертаючись до фактів справи, Суд буде посилатися на свої попередні висновки щодо загальної якості розслідування і не знаходить підстав ігнорувати результати конкретних слідчих дій або фактичних даних, на які вказав національний слідчий орган у своєму рішенні від 14 липня 2005 року. Він також зазначає, що в розслідуванні встановлено, що вранці 8 березня 2005 року Аслан Масхадов, утікач від правосуддя, якого обвинувачували в тероризмі і збройному заколоті, діючи разом зі своїми товаришами Хаджімурадовим і В. Л. Мердашевим, ховалися в підвалі будинку, що належить третій особі. Всі вони були озброєні, здатні надати збройний опір і не бажали здаватися. Під час обшуку будинку влада виявила люк підвалу, який, мабуть, був замкнений зсередини. Не знаючи, чи ховається хтось всередині, але маючи вагомі підстави підозрювати, що в підвалі, можливо, були озброєні повстанці, влада відкрила його, підірвавши вхід вибуховим зарядом невеликої потужності. Це призвело, зокрема, до випадкової смерті Аслана Масхадова.

(…)

191. На цьому тлі Суд вважає, що в цій справі владою [Росії] не було порушення основного аспекту статті 2 Конвенції». [Maskhadova and others v. Russia (18071/05). http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–120068]

438.3.3. Справа «Abdulkhanov and others v. Russia»

Фактичні обставини:

Заявники є жителями села Асланбек-Шеріпово Шатийского району в Чеченській Республіці (Чечня). Село розташоване в гірській місцевості в 60 км на південь від Грозного.

За словами заявників, на початку 2000 року старійшини відправилися на зустріч із командувачами російських збройних сил у селі Дай і отримали запевнення в тому, що по селу не будуть нанесені удари, якщо там відсутні озброєні бойовики. За словами заявників в Асланбек-Шерипов не було бойовиків. Заявники, таким чином, заявили, що бомбардування 17 лютого 2000 року стало неочікуваним для жителів. У результаті в цей день було вбито тридцять чоловік і двадцять п'ять поранено. Після цього жителі села залишилися у своїх підвалах протягом дня. Загинули вісімнадцять родичів заявників і троє заявників були поранені. Заявники скаржилися, що їх право на життя, а також право на життя їхніх родичів були порушені як з матеріальних, так і процесуальних аспектів статті 2 Конвенції.

Уряд наголошував, що «ситуація, що склалася в Чечні у відповідний час, передбачала виняткові заходи від імені держави з метою відновлення контролю над Республікою і придушення незаконного збройного заколоту. Ці заходи включають застосування військової авіації, оснащеної важкою бойовою зброєю. Однак у даному випадку не було належного вивчення питання про застосування смертельної сили. У зв'язку з цим Уряд визнав, що мало місце порушення права на життя як у його основних, так і в процедурних аспектах.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«51. Суд повторює, що стаття 2 Конвенції, яка захищає право на життя і встановлює обставини, при яких позбавлення життя може бути виправдане, вважається одним із найбільш основоположних положень Конвенції, від якого не допускається відступ. Разом зі статтею 3 Конвенції вона також закріплює одну з основних цінностей демократичних суспільств, що входять до складу Ради Європи. Тому обставини, при яких може бути виправдано позбавлення життя, повинні строго тлумачитися. Ці ж принципи застосовуються до нападу, у якому жертва виживає, але який через застосування смертоносної сили являє собою замах на вбивство.

52. Далі Суд повторює, що стаття 2 містить позитивний обов'язок процесуального характеру: вона має на увазі, що повинно бути якесь ефективне офіційне розслідування, коли окремі особи були вбиті в результаті застосування сили владою.

53. Сторони не заперечують, що заявники та їхні близькі родичі були жертвами застосування смертоносної сили, як описано вище, в результаті чого вісімнадцять із членів сім'ї заявників загинули і троє із заявників отримали поранення. Обидві сторони також визнають, що ніякого розслідування, здатного встановити обставини застосування смертоносної сили, не було.

54. Вищевикладені міркування є достатніми, щоб Суд міг зробити висновок про те, що мало місце порушення статті 2 Конвенції як у її основних, так і в процедурних аспектах». [Abdulkhanov and others v. Russia (22782/06) http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–126540]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 438 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

438.4.1. Диспозиція ст. 438 КК України побудована як бланкетна, що означає необхідність звертатися до норм міжнародного гуманітарного права та положень інших міжнародних договорів для виявлення змісту ознак складу цього злочину:

Об'єктом злочину є загальні правила поведінки керівників, службових осіб та військовослужбовців воюючих держав у їхніх взаємовідносинах з відповідними особами противника, а також у відносинах із цивільними особами в місцях чи у зв'язку ведення бойових дій.

(Див.: 438.1.12 – преамбула)

До предмета злочину належать:

1) засоби ведення війни, що заборонені міжнародним правом, а саме:

– лазерна зброя, спеціально призначена для використання у бойових діях виключно або в тому числі для того, щоб спричинити постійну сліпоту органам зору людини, яка не використовує оптичні пристрої, тобто незахищеним органам зору або органам зору, які мають пристрої для корекції зору *(див.: 438.1.20);*

– отрута та отруєна зброя *(див.: 438.1.24 – п. 2 xvii ст. 8; 438.1.4 – ст. 8)*;

– задушливі, отруйні або інші гази і будь-які аналогічні рідини, матеріали або засоби *(див.: 438.1.24 – п. 2xviii ст. 8; 439.1.1)*;

– кулі, які легко розриваються або сплющуються в тілі людини, такі як оболонкові кулі, тверда оболонка яких не покриває всього осердя або має надрізи *(див.: 438.1.24 – п. 2 xix ст. 8);*

– зброя, боєприпаси і техніка такого характеру, які викликають надмірні ушкодження чи невиправдані страждання або які є невибірковими за своєю суттю в порушення норм міжнародного права збройних конфліктів, за умови, що така зброя, такі боєприпаси, така техніка є предметом всеосяжної заборони *(див.: 438.1.18; 438.1.24 – п. 2 xx ст. 8)*.

2) об'єкти, що знаходяться під захистом норм міжнародного гуманітарного права, а саме:

– культурні цінності: історичні пам'ятки, твори мистецтва або місця відправлення культів, які є культурною або духовною спадщиною народів *(див.: 438.1.15; 438.1.16; 438.1.13 – ст. 53)*;

– стаціонарні установи та пересувні медичні формування медичної служби *(див.: 438.1.9 – ст. 19; 438.1.24 – п. 2ix ст. 8)*;

– плавучі госпіталі (госпітальні судна), прибережні рятувальні плавучі засоби, санітарні літальні апарати *(див.: 438.1.3; 438.1.9 – ст. 19; 438.1.10 – ст. 22–35; 438.1.13 – ст. 22–24)*;

– транспорт із пораненими та хворими або медичним обладнанням (санітарний транспорт) *(див.: 438.1.9 – ст. 35; 438.1.10 – ст. 38–40; 438.1.13 – ст. 21);*

– цивільні об'єкти, тобто об'єкти, які не є військовими цілями *(див.: 438.1.24 – п. 2ii ст. 8; 438.1.13 – ст. 52)*;

– об'єкти або транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги або в місії з підтримання миру відповідно до Статуту ООН *(див.: 438.1.24 – п. 2iii ст. 8)*;

– незахищені і такі, що не є військовими цілями міста, села, житла або будівлі *(див.: 438.1.24 – п. 2v ст. 8)*;

– будівлі, призначені для цілей релігії, освіти, мистецтва, науки або благодійності, за умови, що вони не є військовими цілями *(див.: 438.1.24 – п. 2ix ст. 8)*;

– історичні пам'ятники, за умови, що вони не є військовими цілями *(див.: 438.1.24 – п. 2ix ст. 8)*;

– місця зосередження хворих і поранених, за умови, що вони не є військовими цілями *(див.: 438.1.24 – п. 2ix ст. 8)*;

– майно ворога, за винятком випадків, коли його знищення або захоплення настійно диктуються військовою необхідністю *(див.: 438.1.24 – п. 2xiii ст. 8)*;

– будівлі, матеріали, медичні заклади та транспортні засоби, де використані відповідно до міжнародного права відмінні емблеми, встановлені Женевськими конвенціями *(див.: 438.1.24 – п. 2xxiv ст. 8)*;

– об'єкти, необхідні для виживання цивільного населення *(див.: 438.1.13 – ст. 54)*;

– установки і споруди, що містять небезпечні сили: греблі, дамби й атомні електростанції *(див.: 438.1.13 – ст. 56)*.

438.4.2. Потерпілими від порушення законів та звичаїв війни є особи, які знаходяться під захистом норм міжнародного гуманітарного права:

– ***поранені і хворі та особи, які зазнали корабельної аварії***, які належать до однієї з категорій комбатантів, указаних у ст. 13 Женевської конвенції I і в ст. 13 Женевської конвенції II *(див.: 438.1.9 – ст. 13; 438.1.10 – ст. 13)*;

– ***медичний персонал*** (включаючи прирівняних осіб), який займається виключно розшукуванням, підбиранням, транспортуванням або лікуванням поранених чи хворих або який запобігає захворюванням, особовий склад, який здійснює виключно керування медичними формуваннями та установам *(див.: 438.1.9 – ст. 24 і 26; 438.1.10 – ст. 36–37; 438.1.13 – п. «c» ст. 8)*;

– ***госпітальний персонал*** *(див.: 438.1.10 – ст. 36–37)*;

– ***духовний персонал***, який знаходиться при збройних силах *(див.: 438.1.9 – ст. 24; 438.1.10 – ст. 36–37; 438.1.13 – п. «c» ст. 8)*;

– ***персонал, задіяний у наданні гуманітарної допомоги або в місії з підтримання миру*** відповідно до Статуту ООН *(див.: 438.1.24 – п. 2iii ст. 8);*

– ***персонал, який використовує відповідно до міжнародного права відмінні емблеми, встановлені Женевськими конвенціями*** *(див.: 438.1.24 – п. 2xxiv ст. 8);*

– ***персонал плавучих госпіталів*** (госпітальних суден), прибережних рятувальних плавучих засобів, санітарних літальних апаратів *(438.1.13 – ст. 22)*;

– ***військовополонені***, тобто особи, які потрапили в полон до супротивника й належать до однієї з категорій комбатантів, вказаних у ст. 4 Женевської конвенції III *(див.: 438.1.11 – ст. 4)*. Якщо з'являється сумнів, чи належать особи, які брали участь у воєнних діях і потрапили до рук супротивника, до категорій, перелічених у ст. 4, то такі особи користуються захистом цієї Конвенції доти, доки їхній статус не буде визначений компетентним трибуналом *(див.: 438.1.11 – ст. 5)*.

– ***особи, які покидають на парашуті літальний апарат, що зазнає аварії***, – протягом свого спускання на землю (окрім особового складу повітряно-десантних військ) *(див.: 438.1.13 – ст. 42);*

– ***парламентер*** (особа, уповноважена однією з воюючих сторін вступити в переговори з іншою та яка рухається вперед з білим прапором), а також ***особи, що супроводжують парламентера*** (трубач, сурмач або барабанщик, особа, яка несе прапор і перекладач) *(див.: 438.1.3.4 – ст. 32);*

– ***цивільне населення як таке і окремі цивільні особи***, які не беруть безпосередньої участі у військових діях *(див.: 438.1.12 – ст. 4; 438.1.24 – п. 2(i) ст. 8; 438.1.13 – ст. 51)*.

У випадку вчинення так званих «серйозних порушень» *(див.: нижче п. 348.4.4)* стосовно вказаних осіб, вони визнаються потерпілими від воєнного злочину (порушення законів та звичаїв війни).

Шпигуни (особи, які, діючи таємно або обманним шляхом, збирають (чи намагаються збирати) відомості, що мають військове значення, на території, яка контролюється однією із конфліктуючих сторін, з метою подальшої передачі цієї інформації протилежній стороні *(див.: 438.1.4; 438.1.13)*) не мають права на статус комбатанта або військовополоненого (*див.: 438.1.4; 438.1.13*). Однак шпигун, який повернувся до своєї армії і згодом був захоплений ворогом, визнається військовополоненим і не несе жодної відповідальності за свої попередні акти шпіонажу *(див.: 438.1.4 – ст. 31)*;

Також найманці *(див.: 438.1.13 – ст. 47; 447.1.1)* не мають права на статус комбатанта або військовополоненого і підлягають кримінальному переслідуванню за свої дії, однак мають право на гуманне поводження. Їх покарання має бути призначено тільки за вироком компетентного судового органу.

У разі збройного конфлікту неміжнародного характеру під захистом Женевських конвенцій знаходяться особи, які не беруть активної участі у воєнних діях, зокрема особи зі складу збройних сил учасників такого збройного конфлікту, які склали зброю, а також ті, які припинили участь у воєнних діях у зв'язку з хворобою, пораненням, триманням під арештом чи з будь-якої іншої причини *(див.: 438.1.9 – п. 1 ст. 3)*. Серйозні порушення ст. 3, загальної для чотирьох Женевських конвенцій 1949 р. *(див.: 438.1.24 – пункт 2c ст. 8)*, а також інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються у збройних конфліктах неміжнародного характеру у встановлених рамках міжнародного права *(див.: 438.1.24 – пункт 2e ст. 8)* визнаються військовими злочинами.

Однак, оскільки ст. 348 КК України передбачає відповідальність лише за порушення законів та звичаїв війни (до якої прирівняні міжнародні збройні конфлікти без оголошення війни), особи, які постраждали в обстановці збройних конфліктів неміжнародного характеру, не визнаються потерпілими за даною нормою національного кримінального закону. Вчинені стосовно них дії, що передбачені ст. 3, загальною для чотирьох Женевських конвенцій 1949 р., а також інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються у збройних конфліктах неміжнародного характеру, мають кваліфікуватися за іншими статтями КК України: ст. 115, ст. 121, ст. 127, ст. 146, ст. 152 та іншими. Зрозуміло, що така ситуація має колізійний характер, зокрема, щодо узгодженості зі ст. 25 Римського статуту міжнародного кримінального суду, якою встановлено, що «стосовно злочинів, що підпадають під юрисдикцію Суду, не встановлюється ніякого терміну давності» *(див. додатково: 44.4.2 та 44.4.3)*.

438.4.3. До об'єктивної сторони злочину (ст.438 КК України) належать вказані в ній «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням», «застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом», «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

З великого масиву діянь, які заборонені міжнародним гуманітарним правом *(див.: 438.1.1–438.1.25)* лише так звані «серйозні порушення» належать до порушення законів та звичаїв війни – «воєнних злочинів». Їх ознаки (визначення) надані Женевськими конвенціями 1949 р. (далі, відповідно – Конвенція I, Конвенція II, Конвенція III, Конвенція IV), Додатковим протоколом I до них (далі – Протокол), Римським статутом міжнародного кримінального суду (далі – Римський статут). Тому для визначення ознак діянь, які являють собою «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням», «застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом» та «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» необхідно звертатися до вказаних конвенцій, Протоколу та Римського статуту.

При цьому слід мати на увазі, що вказані нижче діяння визнаються «серйозними порушеннями», тобто «воєнними злочинами», лише за умови, що вони вчинюються в обстановці ведення оголошеної війни чи будь-якого іншого збройного конфлікту *(див.: 438.4.6)* і стосовно осіб і об'єктів, що знаходяться під захистом зазначених міжнародних договорів *(див.: 438.1.1 і 438.1.2).* Наприклад, умисне вбивство кваліфікується не за ст. 115, а за ст. 438 КК України, якщо в умовах збройного конфлікту вбито військовополоненого, особу медичного персоналу, цивільну особу тощо. Так само знищення чи пошкодження майна кваліфікується не за ст. 195, а за ст. 438 КК України, якщо це об'єкти, необхідні для виживання цивільного населення, релігійні споруди тощо *(див.: 438.4.2)*.

A. Дія або бездіяльність «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням» (ч. 1 ст. 438 КК України):

a1 – здійснення стосовно особи, що перебуває під владою супротивної сторони, або інтернована, затримана чи яким-небудь іншим чином позбавлена свободи, медичної процедури, яка не вимагається за станом здоров'я зазначеної особи й не відповідає загальноприйнятим медичним нормам, що застосовуються за аналогічних, з медичної точки зору, обставин до громадян сторони, що проводить цю процедуру, які не позбавлені свободи в якій би то не було формі *(ст.11 Протоколу) (п. 2b-х ст. 8 Римського статуту)*;

a2 – тортури чи нелюдське поводження, включно із біологічними експериментами, умисним заподіянням тяжких страждань або серйозного тілесного ушкодження чи шкоди здоров'ю *(ст. 50 Конвенції I; ст. 51 Конвенції II; ст. 130 Конвенції III; ст. 147 Конвенції IV) (п. 2a-ii; п. 2a-iii ст. 8 Римського статуту)*.

B. Дія або бездіяльність «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, якщо вони поєднані з умисним вбивством» (ч. 2 ст. 438 КК України):

b1 – «умисне вбивство» *(ст.50 Конвенції I; ст. 51 Конвенції II; ст. 130 Конвенції III; ст. 147 Конвенції IV) (п. 2a-i ст. 8 Римського статуту)*;

b2 – «вероломное убийство или ранение лиц, принадлежащих к неприятельской нации или армии» *(п. 2b-xi ст. 8 Римського статуту)*.

C. Дія «застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом» (ч. 1 або ч. 2 ст. 438):

c1 – «применение оружия, боеприпасов и техники такого характера, которые вызывают чрезмерные повреждения или ненужные страдания или которые являются неизбирательными по своей сути в нарушение норм международного права вооруженных конфликтов, при условии, что такое оружие, такие боеприпасы, такая техника и такие методы ведения войны являются предметом всеобъемлющего запрещения и включены в приложение к настоящему Статуту» *(п. 2b-xx ст. 8 Римського статуту)*;

c2 – «применение пуль, которые легко разрываются или сплющиваются в теле человека, таких, как оболочечные пули, твердая оболочка которых не покрывает всего сердечника или имеет надрезы» *(п. 2b-xix ст. 8 Римського статуту)*;

c3 – «применение удушающих, ядовитых или других газов и любых аналогичных жидкостей, материалов или средств» *(n. 2b-xviii ст. 8 Римського статуту)*;

D. Дія «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» і які поєднані (ч. 2 ст. 438) чи не поєднані (ч. 1 або ч. 2 ст. 438) з умисним вбивством:

d1 – «вчинення нападу на особу, коли відомо, що вона припинила брати участь у воєнних діях» (*n.3e ст. 85 Протоколу I*);

d2 – «вчинення нападу на установки або споруди, що містять небезпечні сили, коли відомо, що такий напад стане причиною надмірних втрат життя, поранень серед цивільного населення або завдасть шкоди цивільним об'єктам» *(n.3c ст. 85 Протоколу)*;

d3 – «вчинення нападу невибіркового характеру, що торкається цивільного населення або цивільних об'єктів, коли відомо, що такий напад стане причиною надмірних втрат життів, поранень серед цивільного населення або завдасть шкоди цивільним об'єктам» (*n.3b ст. 85 Протоколу) (n. 2b-ii ст. 8 Римського статуту*);

d4 – «набор или вербовка детей в возрасте до пятнадцати лет в состав национальных вооруженных сил или их использование для активного участия в боевых действиях» (*n. 2b-xxvi ст. 8 Римського статуту*);

d5 – «нападение на незащищенные и не являющиеся военными целями города, деревни, жилища или здания или их обстрел с применением каких бы то ни было средств» (*n. 2b-v ст. 8 Римського статуту*);

d6 – «перетворення необоронних місцевостей і нейтральних зон на об'єкт нападу» (*n. 3d ст. 85 Протоколу*);

d7 – «перетворення цивільного населення або окремих цивільних осіб на об'єкт нападу» (*n. 3a ст. 85 Протоколу) (n. 2b-i ст. 8 Римського статуту*);

d8 – «применение методов ведения войны такого характера, которые вызывают чрезмерные повреждения или ненужные страдания или которые являются неизбирательными по своей сути в нарушение норм международного права вооруженных конфликтов, при условии, что такие методы ведения войны являются предметом всеобъемлющего запрещения и включены в приложение к настоящему Статуту» *(n. 2b-xx ст. 8 Римського статуту)*;

d9 – «убийство или ранение комбатанта, который, сложив оружие или не имея более средств защиты, безоговорочно сдался» *(n. 2b-vi ст. 8 Римського статуту)*;

d10 – «умышленное нанесение ударов по зданиям, материалам, медицинским учреждениям и транспортным средствам, а также персоналу, использующим в соответствии с международным правом отличительные эмблемы, установленные Женевскими конвенциями» *(n. 2b-xxiv ст. 8 Римського статуту)*;

d11 – «умышленное нанесение ударов по зданиям, предназначенным для целей религии, образования, искусства, науки или благотворительности, историческим памятникам, госпиталям и местам сосредоточения больных и раненых, при условии, что они не являются военными целями» *(n. 2b-ix ст. 8 Римського статуту)*;

d12 – «умышленное нанесение ударов по персоналу, объектам, материалам, подразделениям или транспортным средствам, задействованным в оказании гуманитарной помощи или в миссии по поддержанию мира в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций» *(n. 2b-iii ст. 8 Римського статуту)*;

d13 – «умышленное совершение действий, подвергающих гражданское население голоду, в качестве способа ведения войны путем лишения его предметов, необходимых для выживания, включая умышленное создание препятствий для предоставления помощи, как это предусмотрено в Женевских конвенциях» *(n. 2b-xxv ст. 8 Римського статуту)*;

d14 – «умышленное совершение нападения, когда известно, что такое нападение явится причиной случайной гибели или увечья гражданских лиц или ущерба гражданским объектам или обширного, долгосрочного и серьезного ущерба окружающей природной среде, который будет явно несоизмерим с конкретным и непосредственно ожидаемым общим военным превосходством» *(n. 2b-iv ст. 8 Римського статуту)*;

d15 – «ненадлежащее использование флага парламентера, флага или военных знаков различия и формы неприятеля или Организации Объединенных Наций, а также отличительных эмблем, установленных Женевскими конвенциями, следствием которого является смерть или причинение ущерба личности» *(п. 2b-vii ст. 8 Римського статуту*);

d16 – віроломне використання на порушення ст. 37 розпізнавальної емблеми Червоного Хреста, Червоного Півмісяця або Червоного Лева і Сонця, або інших захисних знаків, визнаних Конвенціями і цим Протоколом (*п.3f ст. 85 Протоколу I*). Віроломство – дії, спрямовані на те, щоб викликати довіру противника, примусити його повірити, що він має право на захист і зобов'язаний надати такий захист згідно з нормами міжнародного права, які застосовуються в період збройних конфліктів, з метою його обману. Заборонено вбивати, завдавати поранення або брати в полон противника, вдаючись до віроломства.

Е. Дія «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» (ч. 1 ст. 438):

e1 – «примус військовополоненого служити в збройних силах ворожої держави» *(ст.130 Конвенції III; ст. 147 Конвенції IV) (п. 2a-v ст. 8 Римського статуту);*

e2 – «взяття заручників» (*ст.147 Конвенції IV) (п. 2a-viii ст. 8 Римського статуту)*;

e3 – «депортація чи переміщення всього або частини населення окупованої території у межах цієї території чи за її межі» (*п.4a ст. 85 Протоколу I) (п. 2b-viii ст. 8 Римського статуту*);

e4 – «застосування практики апартеїду інших негуманних і принижуючих дій, заснованих на расовій дискримінації, які зневажають гідність особи» *(п.4c ст. 85 Протоколу I)*;

e5 – «заявление о том, что пощады не будет» *(п. 2b-xii ст. 8 Римського статуту)*;

e6 – «изнасилование, обращение в сексуальное рабство, принуждение к проституции, принудительная беременность, принудительная стерилизация и любые другие виды сексуального насилия» *(п. 2b-xxii ст. 8 Римського статуту);*

e7 – «использование присутствия гражданского лица или другого охраняемого лица для защиты от военных действий определенных пунктов, районов или вооруженных сил» *(п. 2b-xxiii ст. 8 Римського статуту)*;

e8 – «невиправдана затримка репатріації військовополонених або цивільних осіб» (*п.4b ст. 85 Протоколу*);

e9 – «незаконна депортація чи переміщення окупуючою державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію або депортація чи переміщення всього або частини населення окупованої території у межах цієї території чи за її межі» (*ст.147 Конвенції IV) (п.4a ст. 85 Протоколу I) (п. 2a-vii ст. 8 Римського статуту*);

e10 – «незаконне позбавлення волі особи, що перебуває під захистом» (ст.147 Конвенції IV) (п. 2a-ii ст. 8 Римського статуту);

e11 – «объявление отмененными, приостановленными или недопустимыми в суде прав и исков граждан противной стороны» (*п. 2b-xiv ст. 8 Римського статуту*);

e13 – «переміщення окупуючою державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію» (*п.4a ст. 85 Протоколу) (п. 2b-viii ст. 8 Римського статуту*);

e14 – перетворення ясно розпізнаних історичних пам'яток, творів мистецтва або місць відправлення культу, які є культурною або духовною спадщиною народів і яким спеціальною угодою, укладеною, наприклад, у рамках компетентної організації, надається особливий захист на об'єкт нападу, внаслідок чого вони зазнають великих руйнувань, коли немає свідчень про порушення супротивною стороною п. b ст. 53, і коли такі історичні пам'ятки, твори мистецтва та місця відправлення культу не розміщені поблизу воєнних об'єктів (*п.4d ст. 85 Протоколу*);

e15 – позбавлення осіб, які користуються захистом, права на неупереджене й нормальне судочинство (*ст.130 Конвенції III; ст. 147 Конвенції IV) (п.4e ст. 85 Протоколу I) (п. 2a-vi ст. 8 Римського статуту*);

e16 – «посягательство на человеческое достоинство, в частности оскорбительное и унижающее обращение» (*п. 2b-xxi ст. 8 Римського статуту*);

e17 – «принуждение граждан противной стороны к участию в военных действиях против их собственной страны, даже если они находились на службе воюющей стороны до начала войны» (*п. 2b-xv ст. 8 Римського статуту*);

e18 – «разграбление города или населенного пункта, даже если он захвачен штурмом» (*п.2b-xvi ст. 8 Римського статуту*);

e19 – «уничтожение или захват имущества неприятеля, за исключением случаев, когда такое уничтожение или захват настоятельно диктуются военной необходимостью» (*п. 2b-xiii ст. 8 Римського статуту*);

e20 – широкомасштабне руйнування і привласнення власності, не виправдане воєнною необхідністю, і здійснюване незаконним чином і безцільно (*ст.50 Конвенції I; ст. 51 Конвенції II; ст. 130 Конвенції III; ст. 147 Конвенції IV) (п. 2a-iv ст. 8 Римського статуту*).

438.4.4. Не належать до об'єктивної сторони злочину (ст. 438 КК України) дії, які хоча і заборонені нормами міжнародного гуманітарного права, але не визнані Женевськими конвенціями 1949 р., протоколом I до них, а також Римським статутом, такими, що належать до «серйозних порушень» законів та звичаїв війни, тобто до «воєнних злочинів». Тому, наприклад, використання мін, які автоматично вибухають від зіткнення, з єдиною метою переривати торговельне мореплавство, є порушенням законів війни, а саме: застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом (див.: 438.1.6). Однак такі дії не можуть кваліфікуватися за ст. 438 КК України.

Принагідно зауважимо, що так само розграбування національних цінностей на окупованій території є діями, які заборонені міжнародним гуманітарним правом (*див.: 438.1.13 – ст. 53; 438.1.15 і 438.1.16*), однак не визнані «серйозним порушенням» і тому не належать до воєнних злочинів. Тому видається невиправданим рішення законодавця включити вказані дії до диспозиції ч. 1 ст. 438 КК України.

Ще менше підстав визнавати кримінально караним порушенням законів та звичаїв війни такі дії, як «вигнання цивільного населення для примусових робіт». Женевська Конвенція (IV) про захист цивільного населення під час війни не тільки не забороняє, а навпаки дозволяє (з певними обмеженнями) залучати цивільне населення на примусових роботах *(див.: 438.1.12 – ст. 40).*

438.4.5. Не належать до об'єктивної сторони злочину (ст.438 КК України) знищення з використанням незаборонених засобів та методів ведення війни військовослужбовців збройних сил супротивників, знищення чи захоплення зброї, боєприпасів і воєнної техніки, воєнних об'єктів ворожих збройних сил. Такі дії не заборонені Женевським конвенціями 1949 р., протоколами до них, Римським статутом і не тільки не визнаються воєнними злочинами, але також не можуть бути підставою притягнення до відповідальності за так звані загальнокримінальні злочини (вбивство, тяжкі тілесні ушкодження, знищення майна тощо). Взяті у полон військовополонені не підлягають кримінальної відповідальності за знищення особового складу збройних сил держави, в полон до якої вони потрапили, а після закінчення війни (збройного конфлікту) підлягають звільненню і репатріації.

(Див.: 438.1.9–438.1.12; 438.2.1; 438.3.2)

438.4.6. Статтею 438 КК України охоплюється застосування <u>засобів</u> ведення війни (отрути, отруйних газів, певних боєприпасів тощо), які заборонені як міжнародними договорами, так і звичаєвими нормами міжнародного права. Натомість за ст. 438 КК України кваліфікується застосування лише таких <u>методів</u> ведення війни (інші порушення законів та звичаїв війни), які заборонені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

438.4.7. Порушення законів та звичаїв війни як вони визначені міжнародним гуманітарним правом визнаються воєнними злочинами, якщо відповідні діяння вчинені в умовах оголошеної війни чи будь-якого іншого міжнародного збройного конфлікту. Тому обов'язковою ознакою розглядуваного злочину (ст.438 КК України) є обстановка війни чи будь-якого іншого збройного конфлікту, що може виникнути між двома чи більше державами, навіть якщо одна з них не визнає стану війни.

(Див.: 438.1.10–438.1.12 (спільна для них ст. 2)

438.4.8. Місцем вчинення злочину (ст.438 КК України) у формі розграбування національних цінностей є окупована територія: тимчасово зайнята збройними силами сторони, що воює, у збройному конфлікті міжнародного характеру частина або вся територія супротивника на період ведення воєнних дій. Воєнна окупація не тягне за собою позбавлення суверенітету окупованої території. Відповідно до положень Протоколу про захист культурних цінностей у випад-

ку збройного конфлікту держава-окупант зобов'язується запобігати вивезенню з території, окупованої нею під час збройного конфлікту, культурних цінностей.

(Див.: 438.1.17, а також 438.4.4)

438.4.9. Наявність в Особливій частині Кримінального кодексу України двох різних статей (ст.434 і ст. 438), що передбачають відповідальність за жорстоке поводження з військовополоненими утворює колізію вказаних кримінально правових норм, яка з огляду на ч. 5 ст. 3 КК має бути вирішена на користь кваліфікації таких діянь за ст. 438 КК України.

(Див., також: 44.4.3)

438.4.10. Порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, якщо відповідні діяння мають одночасно ознаки екоциду та (або) геноциду, утворює сукупність злочинів, передбачених статтями 438, 441 і 442 КК України.

(Див.: 438.1.13 – ст. 35; 438.1.34 – п. 2b iv ст. 8)

438.4.11. Затримання під час війни (збройного конфлікту) цивільних осіб, а також взяття у полон комбатантів, мають відповідати як нормам міжнародного гуманітарного права, так і основній меті п. 1 ст. 5 Конвенції щодо захисту особи від свавілля.

(Див.: 438.2.1 – a.124 та п. 125)

Наприклад, затримання особи з наступним триманням під вартою за підозрою у шпіонажі на користь противника не суперечить положенням Женевських конвенцій 1949 р., але може бути визнано ЄСПЛ порушенням ст. 5 Конвенції, якщо буде доведена відсутність будь-яких підстав для звинувачення у шпіонажі.

438.4.12. Визнання судом особи винною у вчинені діянь, які помилково були кваліфіковані як загальнокримінальні злочини (вбивство та тяжкі тілесні ушкодження), із застосуванням до неї акту амністії, не перешкоджає новому судовому розгляду та засудженню за ці самі діяння, кваліфіковані як порушення законів та звичаїв війни.

(Див.: 85.4.1)

438.4.13. Жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, а також інші діяння, передбачені ст. 438 КК України під час збройного конфлікту та на окупованих територіях, якщо такі діяння мають ознаки порушення положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, продовжують знаходитися в юрисдикції ЄСПЛ, – навіть у випадках, коли відповіді території знаходяться за межами Європи.

(Див.: 438.2.1; 438.2.2; 438.3.1)

Такі діяння можуть розглядатися Міжнародним кримінальним судом та (або) Європейським судом з прав людини.

438.4.14. Насильство над особами, які не беруть активної участі у воєнних діях під час збройного конфлікту, що не має міжнародного характеру, оцінюється ЄСПЛ як порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

(Див.: 438.3.3)

435.4.15. Не утворюють складу цього злочину діяння, зазначені у диспозиції ч. 1 ст. 438 КК України, якщо вони вчинені під час застосування зброї в обстановці порушення внутрішнього порядку та виникнення обстановки внутрішньої напруженості, таких як безпорядки, окремі й спорадичні акти насильства та інші акти аналогічного характеру, оскільки вони не є збройними конфліктами.

(Див.: 438.1.14 – ч. 2 ст. 1)

Такі діяння слід кваліфікувати за статями інших розділів Особливої частини КК України: ст. 115, ст. 152, ст. 194 тощо (за умови наявності всіх ознак відповідного складу злочину).

438.4.16. Незастосування на підставі норм міжнародного права та ч. 5 ст. 49 КК України строків давності стосовно порушення законів та звичаїв війни не порушує право особи «на спра-

ведливий і публічний розгляд її справи упродовж розумного строку», як це встановлено ч. 1 ст. 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

(Див.: 44.4.4)

438.4.17. Кримінальне переслідування осіб за воєнні злочини, вчинені ними під час Другої світової війни (1939–1945 р.), є дозволеним міжнародним правом винятком з принципу заборони зворотної сили кримінального закону, що встановлює злочинність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи.

(Див.: 4.4.4).

438.4.18. Якщо віроломне під прикриття використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала вбивство, поранення противника або взяття його в полон вчинене під час ведення збройного конфлікту неміжнародного характеру, такі дії кваліфікуються за ст. 435 (за наявності обов'язкових ознак складу цього злочину (див. 445.4.3) чи за ст. 445 КК України, – якщо відсутні ознаки складу злочину, передбаченого ст. 435 КК України. Однак у будь-якому випадку заподіяння при цьому потерпілому смерті чи тяжкого тілесного ушкодження вимагає додаткового застосування, відповідно, ст. 115 або ст. 121 КК України.

(Див.: 445.4.4)

438.4.19. Міжнародне гуманітарне право окремо виділяє збройні конфлікти неміжнародного характеру – тривалі та інтенсивні збройні зіткнення, що відбуваються на території держави між її збройними силами або іншими організованими збройними групами, які, перебуваючи під відповідальним командуванням, контролюють частину її території, що дає їм змогу здійснювати безперервні й погоджені воєнні дії (див. 438.1.14 – ст. 1). Певні діяння, вчинені під час збройних конфліктів неміжнародного характеру, міжнародним гуманітарним правом визнаються воєнними злочинами (див., зокрема: 438.1.24 – ст. 8, пункти «c» і «e»). Однак відповідно до змісту (редакції) ст. 438 КК України порушення законів та звичаїв війни, вчинені під час збройних конфліктів неміжнародного характеру, не утворюють складу цього злочину. Така ситуація має значний потенціал щодо скарг до ЄСПЛ та Міжнародного кримінального суду.

Стаття 439. Застосування зброї масового знищення

1. Застосування зброї масового знищення, забороненої міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, –

карається позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

Стаття 440. Розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення

Розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення, забороненої міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до десяти років.

§1. Норми міжнародного права
щодо зброї масового знищення

439.1.1. Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних або інших подібних газів та бактеріологічних засобів

(Ліга Націй, від 17.06.1925)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«Нижеподписавшиеся уполномоченные от имени своих соответственных Правительств:

считая, что применение на войне удушающих, ядовитых или других подобных газов, равно как и всяких аналогичных жидкостей, веществ и процессов, справедливо было осуждено общественным мнением цивилизованного мира;

считая, что запрещение этого применения было сформулировано в договорах, участниками коих является большинство держав мира;

в целях повсеместного признания вошедшим в международное право сего запрещения, равно обязательного для совести и практики народов;

заявляют:

что Высокие Договаривающиеся Стороны, поскольку они не состоят уже участниками договоров, запрещающих это применение, признают это запрещение, соглашаются распространить это запрещение на бактериологические средства ведения войны и договариваются считать себя связанными по отношению друг к другу условиями этой Декларации». [Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних або інших подібних газів та бактеріологічних засобів Женева, 17 червня 1925 року. (Ліга Націй, від 17.06.1925). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_198]

439.1.2. Договір про нерозповсюдження ядерної зброї

(ООН, від 01.07.1968)

(приєднання Законом від 16.11.1994)

«***Стаття I***

Кожна з держав-учасниць цього Договору, що володіє ядерною зброєю, зобов'язується не передавати будь-кому ядерну зброю або інші ядерні вибухові пристрої, а також контроль над такою зброєю чи вибуховими пристроями ні безпосередньо, ні посередньо, рівно як і ніяким чином не допомагати, не заохочувати і не спонукати будь-яку державу, що не володіє ядерною зброєю, до виробництва або придбання у будь-який інший спосіб ядерної зброї чи інших ядерних вибухових пристроїв, а також контролю над такою зброєю чи вибуховими пристроями.

Стаття II

Кожна з держав-учасниць цього Договору, що не володіє ядерною зброєю, зобов'язується не приймати передачі від кого б то не було ядерної зброї чи інших ядерних вибухових пристроїв, а також контролю над такою зброєю або вибуховими пристроями ні безпосередньо, ні посередньо; не виробляти та не придбавати у будь-який інший спосіб ядерну зброю або інші ядерні вибухові пристрої, рівно як і не добиватися та не приймати будь-якої допомоги у виробництві ядерної зброї чи інших ядерних вибухових пристроїв.

(…)

Стаття IV

(1) Жодне з положень цього Договору не належить тлумачити як таке, що зачіпає невід'ємне право всіх Учасників Договору розвивати дослідження, виробництво та використання ядерної енергії в мирних цілях без дискримінації і відповідно до статей I та II цього Договору». [Договір про нерозповсюдження ядерної зброї. (ООН, від 01.07.1968). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_098/]

439.1.3. Договір про заборону розміщення на дні морів і океанів та в його надрах ядерної зброї та інших видів зброї масового знищення

(ООН, від 11.02.1971)

(див.: 0.4.2)

«***Статья 1***

1. Государства-участники настоящего Договора обязуются не устанавливать и не размещать на дне морей и океанов и в его недрах за внешним пределом зоны морского дна, как она определена в статье II, какое-либо ядерное оружие или любые другие виды оружия массового уничтожения, а также сооружения, пусковые установки и любые другие устройства, специально предназначенные для хранения, испытания или применения такого оружия». [Договір про заборону розміщення на дні морів і океанів та в його надрах ядерної зброї та інших видів зброї масового знищення. (ООН, від 11.02.1971). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_385]

439.1.4. Договір про всеосяжну заборону ядерних випробувань

(ООН, від 24.09.1996)

(ратифіковано Законом від 16.11.2000)

«***Статья I. Основные обязательства***

1. Каждое государство-участник обязуется не производить любой испытательный взрыв ядерного оружия и любой другой ядерный взрыв, а также запретить и предотвращать любой такой ядерный взрыв в любом месте, находящемся под его юрисдикцией или контролем.

2. Каждое государство-участник обязуется далее воздерживаться от побуждения, поощрения или какого-либо участия в проведении любого испытательного взрыва ядерного оружия и любого другого ядерного взрыва.

(…)

Статья III. Национальные меры по осуществлению

1. Каждое государство-участник в соответствии со своими конституционными процедурами принимает любые необходимые меры по выполнению своих обязательств по настоящему Договору. В частности, оно принимает любые необходимые меры, чтобы:

a) запретить физическим и юридическим лицам где бы то ни было на его территории или в любом другом месте, находящемся под его юрисдикцией, как это признано международным правом, заниматься любой деятельностью, запрещенной государству-участнику по настоящему Договору;

b) запретить физическим и юридическим лицам заниматься любой такой деятельностью где бы то ни было под его контролем; и

c) запретить в соответствии с международным правом физическим лицам, обладающим его гражданством, заниматься любой такой деятельностью где бы то ни было». [Договір про всеосяжну заборону ядерних випробувань. (ООН, від 24.09.1996). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_372]

439.1.5. Конвенція про заборону розробки, виробництва та накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) і токсинної зброї та про їх знищення

(ООН, від 10.04.1972)

(ратифіковано Указом ПВР від 21.02.1988)

«Государства – участники настоящей Конвенции,

(…)

Преисполненные решимости ради всего человечества полностью исключить возможность использования бактериологических (биологических) агентов или токсинов в качестве оружия,

Будучи убеждены, что такое использование противоречило бы совести человечества и что не следует жалеть никаких усилий для уменьшения этой опасности,

Согласились о нижеследующем:

Статья I

Каждое государство-участник настоящей Конвенции обязуется никогда, ни при каких обстоятельствах не разрабатывать, не производить, не накапливать, не приобретать каким-либо иным образом и не сохранять:

(1) Микробиологические или другие биологические агенты или токсины, каково бы ни было их происхождение или метод производства, таких видов и в таких количествах, которые не имеют назначения для профилактических, защитных или других мирных целей;

(2) Оружие, оборудование или средства доставки, предназначенные для использования таких агентов или токсинов во враждебных целях или в вооруженных конфликтах». [Конвенція про заборону розробки, виробництва та накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) і токсинної зброї та про їх знищення. (ООН, від 10.04.1972). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_054]

439.1.6. Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення

(ООН, від 13.01.1993)

(ратифіковано Законом 187-XIV від 16.10.1998)

«Держави-учасниці цієї Конвенції,

(…)

сповнені рішучості в інтересах всього людства повністю виключити можливість застосування хімічної зброї шляхом здійснення положень цієї Конвенції, доповнюючи таким чином зобов'язання, взяті за Женевським протоколом 1925 року,

(…)

впевнені, що повна та ефективна заборона розробки, виробництва, придбання, накопичення, зберігання, передавання і застосування хімічної зброї та її знищення є необхідним кроком на шляху досягнення цих загальних цілей,

погодились про таке:

Стаття I. Загальні зобов'язання

1. Кожна держава-учасниця цієї Конвенції зобов'язується ніколи, ні за яких умов:

a) не розробляти, не виробляти, не придбавати іншим чином, не накопичувати або не зберігати хімічну зброю або не передавати прямо чи непрямо хімічну зброю будь-кому;

b) не застосовувати хімічну зброю;

c) не проводити будь-яких військових підготувань до застосування хімічної зброї;

d) не допомагати, не заохочувати або не спонукати будь-яким чином будь-кого до будь-якої діяльності, яка забороняється державі-учасниці цією Конвенцією.

(…)

5. Кожна держава-учасниця зобов'язується не використовувати хімічні засоби боротьби з заворушеннями як засоби ведення війни.

Стаття II. Визначення та критерії

Для цілей цієї Конвенції:

1. «Хімічна зброя» означає у сукупності чи зокрема таке:

a) токсичні хімікати та їх прекурсори, за винятком тих випадків, коли вони мають призначення для цілей, які не забороняються цією Конвенцією, за умов, що їх види та кількості відповідають таким цілям;

b) боєприпаси та пристрої, спеціально призначені для смертельного ураження або заподіяння іншої шкоди за рахунок токсичних властивостей, зазначених у підпункті a) токсичних хімікатів, які вивільняються у результаті використання таких боєприпасів та пристроїв;

c) будь-яке обладнання, спеціально призначене для використання безпосередньо у зв'язку із застосуванням боєприпасів та пристроїв, які зазначені в підпункті b).

2. «Токсичний хімікат» означає:

будь-який хімікат, який за рахунок свого хімічного впливу на життєві процеси може призвести до смертельного наслідку, тимчасової недієздатності або заподіяти довготривалу шкоду людині чи тваринам. До них належать усі такі хімікати, незалежно від їх походження чи способу їх виробництва і незалежно від того, чи вироблені вони на об'єктах, у боєприпасах чи десь в іншому місці.

(Для мети здійснення цієї Конвенції токсичні хімікати, які визначені для застосування заходів перевірки, перераховуються у списках, що містяться у Додатку з хімікатів).

3. «Прекурсор» означає:

будь-який хімічний реагент, задіяний у будь-якій стадії виробництва токсичного хімікату, будь-яким чином. Сюди входить будь-який ключовий компонент бінарної чи багатокомпонентної хімічної системи.

(Для мети здійснення цієї Конвенції прекурсори, які виявлені для визначення заходів перевірки, перераховуються у списках, що містяться у Додатку з хімікатів).

(…)

7. «Хімічний засіб боротьби з заворушеннями» означає:

будь-який не включений до списків хімікат, здатний швидко викликати в організмі людини подразнення органів чуття або фізичні розлади, які зникають через короткий відрізок часу після закінчення дії.

(…)

9. «Цілі, що не забороняються цією Конвенцією», означають:

a) промислові, сільськогосподарські, дослідні, медичні, фармацевтичні або інші мирні цілі;

b) захисні цілі, а саме цілі, безпосередньо пов'язані з захистом від токсичних хімікатів та з захистом від хімічної зброї;

c) воєнні цілі, не пов'язані із застосуванням хімічної зброї, і які не залежать від використання токсичних властивостей хімікатів як засобів ведення війни;

d) правоохоронні цілі, включаючи боротьбу з заворушеннями у країні.

(…)

11. «Організація» означає Організацію по забороні хімічної зброї, що засновується відповідно до статті VIII цієї Конвенції.

12. Для цілей статті VI:

a) «Виробництво» хімікату означає його утворення шляхом хімічної реакції;

b) «Переробка» хімікату означає фізичний процес, наприклад, формулювання, екстракцію та очищення, під час якого хімікат не перетворюється в інший хімікат;

c) «Витрата» хімікату означає його перетворення в інший хімікат шляхом хімічної реакції.

(…)

Стаття VII. Національні заходи щодо здійснення

Загальні зобов'язання

1. Кожна держава-учасниця відповідно до своїх конституційних процедур вживає необхідних заходів для виконання своїх зобов'язань, що випливають з цієї Конвенції. Зокрема, вона:

a) забороняє фізичним та юридичним особам, які знаходяться будь-де на її території або в будь-якому іншому місці під її юрисдикцією, як це визнано міжнародним правом, проводити будь-яку діяльність, що забороняється державі-учасниці цією Конвенцією, в тому числі приймає кримінальне законодавство стосовно такої діяльності;

b) не дозволяє проводити у будь-якому місці під її контролем будь-яку діяльність, що забороняється державі-учасниці цією Конвенцією; і

c) поширює своє кримінальне законодавство, що прийнято згідно з підпунктом a), на будь-яку діяльність, що забороняється державі-учасниці цією Конвенцією, яка проводиться будь-де фізичними особами, які мають її громадянство згідно з міжнародним правом». [Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення. (ООН, від 13.01.1993). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_182]

439.1.7. Резолюція 60/88, прийнята Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй, «Конвенція про заборону застосування ядерної зброї»

(ООН, від 08.12.2005)

(див.: 0.4.1 та 0.4.2)

«Генеральная Ассамблея,

будучи убеждена, что применение ядерного оружия создает наибольшую угрозу выживанию человечества,

(…)

отмечая с сожалением, что Конференция по разоружению на своей сессии 2005 года не смогла приступить к переговорам по этому вопросу, просьба о начале которых содержалась в резолюции 59/102 Генеральной Ассамблеи от 3 декабря 2004 года,

1. вновь просит Конференцию по разоружению начать переговоры в целях достижения договоренности о международной конвенции, запрещающей применение ядерного оружия и угрозу его применения при любых обстоятельствах;

2. просит Конференцию по разоружению представить Генеральной Ассамблее доклад о результатах этих переговоров». [Резолюція 60/88, прийнята Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй, «Конвенція про заборону застосування ядерної зброї». (ООН, від 08.12.2005). http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_e08]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права в контексті статей 439–440 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

439.4.1. Предметом злочинну, передбаченого ст. 440 КК України, є ядерна зброя, хімічна зброя, біологічна (бактеріологічна) зброя.

Міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, заборонено розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування таких видів зброї масового знищення:

Ядерна зброя. Визначення ядерної зброї міжнародні договори не містять, однак забороняють її розроблення та виготовлення країнами-учасницями Договору про нерозповсюдження ядерної зброї, які не володіють ядерною зброєю. Країни, які володіють ядерною зброєю (США, РФ, Китай, Велика Британія, Франція) взяли на себе зобов'язання не передавати будь-кому ядерну зброю і не проводити її випробування *(див.: 430.1.2)*.

Хімічна зброя. Означає у сукупності чи зокрема таке:

a) токсичні хімікати та їх прекурсори, за винятком тих випадків, коли вони мають призначення для цілей, які не забороняються;

b) боєприпаси та пристрої, спеціально призначені для смертельного ураження або заподіяння іншої шкоди за рахунок токсичних властивостей, зазначених у підпункті a) токсичних хімікатів, які вивільняються у результаті використання таких боєприпасів та пристроїв;

c) будь-яке обладнання, спеціально призначене для використання безпосередньо у зв'язку із застосуванням боєприпасів та пристроїв, які зазначені в підпункті b).

Країни-учасниці Конвенції взяли на себе зобов'язання не розробляти, не виробляти, не придбавати іншим чином, не накопичувати або не зберігати хімічну зброю або не передавати прямо чи непрямо хімічну зброю будь-кому *(див.: 439.1.6 – п. 1a ст. 1)*.

Біологічна (бактеріологічна зброя). Означає у сукупності чи зокрема таке:

(1) Мікробіологічні або інші біологічні агенти або токсини, яке б не було їх походження або метод виробництва, таких видів і в таких кількостях, які не мають призначення для профілактичних, захисних або інших мирних цілей;

(2) Зброя, обладнання або засоби доставки, призначені для використання таких агентів або токсинів у ворожих цілях або в збройних конфліктах.

Країни-учасниці Конвенції зобов'язалися ніколи, ні за яких обставин не розробляти, не виробляти, не накопичувати, не купувати будь-яким іншим чином і не зберігати бактеріологічну (біологічну) і токсинну зброю *(див.: 439.1.1; 439.1.5)*.

439.1.2. Предметом злочину, передбаченого ст. 439 КК України, виступає хімічна зброя і біологічна (бактеріологічна) зброя.

Хімічна зброя. Країни-учасниці Конвенції взяли на себе зобов'язання не застосовувати хімічну зброю *(див.: 439.1.6 – п. 1b ст. 1)*.

Біологічна (бактеріологічна зброя). Країни-учасниці Конвенції погодилися розповсюдити заборону застосування бактеріологічних засобів ведення війни *(див.: 439.1.1)*.

НЕ належить до предмету цього злочину ядерна зброя, оскільки на цей час відсутні міжнародні договори, які б забороняли застосування ядерної зброї *(див.: 439.1.7)*.

349.4.3. До суб'єктів злочину, передбаченого ст. 439 КК України, належать особи, які безпосередньо застосували хімічну або (та) біологічну зброю, а також особи, що надали відповідний наказ – вищі керівники держави чи збройних сил держави, яка застосувала зброю масового знищення.

439.4.4. Стосовно інших видів зброї, яка призначена й потенційно здатна заподіяти масові людські втрати та руйнування (геофізична зброя, метеорологічна зброя, генетична зброя тощо), відсутні як беззаперечні дані щодо наявності придатних для використання зразків таких видів зброї, так і міжнародні договори про їх заборону.

Стаття 441. Екоцид

Масове знищення рослинного або тваринного світу, отруєння атмосфери або водних ресурсів, а також вчинення інших дій, що можуть спричинити екологічну катастрофу, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

§1. Норми міжнародного права
щодо переслідування екоциду

441.1.1. Конвенція про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище

(ООН, від 18.05.1977)
(ратифіковано Указом ПВР 25.05.1978)
«***Статья I***

1. Каждое государство – участник настоящей Конвенции обязуется не прибегать к военному или любому иному враждебному использованию средств воздействия на природную среду, которые имеют широкие, долгосрочные или серьезные последствия, в качестве способов разрушения, нанесения ущерба или причинения вреда любому другому государству-участнику.

2. Каждое государство – участник настоящей Конвенции обязуется не помогать, не поощрять и не побуждать любое государство, группу государств или международную организацию к осуществлению деятельности, противоречащей положениям пункта 1 настоящей статьи.

Статья II

Используемый в статье I термин «средства воздействия на природную среду» относится к любым средствам для изменения – путем преднамеренного управления природными процессами – динамики, состава или структуры Земли, включая ее биоту, литосферу, гидросферу и атмосферу, или космического пространства.

Статья IV

Каждое государство – участник настоящей Конвенции обязуется принять любые меры, которые оно сочтет необходимыми в соответствии со своими конституционными процедурами, по запрещению и предотвращению любой деятельности, противоречащей положениям настоящей Конвенции, под его юрисдикцией или под его контролем где бы то ни было». [Конвенція про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище (ООН, від 18.05.1977). http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_258]

441.1.2. Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів

(ООН, від 08.06.1977)
(ратифіковано Указом ПВР № 7960-XI від 18.08.1989)
«***Стаття 55. Захист природного середовища***

1. При веденні воєнних дій має бути виявлена турбота про захист природного середовища від широкої, довгочасної і серйозної шкоди. Такий захист включає заборону використання методів або засобів ведення війни, що мають на меті завдати або, як можна очікувати, завдадуть такої шкоди природному середовищу й тим самим завдадуть шкоди здоров'ю або виживанню населення.

2. Заподіяння шкоди природному середовищу як репресалій заборонено». [Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (ООН, від 08.06.1977). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_199]

441.1.3. Договір про принципи діяльності держав по дослідженню і використанню космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла

(ООН, від 27.01.1967)
(приєднання, Указ ПВР від 22.05.1967)
«***Стаття II***

Космічний простір, включаючи Місяць та інші небесні тіла, не підлягає національному присвоєнню ані шляхом проголошення на них суверенітету, ані шляхом використання або окупації, ані будь-якими іншими засобами.

(…)

Стаття IX

При дослідженні і використанні космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла, держави-учасниці Договору повинні керуватися принципом співробітництва і взаємної допомоги

і повинні проводити всю свою діяльність у космічному просторі, включаючи Місяць та інші небесні тіла, з належним урахуванням відповідних інтересів усіх інших держав-учасниць Договору. Держави-учасниці Договору проводять вивчення і дослідження космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла, таким чином, щоб уникати їх шкідливого забруднення, а також несприятливих змін земного середовища внаслідок доставки позаземної речовини, і з цією метою, у разі необхідності, вживають відповідних заходів». [Договір про принципи діяльності держав по дослідженню і використанню космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла (ООН, від 27.01.1967). http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_480]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права в контексті ст. 441 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

441.4.1. Конкретизувати коло предметів цього злочину дозволяють положення міжнародних договорів.

(Див.: 441.1.1)

Безпосередньо у диспозиції ст. 441 КК України вказані чотири предмети злочину: рослинний світ; тваринний світ, атмосфера; водні ресурси. Однак цей перелік не є закритим (вичерпним), на що вказують слова «також вчинення інших дій, що можуть спричинити екологічну катастрофу». Згідно зі ст. II Конвенції про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище при вчиненні злочину екоциду відбувається злочинний вплив на земну кулю в цілому і на [прилеглий] космічний простір. Щодо планети Земля, – зазначена конвенція конкретизує складові, що потерпають (можуть потерпати) від військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище.

Земна біота – сукупність рослин, тварин, грибів та бактерій, що поширені на Землі. Рослинний і тваринний світ, що вказані у диспозиції ст. 441 КК України, є важливою, але не єдиною складовою частиною земної біоти[1].

Земна літосфера – верхня тверда оболонка земної кулі: земна кора та верхня частина мантії Землі, до якої належить, зокрема ґрунтовий покрив земель та надра з корисними копалинами[2].

Земна гідросфера – водяна оболонка Землі, до складу якої входять океани, моря, озери, річки, сніговий покрив, льодовики, підземні води. Це водні ресурси, на які вказано у диспозиції ст. 441 КК України, в їх широкому значенні[3].

Земна атмосфера – повітряна оболонка планети Земля: суміш газів, що оточують Землю, та утримуються завдяки силі тяжіння.

Космічний простір – простір за межами земної атмосфери, включаючи Місяць та інші небесні тіла (*див.: 441.1.3*).

Стаття 442. Геноцид

1. Геноцид, тобто діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницької передачі дітей з однієї групи в іншу, –

карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

[1] Див.: Биологический энциклопедический словарь. / гл. ред. М. С. Гиляров; редкол.: А. А. Бабаев, Г. Г. Винберг, Г. А. Заварзин и др. – 2-е изд., исправл. – М. : Сов. Энциклопедия, 1986.

[2] Див.: Мала гірнича енциклопедія : у 3 т. / за ред. В. С. Білецького. – Д. : Східний видавничий дім, 2004–2013.

[3] Див.: Загальна гідрологія : підручник / за ред. В. К. Хільчевського, О. Г. Ободовського: – 2-ге вид., допов. – К. : ВПЦ «Київський університет», 2008. – 399 с.

2. Публічні заклики до геноциду, а також виготовлення матеріалів із закликами до геноциду з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів –

караються арештом на строк до шести місяців або позбавленням волі на строк до п'яти років.

§1. Норми міжнародного права
щодо відповідальності за геноцид

442.1.1. Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього
(ООН, від 09.12.1948)
(ратифіковано 15.11.1954)
*«**Статья I***

Договаривающиеся Стороны подтверждают, что геноцид независимо от того, совершается ли он в мирное или в военное время, является преступлением, которое нарушает нормы международного права и против которого они обязуются принимать меры предупреждения и карать за его совершение.

Статья II

В настоящей Конвенции под геноцидом понимаются следующие действия, совершаемые с намерением уничтожить, полностью или частично, какую-либо национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую:

a) убийство членов такой группы;

b) причинение серьезных телесных повреждений или умственного расстройства членам такой группы;

c) предумышленное создание для какой-либо группы таких жизненных условий, которые рассчитаны на полное или частичное физическое уничтожение ее;

d) меры, рассчитанные на предотвращение деторождения в среде такой группы;

e) насильственная передача детей из одной человеческой группы в другую.

Статья III

Наказуемы следующие деяния:

a) геноцид;

b) заговор с целью совершения геноцида;

c) прямое и публичное подстрекательство к совершению геноцида;

d) покушение на совершение геноцида;

e) соучастие в геноциде.

Статья IV

Лица, совершающие геноцид или какие-либо другие из перечисленных в статье III деяний, подлежат наказанию, независимо от того, являются ли они ответственными по конституции правителями, должностными или частными лицами.

Статья V

Для введения в силу положений настоящей Конвенции Договаривающиеся Стороны обязуются провести необходимое законодательство, каждая в соответствии со своей конституционной процедурой, и в частности предусмотреть эффективные меры наказания лиц, виновных в совершении геноцида или других упомянутых в статье III преступлений.

Статья VI

Лица, обвиняемые в совершении геноцида или других перечисленных в статье III деяний, должны быть судимы компетентным судом того государства, на территории которого было совершено это деяние, или таким международным уголовным судом, который может иметь юрисдикцию в отношении Сторон настоящей Конвенции, признавших юрисдикцию такого суда.

Статья VII

В отношении выдачи виновных, геноцид и другие перечисленные в статье III деяния не рассматриваются как политические преступления.

В таких случаях Договаривающиеся Стороны обязуются осуществлять выдачу в соответствии со своим законодательством и действующими договорами». [Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього. (ООН, від 09.12.1948) http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_155]

442.1.2. Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього
(ООН, від 30.11.1973)
(ратифіковано Указом ПВР від 10.11.1975)
«Государства-участники настоящей Конвенции,
(…)
отмечая, что в Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него некоторые акты, которые также могут быть квалифицированы как акты апартеида, составляют преступление согласно международному праву,
отмечая что в Конвенции о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества «бесчеловечные действия, являющиеся следствием политики апартеида», квалифицированы как преступление против человечества,
(…)
Статья I
1. Государства-участники настоящей Конвенции заявляют, что апартеид является преступлением против человечества и что бесчеловечные акты, являющиеся следствием политики и практики апартеида и сходной с ним политики и практики расовой сегрегации и дискриминации, которые определены в статье II настоящей Конвенции, являются преступлениями, нарушающими принципы международного права, в частности цели и принципы Устава Организации Объединенных Наций, и создающими серьезную угрозу для международного мира и безопасности.
2. Государства-участники настоящей Конвенции объявляют преступными организации, учреждения и отдельных лиц, совершающих преступление апартеида.
Статья II
Для целей настоящей Конвенции термин «преступление апартеида», который включает сходную с ним политику и практику расовой сегрегации и дискриминации в том виде, в каком они практикуются в южной части Африки, означает следующие бесчеловечные акты, совершаемые с целью установления и поддержания господства одной расовой группы людей над какой-либо другой расовой группой людей и ее систематического угнетения:
a) лишение члена или членов расовой группы или групп права на жизнь и свободу личности;
i) путем убийства членов расовой группы или групп;
ii) путем причинения членам расовой группы или групп серьезных телесных повреждений или умственного расстройства и посягательства на их свободу или достоинство, или в результате применения к ним пыток, или жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство обращения и наказания;
iii) путем произвольного ареста и незаконного содержания в тюрьмах членов расовой группы или групп;
b) умышленное создание для расовой группы или групп таких жизненных условий, которые рассчитаны на ее или их полное или частичное физическое уничтожение;
c) любые меры законодательного характера и другие меры, рассчитанные на то, чтобы воспрепятствовать участию расовой группы или групп в политической, социальной, экономической и культурной жизни страны, и умышленное создание условий, препятствующих полному развитию такой группы или таких групп, в частности, путем лишения членов расовой группы или групп основных прав человека и свобод, включая право на труд, право на создание признанных профсоюзов, право на образование, право покидать свою страну и возвращаться в нее, право на гражданство, право на свободу передвижения и выбора местожительства, право на свободу убеждений и свободное выражение их и право на свободу мирных собраний и ассоциаций;
d) любые меры, в том числе законодательного характера, направленные на разделение населения по расовому признаку посредством создания изолированных резерваций и гетто для членов расовой группы или групп, запрещение смешанных браков между членами различных расовых групп, экспроприации земельной собственности, принадлежащей расовой группе или группам или их членам;
e) эксплуатация труда членов расовой группы или групп, в частности использование их принудительного труда;

f) преследование организаций и лиц путем лишения их основных прав и свобод за то, что они выступают против апартеида». [Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього. (ООН, від 30.11.1973). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_149]

442.1.3. Статут Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії

(ООН, від 25.05.1993)

(щодо ратифікації див.: Закон № 4703-VI від 16.05.2012)

«***Статья 4. Геноцид***

1. Международный трибунал полномочен осуществлять судебное преследование лиц, совершающих геноцид, как он определен в пункте 2 настоящей статьи, или совершающих любые другие деяния, перечисленные в пункте 3 настоящей статьи.

2. Под геноцидом понимаются следующие действия, совершаемые с намерением уничтожить, полностью или частично, какую-либо национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую:

a) убийство членов такой группы;

b) причинение серьезных телесных повреждений или умственного расстройства членам такой группы;

c) умышленное создание для какой-либо группы таких жизненных условий, которые рассчитаны на полное или частичное физическое уничтожение ее;

d) меры, рассчитанные на предотвращение деторождения в среде такой группы;

e) насильственная передача детей из одной человеческой группы в другую.

3. Наказуемы следующие деяния:

a) геноцид;

b) заговор с целью совершения геноцида;

c) прямое и публичное подстрекательство к совершению геноцида;

d) покушение на совершение геноцида;

e) соучастие в геноциде». [Статут Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії (ООН, від 25.05.1993). http://zakon1.rada.gov.ua/rada/show/995_711]

442.1.4. Римський статут міжнародного кримінального суду

(ООН, від 17.07.1998)

(щодо ратифікації див.: частина 6 ст. 124 Конституції України; постанова ВР № 145-VIII від 04.02.2015)

«***Статья 6. Геноцид***

Для целей настоящего Статута «геноцид» означает любое из следующих деяний, совершаемых с намерением уничтожить, полностью или частично, какую-либо национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую:

a) убийство членов такой группы;

b) причинение серьезных телесных повреждений или умственного расстройства членам такой группы;

c) предумышленное создание для какой-либо группы таких жизненных условий, которые рассчитаны на полное или частичное физическое уничтожение ее;

d) меры, рассчитанные на предотвращение деторождения в среде такой группы;

e) насильственная передача детей из одной человеческой группы в другую». [Римський статут міжнародного кримінального суду. (ООН, від 17.07.1998). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588]

442.1.5. Елементи злочинів

(Асамблея держав-учасниць Міжнародного кримінального суду, (ICC-ASP/1/3) від 03–10.09.2002 та (RC/11) від 31.05–11.06.2010)

*«**Статья 6(a). Геноцид посредством убийства***

Элементы

1. Исполнитель убил одно или нескольких лиц.

2. Такое лицо или лица принадлежали к конкретной национальной, этнической, расовой или религиозной группе.

3. Исполнитель имел умысел уничтожить, полностью или частично, эту национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую.

4. Это деяние имело место в контексте явной линии аналогичного поведения, направленного против этой группы, или являлось поведением, которое само по себе могло привести к такому уничтожению.

Статья 6(b). Геноцид посредством причинения серьезных телесных повреждений или умственного расстройства

Элементы

1. Исполнитель причинил серьезные телесные повреждения или умственное расстройство одному или нескольким лицам.

2. Такое лицо или лица принадлежали к конкретной национальной, этнической, расовой или религиозной группе.

3. Исполнитель имел умысел уничтожить, полностью или частично, эту национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую.

4. Это деяние имело место в контексте явной линии аналогичного поведения, направленного против этой группы, или являлось.

Статья 6(c). Геноцид посредством умышленного создания таких жизненных условий, которые рассчитаны на полное или частичное физическое уничтожение

Элементы

1. Исполнитель создал определенные жизненные условия для одного или нескольких лиц.

2. Такое лицо или лица принадлежали к конкретной национальной, этнической, расовой или религиозной группе.

3. Исполнитель имел умысел уничтожить, полностью или частично, эту национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую.

4. Жизненные условия были рассчитаны на полное или частичное физическое уничтожение такой группы.

5. Это деяние имело место в контексте явной линии аналогичного поведения, направленного против этой группы, или являлось поведением, которое само по себе могло привести к такому уничтожению.

Статья 6(d). Геноцид посредством принятия мер, рассчитанных на предотвращение деторождения

Элементы

1. Исполнитель принял определенные меры в отношении одного или нескольких человек.

2. Такое лицо или лица принадлежали к конкретной национальной, этнической, расовой или религиозной группе.

3. Исполнитель имел умысел уничтожить, полностью или частично, эту национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую.

4. Принятые меры были рассчитаны на предотвращение деторождения в рамках этой группы.

5. Это деяние имело место в контексте явной линии аналогичного поведения, направленного против этой группы, или являлось поведением, которое само по себе могло привести к такому уничтожению.

Статья 6(e). Геноцид посредством насильственной передачи детей

Элементы

1. Исполнитель осуществил насильственную передачу одного или нескольких человек.

2. Такой лицо или лица принадлежали к конкретной национальной, этнической, расовой или религиозной группе.

3. Исполнитель имел умысел уничтожить, полностью или частично, эту национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую.

4. Передача была осуществлена из одной человеческой группы в другую.

5. Такое лицо или лица были младше 18 лет.

6. Исполнитель знал или должен был знать, что это лицо или лица были младше 18 лет.

7. Это деяние имело место в контексте явной линии аналогичного поведения, направленного против этой группы, или являлось поведением, которое само по себе могло привести к такому уничтожению». [Елементи злочинів (Асамблея держав-учасниць Міжнародного кримінального суду, (ICC-ASP/1/3) від 03–10.09.2002 та (RC/11) від 31.05–11.06.2010). http://www.un.org/ru/documents/rules/icc_elements.pdf]

§2. Загальні принципи та узагальнюючі положення
в рішеннях ЄСПЛ щодо злочинів геноциду

442.2.1. Справа «Vasiliauskas v. Lithuania»

«170. Суд перш за все зазначає, що злочин геноциду, заборонений статтею II Конвенції 1948 року, містить списки чотирьох захищених груп осіб: національних, етнічних, расових або релігійних. Це положення не стосується соціальних або політичних груп. (…) Суд не знаходить переконливих аргументів для відходу від визначення геноциду, встановленого в 1948 році, включаючи перелік чотирьох захищених груп, про які йдеться в цьому документі. Навпаки, всі посилання на злочин геноциду в таких документах міжнародного права – Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства 1968 року, Статут Міжнародного трибуналу по бувшій Югославії ТБЮ 1993 року, Статут МУТР 1994 року, а також найновіший міжнародний закон – Статут Міжнародного кримінального суду 1998 року – описують цей злочин у схожих, якщо не ідентичних термінах. Зокрема, геноцид визначається як дії, спрямовані на знищення національної, етнічної, расової чи релігійної групи, без посилання на політичні групи. На думку Суду, той факт, що окремі держави вирішили пізніше визнати кримінальну відповідальність за геноцид політичної групи у своєму національному законодавстві, не змінює таким чином реальності, що такої групи не було в тексті Конвенції 1948 року.

(…)

293… Тяжкість злочину геноциду відображена в суворіших вимогах, які повинні бути задоволені для такої кваліфікації вчиненого. Ці вимоги – наявність впевненого доведення конкретного наміру особи, спрямованого на знищення в цілому або в значній частині відповідної групи. Якщо ці вимоги задовольняються, закон не повинен ухилятися від кваліфікації вчиненого як злочину, що названий власним ім'ям». [Vasiliauskas v. Lithuania (35343/05). ECHR 2015-X. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–158290] (Неофіційний авторський переклад).

§3. Рішення ЄСПЛ
щодо злочинів геноциду

442.3.1. Справа «Vasiliauskas v. Lithuania»

Фактичні обставини:

У 2004 р. заявник був засуджений до шести років позбавлення волі за геноцид проти політичної групи у 1953 р. Його дії були кваліфіковані за ст. 99 Кримінального кодексу Литви 2003 р. Заявник був засуджений за звинуваченням в участі у вбивстві двох литовських партизан у січні 1953 р. коли заявник був членом Міністерства державної безпеки (МДБ) Соціалістичної Радянської Республіки Литви. Апеляційний суд не задовольнив скаргу заявника і вказав, що, крім того, що партизани були членами політичної групи, вони були також «представниками литовського народу» і, отже, «можуть бути прирівняні не тільки до політичні групи, але також до національних та етнічних», тобто до груп, зазначених у Конвенції 1948 р. про запобігання злочину геноциду та покарання за нього.

Рішення ЄСПЛ:

(неофіційний авторський переклад)

«175. Беручи до уваги викладені вище фактори, Суд вважає, що є деякі аргументи щодо того, що політичні групи були захищені звичайним міжнародним правом про геноцид у 1953 році. Проте існують однаково сильні сучасні аргументи на противагу. На цьому етапі Суд повторює, що, незважаючи на ті точки зору, що сприяють включенню політичних груп у визначення гено-

циду, сфера застосування кодифікованого визначення геноциду в конвенції 1948 року залишається більш вузькою і зберігається у всіх наступних документах міжнародного права. Таким чином, Суд вважає, що немає достатньо сильної основи для висновку про те, що звичне міжнародне право, яке воно було в 1953 році, включало «політичні групи» серед тих, що підпадають під визначення геноциду.

176. Далі Суд звертається до твердження Уряду-відповідача, що через свою важливість литовські партизани були «частиною» національної групи, тобто групи, яка захищена ст. II Конвенції про геноцид. У зв'язку з цим Суд зазначає, що в 1953 році жоден міжнародний суд не мав жодної прецедентної практики, щоб забезпечити судове тлумачення визначення поняття геноцид. Підготовчі матеріали до Конвенції про геноцид не дають орієнтуватися на те, що розробники мали на увазі під терміном «частково». Перші коментатори Конвенції про геноцид підкреслювали, що термін «частково» містив вимогу щодо обґрунтованості. Сама конвенція про геноцид передбачає, що злочин характеризується «наміром знищити цілком або частково … групу як таку», а вимога суттєвості підтверджується Резолюцією 96 (I), відповідно до якої «геноцид є заперечення права на існування цілих людських груп». Беручи до уваги, що метою Конвенції про геноцид була боротьба з масовими злочинами, Міжнародний трибунал для колишньої Югославії (МТКЮ) відзначив широке визнання того, що намір знищити повинен спрямовувати щонайменше на значну частину групи. Ще більша тяжкість геноциду відображається в суворіших вимогах, які повинні бути виконані для засудження – доведення конкретного наміру та докази того, що дії були спрямовані на знищення групи в цілому або в значній частині. Отже, Суд вважає розумним визнати, що в 1953 році було передбачено, що термін «частково» містив вимогу щодо обґрунтованості.

177. Однак Суд зазначає, що пам'ятає про подальший розвиток міжнародної практики злочину геноциду. Через півстоліття після подій, за якими заявник був засуджений, з'явилися судові вказівки щодо тлумачення фрази «частково», коли справи про геноцид було порушено перед МТБЮ, Міжнародним трибуналом щодо Руанди та Міжнародним кримінальним судом. Зокрема, як випливає з прецедентної практики, навмисне знищення «окремої» частини захищеної групи може розглядатися як геноцид усієї захищеної групи, за умови, що «окремі» частини були суттєвими через дуже велику кількість його членів. Крім того, крім великого розміру цільової частини, Судова інтерпретація підтвердила, що «видатна значущість» частини в рамках захищеної групи також може бути визначальним чинником. Як би там не було, ця інтерпретація фрази «частково» не могла бути передбачена заявником у відповідний час.

(…)

179. Далі Суд звертається до тлумачення литовських судів щодо злочину геноциду у справі заявника. Він зазначає, що суд першої інстанції визнав заявника винним за звинуваченням прокурора, тобто винним у геноциді литовських партизан як членів окремої політичної групи. Апеляційний суд зі свого боку перефразував вирок заявника, вважаючи, що віднесення литовських партизанів, як учасників збройного протистояння професійній владі до певної «політичної» групи, було «лише відносним / умовним і не дуже точним». Для апеляційного суду, литовські партизани також були «представниками литовського народу, тобто національної групи». Тим не менш, апеляційний суд не пояснив, що означає поняття «представники». Також він не надав багато історичного чи фактичного звіту про те, як литовські партизани представляли литовську націю. Також особливу місію партизанів стосовно «національної» групи не трактував Верховний Суд, який визнав, що заявник був «засуджений за причетність до фізичного знищення частини литовських мешканців, які належать до окремої політичної групи», і лише зауважив, що в 1944–1953 роках збройний спротив нації проти радянського окупаційного режиму – партизанська війна – відбувся в Литві.

180. Зі свого боку Конституційний суд Литви також визнав, що організоване збройне протистояння радянській окупації повинно було розглядатися як самооборона Литовської держави. Партизани вели політичну і військову національну боротьбу за свободу.

181. Суд погоджується з тим, що внутрішні органи влади мають право вирішувати тлумачення визначення геноциду більш широко, ніж це передбачено Конвенцією про геноцид 1948 року. Однак таке дискреційне право не дозволяє місцевим трибуналам ретроспективно засуджувати осіб, обвинувачених у цьому більш широкому визначенні. Суд уже встановив, що в 1953 році

політичні групи були виключені з визначення геноциду відповідно до міжнародного права. Звідси випливає, що прокурорам не дозволяється застосовувати зворотну силу, а внутрішнім судам зворотне засудження заявника за геноцид литовських партизанів, як членів політичної групи. Крім того, навіть якщо наступне тлумачення терміна «частково» міжнародних судів було доступне у 1953 році, немає жодних тверджень у встановленні фактів внутрішніми кримінальними судами, з тим щоб Суд міг оцінити, на підставі яких фактів національні суди дійшли висновку, що в 1953 році литовські партизани складають значну частину національної групи, іншими словами, групу, яка захищається згідно зі ст. II Конвенції про геноцид. Отож Суд не переконаний, що у відповідний час заявник, навіть за сприяння адвоката, міг передбачити, що вбивство литовських партизан може становити злочин геноциду громадян Литви чи етнічних литовців.

182. Крім того, Суд зазначає, що ст. II Конвенції про геноцид 1948 року вимагає від правопорушника діяти з наміром повністю або частково знищити захищену групу. Заяви заявника у відповідний час належать до дій проти «бандитів», «націоналістичних підпілля» та «націоналістичних банд». Крім того, цілі, висловлені на нарадах МГБ 1953 року, були спрямовані проти цих груп. На думку Суду, навіть якщо політика знищення МГБ поширюється на «тих, хто їм допомагає та їх контакти», основною метою цієї широкої групи «литовських націоналістів» було забезпечення незалежності Литовської держави. Дійсно, як зазначив прокурор, і апеляційні та касаційні суди підтвердили, литовські партизани воювали проти радянської окупації та за незалежність Литовської держави. З огляду на вищесказане, Суд погоджується з тим, що аргумент заявника не є неважливим, а саме те, що його дії, а також дії МГБ, були спрямовані на знищення партизанів як окремої та чітко ідентифікованої групи, що характеризується її збройними опорами радянській владі.

183. Суд також зазначає, що відповідно до п. 1 ст. 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів звичайним значенням слід надати умовам договору. У зв'язку з цим не очевидно, що звичайний сенс термінів «національний» або «етнічний» у конвенції про геноцид може бути поширений на охоплення партизанів. Таким чином, Суд вважає, що висновок національних судів про те, що жертви належали до визначення геноциду як частини захищеної групи, було тлумаченням за аналогією, на шкоду заявнику, що робило його обвинувачення непередбачуваним.

184. Що стосується цього останнього пункту, Суд також наголошує на аргументації заявника, що визначення злочину геноциду в законодавстві Литви не тільки не мало підстав у формулюванні цього злочину, як це було виражено у конвенції 1948 року про геноцид, але й поступово розширювалося протягом років незалежності Литви, тим самим ще більше погіршуючи його становище. Конституційний Суд Литви зазначив, судове переслідування за геноцид осіб, які належать до політичної або соціальної групи, якщо події відбулися до того, як ці дві групи були додані до Кримінального кодексу Литви, буде суперечити верховенству закону і зобов'язанням Литви за міжнародним правом. Суд не може погодитися з аргументом Верховного суду Литви про те, що поправки до Кримінального кодексу 1998 року, розширюючи визначення поняття «геноцид» до «політичних груп», можуть бути виправдані на підставі ст. V Конвенції про геноцид. Хоча ст. V Конвенції про геноцид не забороняє розширювати визначення геноциду, вона не дає дозвіл на застосування більш широкого визначення геноциду зворотно.

(…)

186. Зважаючи на вищенаведене, Суд вважає, що засудження заявника за геноцид не могло бути передбачене під час вбивства партизанів.

187. Суд зазначає аргумент Уряду про те, що дії заявника у відповідний момент були кримінальними відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями, і, таким чином, належать до положень другого параграфу ст. 7 Конвенції.

188. Суд має розглянути, чи застосовується п. 2 ст. 7 до засудження заявника. Хоча Суд, тільки в одному випадку, застосовував п. 2 ст. 7 у контексті умов після Другої світової війни і радянських депортацій, Велика палата надала тлумачення щодо оригінальної і виняткової мети цього пункту:

«Нарешті, два пункти ст. 7 взаємопов'язані і повинні інтерпретуватися узгоджено. З огляду на предмет справи та залежність від законів і звичаїв війни, що застосовуються до та під час Другої світової війни, Суд вважає за доцільне нагадати, що підготовчі матеріали до Конвенції

вказують на те, що мета п. 2 ст. 7 полягала у визначенні того, що ст. 7 не торкається законів, які у виняткових обставинах наприкінці Другої світової війни були прийняті для покарання, зокрема, за військові злочини, і тому ст. 7 Конвенції ні в якому разі не має на меті виносити нормативне чи моральне судження щодо цих законів».

189. Зовсім недавно цю обмежену інтерпретацію п. 2 ст. 7 було підтверджено в справі «Мактуфі та Дам'яновіч»:

«Крім того, Суд не може погодитися з аргументом уряду, що якщо діяння було кримінальним відповідно до «загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями» у значенні п. 2 ст. 7 Конвенції на момент його вчинення правило про відсутність зворотної сили злочинів та покарань не застосовувалося. Цей аргумент не узгоджується з попередньо підготовленими матеріалами, які передбачають, що п. 1 ст. 7 може вважатися загальноприйнятим, що не передбачає зворотної сили, і що п. 2 ст. 7 є лише контекстним роз'ясненням обов'язкового елемента цього правила, який має за мету переконати, щоб не було жодних сумнівів щодо обґрунтованості переслідувань після Другої світової війни за злочини, скоєні під час цієї війни. Таким чином, зрозуміло, що розробники Конвенції не мали наміру дозволяти будь-якого загального винятку з правила про відсутність зворотної сили. Дійсно, Суд у ряді справ визнав, що обидва пункти ст. 7 взаємопов'язані і повинні тлумачитися узгоджено.

190. Таким чином, і з урахуванням висновку Суду, викладеного в п. 186 вище, що засудження заявника не може бути виправданим відповідно до п. 1 ст. 7 Конвенції, воно також не може бути виправданим відповідно до п. 2 ст. 7.

191. Суд вважає, що було порушення ст. 7 Конвенції». [Vasiliauskas v. Lithuania (35343/05). ECHR 2015-X. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–158290]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права, загальних принципів, узагальнених висновків та окремих рішень ЄСПЛ у контексті ст. 442 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

442.4.1. Об'єктивна сторона геноциду знаходить своє вираження в п'яти альтернативних формах, ознаки яких необхідно встановлювати з урахуванням Елементів злочинів відповідно до Римського статуту МКС.

(Див.: 442.1.5)

Обов'язковою ознакою складу геноциду в усіх його формах є наявність потерпілого (потерпілих) – це особа або особи, що належать до конкретної національної, етнічної, расової чи релігійної групи. Слід заначити, що як Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього, так і Римський статут, характеризуючи геноцид у формі вбивства, використовують формулювання «вбивство членів групи», що залишає можливість різного тлумачення стосовно мінімальної кількості потерпілих. Натомість «Елементи злочинів» недвозначно вказують: «Виконавець вбив одну чи декілька осіб».

Визначення того, коли цільова частина достатньо істотна для задоволення цієї вимоги, може включати в себе низку міркувань. Числовий розмір цільової частини групи є необхідною і важливою відправною точкою, хоча далеко не завжди є кінцевою точкою визначення. Кількість цільових осіб повинна оцінюватися не тільки в абсолютному вимірі, але й у загальному розмірі всієї групи. На додаток до чисельного розміру цільової частини, його важливість у межах групи може бути корисним розглядом.

Наприклад, геноцидом може бути визнано вбивство керівництва відповідної групи, що включає політичних та адміністративних лідерів, релігійних лідерів, науковців та інтелектуалів, лідерів бізнесу та інших – незалежно від фактичного числа вбитих. Вирішальним аргументом буде доля решти групи. Характер нападу на керівництво повинен розглядатися в контексті того, що сталося з рештою групи. Якщо група втратила своє керівництво, і в той же час або після цього має відносно велику кількість членів групи, яка загинула або зазнала інших незаконних дій, нап-

риклад, депортування у великих масштабах або члени групи змушені тікати, порушення повинні розглядатися в повному обсязі, щоб інтерпретувати положення Конвенції в дусі, що відповідає її меті. Аналогічним чином винищення навіть невеликої кількості співробітників правоохоронних органів та військовослужбовців групи може бути визнано геноцидом, оскільки це робить групу беззахисною проти інших зловживань подібного чи іншого характеру, особливо якщо ліквідувати керівництво також. «Отже, намір знищити тканину суспільства шляхом знищення її керівництва, коли супроводжується іншими актами ліквідації сегмента суспільства, також можна вважати геноцидом»[1].

За змістом «Елементів» діяння кваліфікуються як злочин геноциду в таких випадках:

– діяння хоча і не може призвести само по собі до повного і навіть до часткового знищення відповідної групи, однак вчинено «в контексті явної лінії аналогічної поведінки, спрямованої проти цієї групи». Тобто це одне з багатьох подібних убивств (тяжких тілесних ушкоджень), які у своїй сукупності здатні знищити відповідну групу. Наприклад, винна особа заподіяла тяжкі тілесні ушкодження двом потерпілим певної національності. При цьому ця особа діє разом з іншими співвиконавцями, кожен з котрих убиває представників цієї національної групи (спричиняє їм тяжкі тілесні ушкодження). У сукупності такі дії («лінія поведінки» за формулюванням «Елементів») спрямовані і здатні призвести до повного чи часткового знищення даної національної групи;

– одне діяння само по собі може призвести до знищення національної, етнічної, расової чи релігійної групи. Наприклад, особа вчиняє зараження смертельною хворобою кількох осіб етнічної групи, що може призвести до зараження і загибелі чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень значної кількості членів цієї групи.

За вказаними ознаками геноцид у цих формах слід відмежовувати від вбивства та заподіяння тяжких тілесних ушкоджень. Умисне вбивство (умисне тяжке тілесне ушкодження), яке хоча і вчинене з указаною в ч. 1 ст. 442 КК України метою, але само по собі як одиничний факт не здатне призвести до повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи, має кваліфікуватися, відповідно, за п. 14 ч. 2 ст. 115 чи ч. 2 ст. 121, а за наявності ознак терористичного акту – за відповідною частиною ст. 258 КК України.

Для кваліфікації знищення частини представників групи за ст. 442 КК України визначальне значення має зміст умислу та намір винної особи *(див. нижче: 442.4.4)*.

442.4.2. Не утворюють складу цього злочину діяння, умисно вчинені з метою повного або часткового знищення соціальних груп (селян, робітників, підприємців, гомосексуалістів тощо) або політичних груп (комуністів, лібералів, націоналістів тощо).

(Див.: 442.2.1)

442.4.3. Суб'єктом злочину в усіх його формах є будь-яка фізична особа незалежно від того, чи є вона відповідальною за конституцією правителем, посадовою чи приватною особою.

(Див.: 442.1.1 – ст. IV).

Так само Римський статут наголошує, що «посадове становище як глави держави або уряду, члена уряду або парламенту, вибраного представника чи посадової особи уряду ні в якому разі не звільняє особу від кримінальної відповідальності згідно з цим Статутом і не є само по собі підставою для пом'якшення вироку».

Вік суб'єкта цього злочину – з 16 років (статті 21–22 КК України). Особа, яка у віці від 14 до 16 років вчинила акт геноциду у формі позбавлення життя членів групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, підлягає кримінальній відповідальності за, відповідно, п. 14 ч. 2 ст. 115 КК України або ч. 2 ст. 121 КК України.

Міжнародний кримінальний суд не володіє юрисдикцією щодо будь-якої особи, яка не досягла 18-річного віку на момент вчинення геноциду *(див.: 441.1.4 – ст. 26)*.

442.4.4. Суб'єктивна сторона геноциду в усіх його формах характеризується прямим умислом та спеціальною метою (у ст. II Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за

[1] Vasiliauskas v. Lithuania (35343/05). ECHR 2015-X, п. 96, and п. 104.

нього використано термін «намір») знищити, повністю або частково, яку-небудь національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку.

Мета повного знищення означає намір отримати такий результат, коли на певній території (в масштабах чи всього світу, чи окремої держави) не залишиться представників відповідної групи людей. Мета часткового знищення національної, етнічної, расової або релігійної групи як мета геноциду, означає намір добитися діями, зазначеними у диспозиції ч. 1 ст. 442 КК, скорочення значної чисельності відповідної групи (наприклад, на третину чи більше).

442.4.5. Випадки (навіть поширені) умисного незаконного проведення аборту або стерилізації жінок, що належать до певної національної, етнічної, расової чи релігійної групи, якщо відсутня така ознака геноциду як мета повного або часткового знищення такої групи, мають кваліфікуватися за ст. 134 та ст. 161 КК України (за наявності усіх інших ознак вказаних складів злочинів).

(Див.: 134.1.2; 134.3.1)

442.4.6. Кримінальне переслідування осіб за злочини геноциду, вчинені ними під час Другої світової війни (1939–1945 рр.), є дозволеним міжнародним правом винятком з принципу заборони зворотної сили кримінального закону, що встановлює злочинність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи.

(див.: 442.3.1 – пункти 181, 183, 186–189; 4.1.2).

Стаття 443. Посягання на життя представника іноземної держави

Вбивство або замах на вбивство представника іноземної держави або іншої особи, яка має міжнародний захист, з метою впливу на характер їхньої діяльності або на діяльність держав чи організацій, які вони представляють, або з метою провокації війни чи міжнародних ускладнень –

карається позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

Стаття 444. Злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист

1. Напад на службові або житлові приміщення осіб, які мають міжнародний захист, а також викрадення або позбавлення волі цих осіб з метою впливу на характер їхньої діяльності або на діяльність держав чи організацій, що вони представляють, або з метою провокації війни чи міжнародних ускладнень –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

2. Погроза вчинення дій, передбачених частиною першою цієї статті, –

карається виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до трьох місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до двох років.

§1. Норми міжнародного права
щодо відповідальності за злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист

443.1.1. Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів

(ООН, від 14.12.1973)

(ратифіковано Законом №267/95-ВР від 06.07.1995)

«Держави-учасниці цієї Конвенції,

беручи до уваги цілі і принципи Статуту Організації Об'єднаних Націй, що стосуються підтримання міжнародного миру та розвитку дружніх відносин і співробітництва між державами,

вважаючи, що злочини проти дипломатичних агентів та інших осіб, які користуються міжнародним захистом, загрожуючи безпеці цих осіб, створюють серйозну загрозу підтриманню нормальних міжнародних відносин, що необхідні для співробітництва між державами,

вважаючи, що вчинення таких злочинів викликає серйозне занепокоєння міжнародного товариства,

будучи переконані, що є невідкладна необхідність вжиття відповідних і ефективних заходів для запобігання та покарання таких злочинів,

погодилися про таке:

Стаття 1

В цілях цієї Конвенції:

1. «Особа, яка користується міжнародним захистом», є:

a) глава держави, у тому числі кожний член колегіального органу, який виконує функції глави держави згідно з конституцією відповідної держави, глава уряду чи міністр закордонних справ, який перебуває в іноземній державі, а також супроводжуючі члени його сім'ї;

b) будь-який представник чи службова особа держави, чи будь-яка службова особа, чи інший агент міжурядової міжнародної організації, коли проти нього, його офіційних приміщень, його житлового приміщення чи його транспортних засобів було вчинено злочин, має право згідно з міжнародним правом на спеціальний захист від будь-якого нападу на його особу, свободу і гідність, а також члени його сім'ї, що проживають з ним.

2. «Гаданий злочинець» є особа, щодо якої є докази, достатні для встановлення prima facie, що вона вчинила один чи більше злочинів, зазначених у статті 2, або брала участь у їх вчиненні.

Стаття 2

1. Навмисне вчинення:

a) вбивства, викрадення та іншого нападу проти особистості чи свободи особи, що користується міжнародним захистом;

b) насильницький напад на офіційне приміщення, житлове приміщення або транспортні засоби особи, яка користується міжнародним захистом, що може погрожувати особистості чи свободі останньої;

c) загроза будь-якого нападу;

d) спроба будь-якого нападу, і

e) дії в якості співучасника будь-якого такого нападу мають розглядатися кожною державою-учасницею згідно з її внутрішнім законодавством як злочин.

2. Кожна держава-учасниця передбачає відповідні покарання за такі злочини з урахуванням їх тяжкого характеру.

3. Пункти 1 і 2 цієї статті ніяким чином не звільнюють держав-учасниць від зобов'язань згідно з міжнародним правом вживати всіх належних заходів для запобігання іншим посяганням на особистість, свободу і гідність особи, яка користується міжнародним захистом». [Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів. (ООН, від 14.12.1973). http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_389]

443.1.2. Конвенція про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу

(ООН, від 09.12.1994)

(ратифіковано Законом від 06.07.1995)

«***Стаття 1. Визначення***

Для цілей цієї Конвенції:

a) «Персонал Організації Об'єднаних Націй» означає:

I) осіб, залучених або направлених Генеральним секретарем Організації Об'єднаних Націй як членів військового, поліцейського або цивільного компонентів операції Організації Об'єднаних Націй;

II) інших посадових осіб та експертів, відряджених Організацією Об'єднаних Націй або її спеціалізованими установами, або Міжнародним агентством з атомної енергії, які присутні в офіційному статусі у районі проведення операції Організації Об'єднаних Націй;

b) «Зв'язаний з нею персонал» означає:

I) осіб, направлених урядом або міжурядовою організацією за згодою компетентного органу Організації Об'єднаних Націй;

II) осіб, залучених Генеральним секретарем Організації Об'єднаних Націй або спеціалізованою установою, або Міжнародним агентством з атомної енергії;

III) осіб, направлених гуманітарною неурядовою організацією або гуманітарною установою відповідно до угоди з Генеральним секретарем Організації Об'єднаних Націй або із спеціалізованою установою, або Міжнародним агентством з атомної енергії, для проведення діяльності у підтримку виконання мандата операції Організації Об'єднаних Націй;

(…)

Стаття 2. Сфера застосування

1. Ця Конвенція застосовується щодо персоналу Організації Об'єднаних Націй і зв'язаного з нею персоналу і операцій Організації Об'єднаних націй відповідно до визначення, яке міститься в статті 1.

2. Ця Конвенція не застосовується до операції Організації Об'єднаних Націй, санкціонованої Радою Безпеки як примусового заходу на підставі глави VII Статуту Організації Об'єднаних Націй, в якій який-небудь персонал залучається як комбатант проти організованих збройних сил та до якої застосовується право міжнародних збройних конфліктів.

(…)

Стаття 7. Обов'язок забезпечувати охорону і безпеку персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу

1. Персонал Організації Об'єднаних Націй та зв'язаний з нею персонал, їх матеріально-технічні засоби і приміщення не повинні ставати об'єктом нападу або будь-яких дій, розрахованих на недопущення виконання цим персоналом свого мандата.

2. Держави-учасниці вживають всіх належних заходів з метою забезпечення охорони і безпеки персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу. Зокрема, держави-учасниці здійснюють всі необхідні кроки для захисту персоналу Організації Об'єднаних націй та зв'язаного з нею персоналу, розташованого на їх території, від злочинів, передбачених у статті 9.

3. Держави-учасниці при необхідності співробітничають з Організацією Об'єднаних Націй та іншими державами-учасницями в рамках здійснення цієї Конвенції, зокрема у будь-якому випадку, коли приймаюча держава неспроможна вжити потрібних заходів.

(…)

Стаття 9. Злочини проти персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу

1. Навмисне вчинення:

a) вбивства, викрадення або іншого нападу, спрямованого проти особи або свободи будь-якого персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу;

b) насильницький напад на службові приміщення, житлові приміщення або транспортні засоби будь-якого персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу, який може піддати небезпеці особу або свободу цього персоналу;

c) загрози будь-якого такого нападу з метою примусити ту чи іншу фізичну або юридичну особу вчинити або утриматися від вчинення будь-яких дій;

d) спроби будь-якого такого нападу; та

e) дії, що являють собою співучасть у будь-якому такому нападі або у вчиненні спроби такого нападу, або організацію, або видачу наказу про вчинення такого нападу, визнається злочином кожною державою-учасницею відповідно до її національного законодавства.

2. Кожна держава-учасниця установлює відповідні покарання за злочини, передбачені у пункті 1, з урахуванням їх тяжкого характеру». [Конвенція про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу. (ООН, від 09.12.1994). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_025]

443.1.3. Додатково див.: Віденська конвенція про дипломатичні зносини, а також інші міжнародні договори, які визначають переліки осіб та установ, що мають міжнародний захист

Див.: 6.1.1–6.1.51

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права в контексті статей 443–444 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

443.4.1. Суб'єктивна сторона злочинів (ст. 443 і ст. 444 КК України) характеризується прямим умислом, яким охоплюється усвідомлення статусу відповідних осіб та установ, – як таких, що мають міжнародний захист. Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони цих злочинів є також спеціальна мета – вплинути на характер їхньої діяльності або на діяльність держав чи організацій, які вони представляють, або спровокувати війну чи міжнародні ускладнення.

Ті самі діяння проти таких саме осіб чи установ з іншою метою (наприклад, з метою заволодіння майном, помститися на ґрунті особистих відносин тощо) кваліфікуються як злочини проти особи (ст. 115, ст. 121 та інші), власності (ст. 186, ст. 187 та інші), волі (ст. 146, ст. 147 та інші).

У цьому полягає відмінність між змістом статей 443–444 КК України та змістом міжнародних договорів про захист відповідних осіб та установ. Зазначені договори не пов'язують кваліфікацію нападів на осіб та установ, що мають міжнародний захист, як таких, що завдають шкоду міжнародному правопорядку з наявністю у нападників мети спеціально завдати таку шкоду. Так, згідно з Конвенцією про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів (преамбула у поєднанні зі ст. 3), будь-які напади на вказаних осіб чи установи незалежно від мотивів та мети таких нападів, розглядаються як такі, що «створюють серйозну загрозу підтриманню нормальних міжнародних відносин, що необхідні для співробітництва між державами».

(Див.: 443.1.1)

443.4.2. Умисне нанесення ударів по персоналу, об'єктах, матеріалах, підрозділах або транспортних засобах, задіяних у наданні гуманітарної допомоги або в місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй, кваліфікується за ст. 438 КК України.

(Див.: 443.1.2; 438.1.24 – п. 2b-iii ст. 8; 438.4.1 та 438.4.2)

Стаття 445. Незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала

(Назва статті 445 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1675-VI від 22.10.2009)

Незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала, крім випадків, передбачених цим Кодексом, –

(Абзац перший статті 445 із змінами, внесеними згідно із Законом № 1675-VI від 22.10.2009)

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців.

§1. Норми міжнародного права

щодо використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала

445.1.1. Женевська Конвенція (I) про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях

(ООН, від 12.08.1949)

(ратифіковано Указом ПВР від 03.07.1954)

«***Стаття 39***

Емблему зображають під керівництвом компетентних військових властей на прапорах, нарукавних пов'язках та всьому обладнанні, яке використовується в медичній службі.

Стаття 44

За винятком випадків, зазначених у подальших абзацах цієї статті, емблема у вигляді Червоного Хреста на білому тлі та слова «Червоний Хрест» або «Женевський Хрест» можуть використовуватися в мирний час або під час війни тільки для позначення або захисту медичних формувань й установ, персоналу та спорядження, які користуються захистом, забезпечуваним цією Конвенцією та іншими конвенціями, що стосуються подібних питань. Те саме стосується емблем, зазначених у другому абзаці статті 38, щодо країн, які ними користуються. Національні товариства

Червоного Хреста й інші товариства, зазначені в статті 26, мають право використовувати відмітну емблему, яка надає забезпечуваний Конвенцією захист, лише в рамках положень цього абзацу.

(…)

Стаття 53

Приватним особам, товариствам, фірмам або компаніям, як державним, так і приватним, крім тих, які на це мають право відповідно до цієї Конвенції, завжди заборонено використовувати емблему або назву «Червоний хрест» або «Женевський хрест» чи будь-який знак або найменування, які їх імітують, незалежно від мети використання та дати їхнього прийняття». [Женевська Конвенція (I) про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях. (ООН, від 12.08.1949). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_151]

445.1.2. Женевська Конвенція (II) про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі

(ООН, від 12.08.1949)

(ратифіковано Указом ПВР від 03.07.1954)

«***Стаття 41***

Під керівництвом компетентних військових властей емблему у вигляді червоного хреста на білому тлі зображають на прапорах, нарукавних пов'язках та всьому обладнанні, яке використовується в медичній службі». [Женевська Конвенція (II) про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі. (ООН, від 12.08.1949). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_152]

445.1.3. Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів

(ООН, від 08.06.1977)

(ратифіковано Указом ПВР № 7960-XI від 18.08.1989)

*«**Стаття 8. Термінологія***

Для цілей цього Протоколу:

(…)

l) «розпізнавальна емблема» означає розпізнавальну емблему Червоного Хреста, Червоного Півмісяця або Червоного Лева і Сонця на білому тлі, коли вони використовуються для захисту медичних формувань і санітарно-транспортних засобів, медичного і духовного персоналу та устаткування або запасів;

m) «розпізнавальний сигнал» означає будь-який сигнал або повідомлення, які встановлені виключно для розпізнавання медичних формувань або санітарно-транспортних засобів згідно з главою III Додатка 1 до цього Протоколу.

(…)

Стаття 37. Заборона віроломства

1. Заборонено вбивати, завдавати поранення або брати в полон противника, вдаючись до віроломства. Віроломством вважаються дії, спрямовані на те, щоб викликати довіру противника і примусити його повірити, що він має право на захист і зобов'язаний надати такий захист згідно з нормами міжнародного права, застосовуваного в період збройних конфліктів, з метою обману такої довіри. Прикладами такого віроломства є дії:

(…)

d) симулювання володіння статусом, що надає захист, шляхом використання знаків, емблем або форменого одягу Організації Об'єднаних Націй, нейтральних держав, які не є сторонами, що перебувають у конфлікті.

(…)

*«**Стаття 38. Визнані емблеми***

1. Заборонено використовувати не за призначенням розпізнавальну емблему Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Лева і Сонця або інші емблеми, знаки та сигнали, передбачені Конвенціями або цим Протоколом. Також заборонено навмисно зловживати під час збройних

конфліктів іншими міжнародно визнаними захисними емблемами, знаками та сигналами, включаючи прапор перемир'я та захисну емблему культурних цінностей.

(…)

Стаття 85. Припинення порушень цього Протоколу

(…)

3. На доповнення до серйозних порушень, визначених у статті 11, такі дії розглядаються як серйозні порушення цього Протоколу, коли вони вчиняються навмисне на порушення відповідних положень цього Протоколу і є причиною смерті або серйозного тілесного пошкодження чи шкоди здоров'ю:

(…)

f) віроломне використання на порушення статті 37 розпізнавальної емблеми Червоного Хреста, Червоного Півмісяця або Червоного Лева і Сонця, або інших захисних знаків, визнаних Конвенціями і цим Протоколом». [Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I). (ООН, від 08.06.1977). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_199]

445.1.4. Додатковий протокол (II) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру

(ООН, від 08.06.1977)

(ратифіковано Указом ПВР № 7960-XI від 18.08.1989)

«***Стаття 12. Розпізнавальна емблема***

Під контролем відповідних компетентних властей передбачено носіння або розміщення на видному місці розпізнавальної емблеми Червоного Хреста, Червоного Півмісяця або Червоного Лева і Сонця на білому тлі медичним або духовним персоналом, медичними формуваннями й санітарно-транспортними засобами. Емблема користується повагою за всіх обставин. Вона не повинна використовуватися не за призначенням». [Додатковий протокол (II) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру. (ООН, від 08.06.1977). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_200]

445.1.5. Додатковий протокол (III) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми

(ООН, від 08.12.2005)

(ратифіковано Законом від 22.10.2009)

«***Стаття 2. Відмітні емблеми***

1. Цей Протокол визнає додаткову відмітну емблему поряд з відмітними емблемами Женевських конвенцій та з тими самими цілями. Відмітні емблеми користуються однаковим статусом.

2. Ця додаткова відмітна емблема, яка складається із червоної рамки у формі квадрата, що стоїть на одній зі своїх вершин на білому тлі, відповідає зображенню, що міститься в додатку до цього Протоколу. У цьому Протоколі така відмітна емблема має назву «емблема третього Протоколу».

3. Умови використання та поваги до емблеми третього Протоколу є ідентичними умовам, що застосовуються до відмітних емблем, які визначаються Женевськими конвенціями та, у відповідних випадках, Додатковими протоколами 1977 року.

4. Медичні служби та духовний персонал збройних сил Високих Договірних Сторін можуть, без шкоди емблемам, які вони використовують зараз, тимчасово користуватися будь-якою з відмітних емблем, зазначених у пункті 1 цієї статті, у випадках, коли це може посилити захист.

(…)

Стаття 6. Запобігання неправомірному використанню емблем та припинення його

1. Положення Женевських конвенцій та, у відповідних випадках, Додаткових протоколів 1977 року, що стосуються запобігання неправомірному використанню відмітних емблем та припинення його, застосовуються так само й до емблеми третього Протоколу. Зокрема, Високі Договірні Сторони вживають заходів, необхідних для запобігання неправомірному використанню від-

мітних емблем, згаданих у статтях 1 і 2, та їхніх найменувань, а також для припинення такого використання будь-коли, у тому числі віроломному використанню та використанню будь-яких знаків і найменувань, які їх відтворюють, а також припинення такого використання». [Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми (Протокол III). (ООН, від 08.12.2005). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_g74]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права в контексті ст. 445 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

445.4.1. До символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала як предмета даного злочину належать: емблема Червоного Хреста, емблема Червоного Півмісяця, емблема Червоного Кристала; назви (слова «Червоний Хрест», «Червоний Півмісяць», «Червоний Кристал»); розпізнавальні сигнали (спеціальні міжнародно визнані допоміжні сигнали (світлові, радіо-, електронні), що використовуються як захисні та розпізнавальні знаки для позначення осіб, рухомого та нерухомого майна відповідно до Женевських Конвенцій 1949 р., Додаткових протоколів до них.

(Див.: 445.1.1–445.1.5)

445.4.2. За ст. 445 КК України кваліфікується незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала, лише в тих випадках, коли вчинене діяння (незаконне використання символіки) не утворює складу іншого злочину, передбаченого цим КК України, на що прямо вказано у диспозиції даної статті. Незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала входить за чинним КК України як основна ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 435, а також як факультативна ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 438 КК України.

445.4.3. За ст. 435 КК України кваліфікується незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала, лише за наявності спеціальних ознак щодо суб'єкта злочину та місця вчинення злочину. До суб'єктів цього злочину (ст.435 КК України) належать військовослужбовці, окрім військовослужбовців, які мають на це право (медичний та духовний персонал). Місцем учинення злочину може бути лише район воєнних дій.

445.4.4. За ст. 438 КК України кваліфікується незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала, лише за наявності спеціальних ознак щодо способу та часу вчинення злочину.

Способом вчинення цього злочину у випадках незаконного використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала є віроломство. Віроломством визнається симулювання використанням зазначеної символіки володіння статусом, що надає захист, щоб викликати довіру противника, примусити його повірити, що винна особа має право на захист згідно з нормами міжнародного права, застосовуваного в період збройних конфліктів, з метою обману такої довіри. Якщо, вдаючись до віроломства, особа завдала поранення противнику або взяла його в полон, такі дії міжнародними договорами визнаються воєнним злочином і мають кваліфікуватися за ч. 1 ст. 438, а у випаду віроломного вбивства противника – за ч. 2 ст. 438 КК України.

(Див.: 445.1.3 – ст. 37 і ст. 85)

Часом вчинення цього злочину (ст. 438 КК України) в усіх його формах (у т. ч. шляхом незаконного використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала) є час ведення оголошеної війни чи будь-якого іншого міжнародного збройного конфлікту.

(Див.: 438.1.13 – ст. 1 та 438.1.9 – ст. 2)

Якщо віроломне під прикриття використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала вбивство, поранення противника або взяття його в полон вчинене під час ведення збройного конфлікту неміжнародного характеру, такі дії кваліфікуються за ст. 435 (за наявності обов'язкових ознак складу цього злочину – *див. вище 445.4.3*) чи за ст. 445 КК України, якщо відсутні ознаки складу злочину, передбаченого ст. 435 КК України. Однак у будь-якому ви-

падку заподіяння при цьому потерпілому смерті чи тяжкого тілесного ушкодження вимагає додаткового застосування відповідно ст. 115 або ст. 121 КК України.

Стаття 446. Піратство

1. Піратство, тобто використання з метою одержання матеріальної винагороди або іншої особистої вигоди озброєного чи неозброєного судна для захоплення іншого морського чи річкового судна, застосування насильства, пограбування або інших ворожих дій щодо екіпажу чи пасажирів такого судна, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років із конфіскацією майна.

2. Ті самі діяння, якщо вони вчинені повторно або спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна.

§1. Норми міжнародного права
щодо боротьби з піратством

446.1.1. Конвенція про відкрите море
(ООН, від 29.04.1958)
(див.: 0.4.2)
«***Статья 14***
Все государства обязаны содействовать в полной мере уничтожению пиратства в открытом море и во всех других местах, находящихся за пределами юрисдикции какого бы то ни было государства.
Статья 15
Любое из перечисленных ниже действий является пиратством:
1) любой неправомерный акт насилия, задержания или грабежа, совершаемый с личными целями экипажем или пассажирами какого-либо частновладельческого судна или частновладельческого летательного аппарата и направленный
а) в открытом море против какого-либо другого судна или летательного аппарата или против лиц или имущества, находящихся на их борту,
б) против какого-либо судна или летательного аппарата, лиц или имущества в месте, находящемся за пределами юрисдикции какого бы то ни было государства;
2) любой акт добровольного участия в использовании какого-либо судна или летательного аппарата, если тот, кто этот акт совершает, знает обстоятельства, в силу которых это судно или этот летательный аппарат являются пиратским судном или пиратским летательным аппаратом,
3) любое действие, являющееся подстрекательством или сознательным содействием совершению действия, предусматриваемого в пунктах 1 или 2 настоящей статьи.
Статья 16
Пиратские действия, определяемые в статье 15, которые совершаются военным судном или государственным судном или государственным летательным аппаратом, экипаж которого поднял мятеж и захватил власть над этим судном или летательным аппаратом, приравниваются к действиям, совершаемым частновладельческим судном.
Статья 17
Судно или летательный аппарат считаются пиратским судном или пиратским летательным аппаратом, если они предназначаются лицами, имеющими над ними власть, для совершения действий, предусматриваемых в статье 15. Это относится также к судну или летательному аппарату, которым пользовались для совершения таких действий, до тех пор пока они остаются под властью лиц, виновных в этих действиях.
Статья 18
Судно или летательный аппарат может сохранять свою национальность, несмотря на то, что они стали пиратским судном или пиратским летательным аппаратом. Сохранение или утрата национальности определяется законом того государства, которым она была предоставлена». [Конвенція про відкрите море. (ООН, від 29.04.1958). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_180]

446.1.2. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права

(ООН, від 10.12.1982)

(ратифіковано Законом від 03.06.99)

«***Статья 101. Определение пиратства***

Пиратством является любое из перечисленных ниже действий:

a) любой неправомерный акт насилия, задержания или любой грабеж, совершаемый с личными целями экипажем или пассажирами какого-либо частновладельческого судна или частновладельческого летательного аппарата и направленный:

i) в открытом море против другого судна или летательного аппарата или против лиц или имущества, находящихся на их борту;

ii) против какого-либо судна или летательного аппарата, лиц или имущества в месте вне юрисдикции какого бы то ни было государства;

b) любой акт добровольного участия в использовании какого-либо судна или летательного аппарата, совершенный со знанием обстоятельств, в силу которых судно или летательный аппарат является пиратским судном или летательным аппаратом;

c) любое деяние, являющееся подстрекательством или сознательным содействием совершению действия, предусматриваемого в подпункте «a» или «b».

Статья 102. Пиратские действия, совершаемые военным кораблем, государственным судном или государственным летательным аппаратом, экипаж которого поднял мятеж

Пиратские действия, определяемые в статье 101, когда они совершаются военным кораблем, государственным судном или государственным летательным аппаратом, экипаж которого поднял мятеж и захватил контроль над этим кораблем, судном или летательным аппаратом, приравниваются к действиям, совершаемым частновладельческим судном или частновладельческим летательным аппаратом.

Статья 103. Определение пиратского судна или пиратского летательного аппарата

Судно или летательный аппарат считается пиратским судном или пиратским летательным аппаратом, если они предназначаются лицами, имеющими над ними власть, для совершения любого из действий, предусматриваемых в статье 101. Это относится также к судну или летательному аппарату, которым пользовались для совершения таких действий, до тех пор пока они остаются под властью лиц, виновных в этих действиях.

Статья 104. Сохранение или утрата национальности пиратским судном или пиратским летательным аппаратом

Судно или летательный аппарат могут сохранять свою национальность несмотря на то, что они стали пиратским судном или пиратским летательным аппаратом. Сохранение или утрата национальности определяется внутренним правом того государства, которым она была предоставлена». [Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права. (ООН, від 10.12.1982). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_057]

446.1.3. Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства

(ООН, від 10.03.1988)

(ратифіковано Постановою ВР України № 3735-XII від 17.12.93)

«***Стаття 1***

Для цілей даної Конвенції «судно» означає будь-яке судно не закріплене постійно на морському дні, включаючи судна з динамічним принципом підтримання, підводні апарати або будь-які інші плавучі засоби.

(…)

Стаття 3

1. Будь-яка особа вчинює злочин, якщо вона незаконно і навмисно:

a) захоплює судно або здійснює контроль над ним силою чи загрозою сили, або шляхом будь-якої іншої форми залякування; або

b) вчинює акт насильства проти осіб на борту судна, якщо цей акт може загрожувати безпечному плаванню даного судна; або

c) руйнує судно або спричиняє судну чи його вантажу пошкодження, яке може загрожувати безпечному плаванню даного судна; або

d) розміщує або вчинює дії з метою розміщення на борту судна яким би то не було чином пристрій чи речовину, яка може зруйнувати це судно, завдавати цьому судну чи його вантажу пошкодження, що загрожує чи може загрожувати безпечному плаванню даного судна; або

e) руйнує морське навігаційне обладнання чи завдає йому серйозні пошкодження, чи створює серйозні перешкоди в його експлуатації, якщо будь-який такий акт може загрожувати безпечному плаванню судна; або

f) повідомляє завідомо брехливі відомості, створюючи цим загрозу безпечному плаванню судна; або

g) наносить рану будь-якій особі чи вбиває її в зв'язку з вчиненням чи спробою вчинення якого-небудь із злочинів, зазначених у підпунктах «a»-«f».

2. Будь-яка особа також вчинює злочин, якщо вона:

a) намагається вчинити який-небудь із злочинів, зазначених у пункті 1; або

b) підбурює до вчинення якого-небудь із злочинів, зазначених у пункті 1, що вчинюється будь-якою особою або є іншим чином співучасником особи, яка вчинює такий злочин; або

c) погрожує, з умовою чи без такої, як це передбачено національним законодавством, з метою примусити фізичну чи юридичну особу вчинити яку-небудь дію чи утриматися від неї, вчинити який-небудь із злочинів, зазначених у підпунктах «b», «c» та «e» пункту 1, якщо ця загроза може погрожувати безпечному плаванню судна, про яке йде мова.

Стаття 4

1. Ця Конвенція застосовується, якщо судно здійснює плавання або його маршрут включає плавання у води, через води чи з вод, розташованих за зовнішньою межею територіального моря будь-якої однієї держави або за боковими межами її територіального моря з сусідніми державами.

2. У випадках, коли ця Конвенція не застосовується згідно з пунктом 1, вона принаймні застосовується, якщо злочинець чи гаданий злочинець перебуває на території держави-учасниці іншої, ніж держава, зазначена у пункті 1.

Стаття 5

Кожна держава-учасниця передбачає відповідні покарання за злочини, зазначені в статті 3». [Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства. (ООН, від 10.03.1988). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_220]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права у контексті ст. 446 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

446.4.1. За міжнародним правом піратським судном визнається морське судно або літальний апарат, які знаходяться у приватній власності, а також морське судно або літальний апарат державної форми власності, що знаходяться під незаконним контролем приватних осіб (наприклад, пасажирів чи екіпажу, що вчинив заколот), якщо такі судна чи літальні апарати призначаються особами, які мають над ними владу (контроль), для нападу, затримання чи захоплення іншого судна чи літального апарата та майна на ньому.

(Див.: 446.4.1 – п. «a» ст. 15 і ст. 16; 446.1.2 – п. (i) ст. 101 та ст. 102)

Однак за буквальним розумінням змісту диспозиції ст. 446 КК України піратським судном визнається озброєне чи неозброєне судно, яке використовується з метою одержання матеріальної винагороди або іншої особистої вигоди для захоплення іншого морського чи річкового судна, застосування насильства, пограбування або інших ворожих дій щодо екіпажу чи пасажирів захопленого судна. Це означає, що ст. 446 КК України порівняно з нормами міжнародних договорів звужує і одночасно розширює ознаки піратського судна. Звуження полягає в тому, що ст. 446 КК України не відносить до піратських повітряні судна (літальні апарати).

Розширення полягає в тому, що до піратського судна кримінальний закон України відносить судна без обмеження форми власності.

446.4.2. За міжнародним правом предметом злочину є морське судно або літальний апарат. (Див.: 446.4.1; 446.1.2)

Однак за змістом диспозиції ст. 446 КК України предметом злочину визнається морське чи річкове судно. Це означає, що ст. 446 КК України порівняно з нормами міжнародних договорів звужує і одночасно розширює ознаки предмета злочину. Звуження полягає в тому, що ст. 446 КК України не відносить до предмета злочину повітряні судна (літальні апарати). Захоплення повітряного судна має кваліфікуватися за відповідною частино ст. 278 КК України.

Розширення полягає в тому, що до предмета піратства кримінальний закон України відносить не тільки морські, а й річкові судна.

446.4.3. За міжнародним правом місцем вчинення піратства визнається відкрите море і всі інші місця, що знаходяться за межами юрисдикції будь-якої держави.
(Див.: 446.4.1 – ст. 14; 446.1.2 – п. (i) та п. (ii) ст. 101)

Однак за змістом диспозиції ст. 446 КК України місцем вчинення злочину визнається акваторія моря чи річки без конкретизації – належить ця акваторія до території України, чи знаходиться за її межами. Це означає, що чинність ст. 445 має визначатися за правилами статей 6–8 КК України. У випадку вчинення піратства на території України винні особи підлягають кримінальній відповідальності за ст. 445 КК України. У випадку вчинення піратських дії у відкритому морі або в будь-якому іншому місці поза юрисдикцією України, міжнародні договори наділяють будь-яку країну юрисдикцією «виносити постанови про накладення покарань» на винних у піратстві осіб незалежно від їх громадянства чи громадянства їх жертв (*див.: 6.4.4*).

Стаття 447. Найманство

1. Вербування, фінансування, матеріальне забезпечення, навчання найманців з метою використання у збройних конфліктах, воєнних або насильницьких діях, спрямованих на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу, захоплення державної влади, перешкоджання діяльності органів державної влади чи порушення територіальної цілісності, а також використання найманців у збройних конфліктах, воєнних або насильницьких діях –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

2. Ті самі діяння, вчинені службовою особою з використанням службового становища, –

караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, що призвели до загибелі людини, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі з конфіскацією майна або без такої.

4. Участь найманця у збройному конфлікті, воєнних або насильницьких діях –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

5. Найманець звільняється від кримінальної відповідальності за дії, передбачені частиною четвертою цієї статті, якщо він до притягнення до кримінальної відповідальності добровільно припинив участь у збройному конфлікті, воєнних або насильницьких діях та повідомив про свою участь у конфлікті, воєнних або насильницьких діях або іншим чином сприяв припиненню або розкриттю злочинів, передбачених частинами першою – третьою цієї статті, якщо в його діях немає складу іншого злочину.

Примітка. Під найманцем у цій статті слід розуміти особу, яка:

1) спеціально завербована в Україні чи за її межами для того, щоб брати на території України чи території інших держав участь у збройному конфлікті, воєнних або насильницьких діях, спрямованих на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу, захо-

плення державної влади, перешкоджання діяльності органів державної влади чи порушення територіальної цілісності;

2) бере участь у воєнних або насильницьких діях з метою одержання будь-якої особистої вигоди;

3) не є ні громадянином (підданим) сторони, що перебуває у конфлікті, ні особою, яка постійно на законних підставах проживає на території, яка контролюється стороною, що перебуває у конфлікті;

4) не входить до особового складу збройних сил держави, на території якої здійснюються такі дії;

5) не послана державою, яка не є стороною, що перебуває у конфлікті, для виконання офіційних обов'язків як особи, яка входить до складу її збройних сил.

(Стаття 447 в редакції Закону № 716-VIII від 06.10.2015)

§1. Норми міжнародного права
щодо найманства

447.1.1. Міжнародна конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців

(ООН, від 04.12.1989)

(ратифіковано Постановою ВР України № 3381-XII від 14.07.93) (див. також: 0.2.4)

«***Стаття 1***

Для цілей цієї Конвенції:

1. Термін «найманець» означає будь-яку особу, яка:

a) спеціально завербована на місці або за кордоном, щоб битися у збройному конфлікті;

b) беручи участь у воєнних діях, керується головним чином бажанням одержати особисту вигоду і якій дійсно обіцяно стороною або за дорученням сторони, що перебуває у конфлікті, матеріальну винагороду, що істотно перевищує винагороду, яка обіцяна чи виплачується комбатантам такого ж рангу і функції, які входять до особового складу збройних сил даної сторони;

c) не є ні громадянином сторони, що перебуває у конфлікті, ні особою, яка постійно проживає на території, що контролюється стороною, яка перебуває у конфлікті;

d) не входить до особового складу збройних сил сторони, що перебуває у конфлікті; та

e) не послана державою, яка не є стороною, що перебуває у конфлікті, для виконання офіційних обов'язків як особи, яка входить до складу її збройних сил.

2. Термін «найманець» означає також будь-яку особу, яка у будь-якій іншій ситуації:

a) спеціально завербована на місці або за кордоном для участі у спільних насильницьких діях, спрямованих на:

i) повалення уряду або інший підрив конституційного порядку держави або

ii) підрив територіальної цілісності держави;

b) беручи участь у таких діях, керуються головним чином бажанням одержати значну особисту вигоду і яка спонукається до цього обіцянкою виплати або виплатою матеріальної винагороди;

c) не є ні громадянином, ні постійним жителем держави, проти якої спрямовані такі дії;

d) не надіслана державою для виконання офіційних обов'язків; і

e) не входить до особового складу збройних сил держави, на території якої здійснюються такі дії.

Стаття 2

Будь-яка особа, яка вербує, використовує, фінансує або навчає найманців, визначення яких міститься у статті 1 цієї Конвенції, чинить злочин за змістом цієї Конвенції.

Стаття 3

1. Найманець, згідно з визначенням, що міститься у статті 1 цієї Конвенції, який безпосередньо бере участь у воєнних або спільних насильницьких діях, залежно від обставин, чинить злочин за змістом цієї Конвенції.

2. Ніщо у цій статті не обмежує сфери застосування статті 4 цієї Конвенції.

Стаття 4

Злочин чинить будь-яка особа, яка:

a) намагається вчинити один із злочинів, зазначених у цій Конвенції;

b) є співучасником особи, яка чинить або намагається вчинити будь-який зі злочинів, зазначених у цій Конвенції.

Стаття 5

1. Держави-учасниці не вербують, не використовують, не фінансують і не навчають найманців і забороняють таку діяльність відповідно до положень цієї Конвенції.

2. Держави-учасниці не вербують, не використовують, не фінансують і не навчають найманців для цілі протидії законному здійсненню невід'ємного права народів на самовизначення, визнаного міжнародним правом, і вживають відповідно до міжнародного права належних заходів для запобігання вербуванню, використанню, фінансуванню або навчанню найманців з цією метою.

3. Держави-учасниці передбачають відповідні покарання за злочини, зазначені у цій Конвенції, з урахуванням серйозного характеру цих злочинів». [Міжнародна конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців. (ООН, від 04.12.1989). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_103]

447.1.2. Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів

(ООН, від 08.06.1977)

(ратифіковано Указом ПВР № 7960-XI від 18.08.1989)

*«**Стаття 47. Найманці***

1. Найманець не має права на статус комбатанта або військовополоненого.

2. Найманець – це будь-яка особа, яка:

a) спеціально завербована на місці або за кордоном для того, щоб брати участь у збройному конфлікті;

b) фактично бере безпосередню участь у воєнних діях;

c) бере участь у воєнних діях, керуючись, головним чином, бажанням одержати особисту вигоду, і якій дійсно було обіцяно стороною або за дорученням сторони, що перебуває в конфлікті, матеріальну винагороду, що істотно перевищує винагороду, яка обіцяна чи сплачується комбатантам такого ж рангу і функцій, які входять до особового складу збройних сил даної сторони;

d) не є ні громадянином сторони, що перебуває в конфлікті, ні особою, яка постійно проживає на території, яка контролюється стороною, що перебуває в конфлікті;

e) не входить до особового складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті;

f) не послана державою, яка не є стороною, що перебуває в конфлікті, для виконання офіційних обов'язків як особи, яка входить до складу її збройних сил». [Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (ООН, від 08.06.1977). http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_199]

§4. Науково-практичний коментар щодо застосовності

норм міжнародного права в контексті ст. 447 КК України *(див. також: коментар загального характеру в пунктах 0.4.3–0.4.5)*

447.4.1. Міжнародна конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців розрізняє два різновиди найманців: 1) особа, яка завербована для участі у спільних насильницьких діях, спрямованих на повалення уряду або інший підрив конституційного порядку держави або підрив територіальної цілісності держави; 2) особа, яка завербована щоб битися у збройному конфлікті, що не має спрямованості на повалення уряду або інший підрив конституційного порядку держави або підрив територіальної цілісності держави.

(Див.: 447.1.1 – ст. 1)

Натомість примітка до ст. 447 КК України до найманців відносить лише один різновид – особа, яка завербована для участі у збройному конфлікті, воєнних або насильницьких діях, спрямо-

ваних на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу, захоплення державної влади, перешкоджання діяльності органів державної влади чи порушення територіальної цілісності.

447.4.2. Міжнародна конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців ознакою найманця, завербованого для участі у спільних насильницьких діях, спрямованих на повалення уряду або інший підрив конституційного порядку держави або підрив територіальної цілісності держави, вказує, серед інших, таку ознаку – бажання найманця одержати обіцяну стороною або за дорученням сторони, що перебуває у конфлікті, значну особисту вигоду.

(Див.: 447.1.1. – п. 2b ст. 1)

Натомість примітка до ст. 447 КК України встановлює, що найманець бере участь у воєнних або насильницьких діях з метою одержання будь-якої особистої вигоди. Така відмінність національного кримінального закону від норм міжнародних договорів обумовлює вірогідність оскарження засудження за ст. 447 КК України особи, яка брала участь у воєнних діях за винагороду в розмірі звичайного грошового утримання, що належить військовослужбовцям особового складу збройних сил відповідної сторони.

ПРИКІНЦЕВІ ТА ПЕРЕХІДНІ ПОЛОЖЕННЯ

Розділ I

1. Цей Кодекс набирає чинності з 1 вересня 2001 року.

2. З набранням чинності цим Кодексом втрачають чинність:

Кримінальний кодекс Української РСР від 28 грудня 1960 року (Відомості Верховної Ради УРСР, 1961 р., №2, ст. 14) із змінами, внесеними до нього, крім Переліку майна, що не підлягає конфіскації за судовим вироком (Додаток до цього Кодексу);

Закон Української РСР «Про затвердження Кримінального кодексу Української РСР» (Відомості Верховної Ради УРСР, 1961 р., №2, ст. 14);

статті 1, 2 та 5 Указу Президії Верховної Ради Української РСР від 20 квітня 1990 року «Про відповідальність за дії, спрямовані проти громадського порядку і безпеки громадян» (Відомості Верховної Ради УРСР, 1990 р., №18, ст. 278);

Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 26 грудня 1990 року «Про відповідальність за порушення порядку користування картками споживача на право придбання товарів та іншими офіційними документами» (Відомості Верховної Ради УРСР, 1991 р., №3, ст. 13);

стаття 3 Указу Президії Верховної Ради Української РСР від 28 січня 1991 року «Про відповідальність за порушення вимог режиму радіаційної безпеки, заготівлю, переробку і збут радіоактивно забруднених продуктів харчування» (Відомості Верховної Ради УРСР, 1991 р., №11, ст. 106);

Указ Президії Верховної Ради України від 21 січня 1992 року «Про відповідальність за виготовлення з метою збуту та збут підроблених купонів багаторазового використання» (Відомості Верховної Ради України, 1992 р., №18, ст. 246).

3. Кабінету Міністрів України у тримісячний термін з дня опублікування цього Кодексу підготувати та подати на розгляд Верховної Ради України перелік законодавчих актів, які мають бути визнані такими, що втратили чинність у зв'язку з набранням чинності цим Кодексом.

Розділ II

1. Звільнити від покарання (основного і додаткового) відповідно до частини другої статті 74 цього Кодексу осіб, засуджених за Кримінальним кодексом України 1960 року за діяння, відповідальність за які не передбачена цим Кодексом: а) осіб, засуджених на підставі частини третьої статті 5 Кримінального кодексу України 1960 року;

б) осіб, засуджених за готування до злочину за частиною першою статті 17 та відповідними статтями Особливої частини Кримінального кодексу України 1960 року, якщо ці злочини належать до злочинів невеликої тяжкості;

в) осіб, засуджених за статтями 108^{1}, 110, 134^{1}, 125, 126, 147^{2}, 147^{3}, 149, 154, 155^{2}, 155^{3}, 155^{5}, 155^{6}, 159, 169, 176^{3}, 183^{2}, 183^{4}, 187, 187^{7}, 187^{8}, 189, 189^{1}, 193^{1}, 199, 202, 206 (частина перша), 208^{1}, 208^{2}, 229^{8}, 237 Кримінального кодексу України 1960 року;

г) осіб, засуджених за частиною першою статті 133, статтями 147 (частина перша), 148^{3}, 161 (частина перша), 187^{4}, 187^{8}, 192 (частина третя), 196^{1} (частина перша), 199 (частини перша і друга), 207^{1}, 227^{2} (частина перша), умовою застосування яких за Кримінальним кодексом України 1960 року було попереднє накладення на цих осіб адміністративного стягнення;

ґ) осіб, засуджених за злочини, вчинені у віці від 14 до 16 років, передбачені статтями 78^{1}, 97, 98, 106 (частина перша) Кримінального кодексу України 1960 року;

д) осіб, засуджених за статтею 186 Кримінального кодексу України 1960 року (за винятком засуджених за заздалегідь не обіцяне приховування тяжких і особливо тяжких злочинів), а також осіб, зазначених у частині другій статті 396 цього Кодексу, засуджених за заздалегідь не обіцяне приховування за статтею 186 Кримінального кодексу України 1960 року;

е) осіб, засуджених на підставі Указу Президії Верховної Ради Української РСР від 26 грудня 1990 року «Про відповідальність за порушення порядку користування картками споживача на право придбання товарів та іншими офіційними документами» і Указу Президії Верховної Ради України від 21 січня 1992 року «Про відповідальність за виготовлення з метою збуту та збут підроблених купонів багаторазового використання».

2. Звільнити від покарання: а) осіб, засуджених вперше до покарання у виді позбавлення волі за злочини невеликої тяжкості, вчинені у віці до 18 років, відповідно до вимог частини другої статті 12 та частини другої статті 102 цього Кодексу;

б) військовослужбовців, засуджених до покарання у виді направлення в дисциплінарний батальйон на строк до шести місяців;

в) осіб, засуджених на підставі частини першої статті 29 Кримінального кодексу України 1960 року, які відбувають це покарання не за місцем роботи, а в інших місцях, але в районі проживання засудженого, а також осіб, засуджених до виправних робіт без позбавлення волі на строк до шести місяців.

3. Закрити всі кримінальні справи щодо осіб, які вчинили злочини, передбачені Кримінальним кодексом України 1960 року, що перелічені в пункті 1 цього розділу.

4. Особи, які відбувають покарання, призначене за сукупністю вироків, у разі звільнення їх від відбування покарання за окремі злочини на підставі пункту 1 цього розділу продовжують відбувати покарання, призначене вироком суду за інші злочини, що входять у сукупність, якщо це покарання ними ще не відбуте. Призначене покарання підлягає зменшенню також у випадках, передбачених пунктом 5 цього розділу.

5. Знизити відповідно до частини третьої статті 74 цього Кодексу міри покарання, призначені за Кримінальним кодексом України 1960 року, якщо вони перевищують санкції відповідних статей цього Кодексу до максимальних меж покарання, встановлених цим Кодексом. Зменшити відповідно до частини першої статті 55 цього Кодексу до трьох років строк покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, призначеного як додаткове покарання. Зменшити відповідно до частин другої та третьої статті 100 цього Кодексу до одного року строк виправних робіт, призначених неповнолітнім, а також розмір відрахування з їх заробітку до 10 відсотків.

6. Осіб, які відбувають покарання за вироком суду у виді позбавлення волі на строк до п'яти років в колоніях-поселеннях, вважати такими, які відбувають покарання у виді обмеження волі, передбачене статтею 61 цього Кодексу.

7. Особи, позбавлені батьківських прав відповідно до статті 38 Кримінального кодексу України 1960 року, можуть бути поновлені в цих правах лише в порядку, передбаченому Кодексом про шлюб та сім'ю України. Особи, засуджені до покарання у виді громадської догани (стаття 33 Кримінального кодексу України 1960 року), якщо у них до набрання чинності цим Кодексом не була погашена судимість, вважаються такими, що не мають судимості.

8. Не приводити у виконання вироки судів в частині конфіскації майна і стягнення штрафу, якщо до набрання чинності цим Кодексом конфісковане майно не було вилучене і реалізоване, а штраф не був стягнутий у разі, якщо за даний злочин цим Кодексом конфіскація майна і накладення штрафу не передбачені.

9. З дня набрання чинності цим Кодексом не є особливо небезпечними рецидивістами особи, визнані такими відповідно до статті 26 Кримінального кодексу України 1960 року. Якщо ці особи продовжують відбувати призначене їм покарання, то вироки судів щодо них підлягають зміні в частині визнання їх особливо небезпечними рецидивістами. У разі потреби змінюється кваліфікація вчинених ними злочинів, а також зменшується покарання відповідно до частини третьої статті 74 цього Кодексу. Якщо особи, зазначені в першому реченні цього пункту, відбули призначене їм покарання, але мають незняту судимість, то погашення судимості у цих осіб здійснюється за правилами, передбаченими статтями 89 і 90 цього Кодексу.

10. Переглянути всі справи про злочини осіб, які вчинили розкрадання державного або колективного майна у великих чи особливо великих розмірах, передбачене частиною четвертою статті 81, частиною четвертою статті 82, частиною четвертою статті 84, частиною другою статті 86, статтею 86^1 Кримінального кодексу України 1960 року, для вирішення питань про зміну кваліфікації дій цих осіб на відповідні частини і статті цього Кодексу (статті 185, 186, 187, 190, 191).

Міри покарання особам, які засуджені за розкрадання у великих чи особливо великих розмірах за статтями 81, 82, 83, 84, 86, 86^1 Кримінального кодексу України 1960 року і не відбули покарання, привести у відповідність із покараннями, встановленими санкціями статей 185, 186,

187, 190, 191 цього Кодексу у разі, якщо призначене судом покарання за відповідний злочин є більш суворим, ніж передбачене цим Кодексом.

11. Правила, встановлені Кримінальним кодексом України 1960 року щодо давності, умовно-дострокового звільнення від відбування покарання, заміни невідбутої частини покарання більш м'яким, погашення і зняття судимості, поширюються на осіб, які вчинили злочини до набрання чинності цим Кодексом, за винятком випадків, якщо цим Кодексом пом'якшується кримінальна відповідальність зазначених осіб.

12. У разі призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом за злочин, вчинений до набрання чинності цим Кодексом, суду слід керуватися вимогами статті 44 Кримінального кодексу України 1960 року.

13. У разі призначення покарання за сукупністю злочинів, вчинених до набрання чинності цим Кодексом, застосовується стаття 42 Кримінального кодексу України 1960 року. Якщо хоча б один із злочинів, що входять у сукупність, вчинений після набрання чинності цим Кодексом, то застосовується стаття 70 або частина друга статті 103 цього Кодексу.

Якщо особа, яка відбуває покарання, вчинить після набрання чинності цим Кодексом новий злочин, то при призначенні їй покарання за сукупністю вироків застосовується стаття 71 або частина друга статті 103 цього Кодексу.

14. При вирішенні питання про звільнення від відбування покарання з випробуванням осіб, які вчинили злочини після набрання чинності цим Кодексом, суд застосовує статті 75–77 цього Кодексу.

Скоротити відповідно до частини третьої статті 104 цього Кодексу умовно засудженим неповнолітнім іспитовий строк до двох років, якщо визначений судом іспитовий строк вище цієї межі.

15. До осіб, засуджених до покарання у виді позбавлення волі із застосуванням відстрочки виконання вироку відповідно до статті 46^1 Кримінального кодексу України 1960 року, застосовується стаття 78 цього Кодексу.

16. У разі звільнення від кримінальної відповідальності та покарання осіб, які вчинили злочин до набрання чинності цим Кодексом, внаслідок зміни обстановки і втрати суспільної небезпечності діянням або особою, яка його вчинила, слід керуватися частиною першою або частиною другою статті 50 Кримінального кодексу України 1960 року.

17. Вчинення особою злочину до набрання чинності цим Кодексом, а також наявність у такої особи не погашеної і не знятої у встановленому законом порядку судимості враховується при кваліфікації вчиненого нею нового злочину, а також в інших випадках, передбачених цим Кодексом.

18. При вирішенні питання про віднесення злочинів, передбачених Кримінальним кодексом України 1960 року, які були вчинені до набрання чинності цим Кодексом, до злочинів невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжких або особливо тяжких слід керуватися статтею 12 цього Кодексу, якщо це пом'якшує кримінальну відповідальність осіб, які вчинили злочини до набрання чинності цим Кодексом. В інших випадках необхідно застосовувати відповідні положення Кримінального кодексу України 1960 року.

19. Перегляд справ щодо осіб, які були засуджені на підставі Кримінального кодексу України 1960 року, а також закриття справ щодо осіб, які вчинили злочини до набрання чинності цим Кодексом і справи стосовно яких перебувають у провадженні судів, органів досудового слідства чи дізнання, здійснюються судом.

20. Органи, які виконують вироки судів, зобов'язані надавати судам необхідні матеріали щодо осіб, які відбувають покарання.

21. Питання, передбачені в пунктах 3, 4, 6, 7, 9, 10, 15 цього розділу, розглядаються судом за поданням адміністрації місця виконання покарання або прокурора у відкритому судовому засіданні з участю прокурора і представника адміністрації місця виконання покарання у випадках, якщо справа розглядається за її поданням.

Ухвалу (постанову) суду з цих питань може бути оскаржено засудженим чи його захисником або внесено на неї відповідне подання прокурора в порядку, передбаченому Кримінально-процесуальним кодексом України.

(Абзац другий пункту 21 розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» в редакції Закону №1130-IV від 11.07.2003)

Покажчик міжнародних договорів, декларацій, рекомендацій та інших міжнародних документів

1. Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity. URL: https://undocs.org/en/A/RES/2391(XXIII).
2. Council of Europe. Recommendation Rec 5 of the Committee of Ministers to member States on the protection of women against violence. URL: https://rm.coe.int/09000016805e2612.
3. European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes against Humanity and War Crimes. URL: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007617f.
4. Антидопінгова конвенція (Рада Європи, від 16.11.1989). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_228.
5. Базельська конвенція про контроль за транскордонним перевезенням небезпечних відходів та їх видаленням (ООН, від 22.03.1989). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_022.
6. Базельська конвенція про контроль за транскордонним перевезенням небезпечних відходів та їх видаленням (ООН, від 22.03.1989). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_022.
7. Визначення агресії (Резолюція, прийнята XXIX сесією Генеральної Асамблеї ООН 14 грудня 1974 р.) URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/aggression.shtml.
8. Віденська конвенція про дипломатичні зносини (ООН, від 18.04.1961). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_048.
9. Віденська Конвенція про консульські зносини (ООН, від 24.04.1963). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show.
10. Віденська конвенція про право міжнародних договорів (ООН, від 23.05.1969). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_118.
11. Віденська конвенція про представництво держав у їх відносинах з міжнародними організаціями універсального характеру (ООН, від 14.03.1975). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_254.
12. Всесвітній антидопінговий кодекс. URL: http://www.nadc.org.ua/pravo/dokumentaciya_vada/kodeks.
13. Всесвітня поштова конвенція (Всесвітній поштовий союз, від 11.10.2012). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/055_001–12.
14. Гаазька конвенція (III) про відкриття воєнних дій (від 18.10.1907). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_b85.
15. Гаазька конвенція (IV) про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі (від 18.10.1907). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_222.
16. Гаазька конвенція про встановлення підводних мін, що автоматично підриваються від зіткнення (від 18.10.1907). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_197.
17. Генеральна угода про привілеї та імунітети Ради Європи (Рада Європи, від 02.09.1949). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_019.
18. Декларація Організації Об'єднаних Націй про боротьбу з корупцією і хабарництвом у міжнародних комерційних операціях (ООН, від 16.12.1996). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_369.
19. Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою (ООН від 29.11.1985). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_114.
20. Декларація прав дитини (ООН, від 20.11.1959). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_384.
21. Декларація про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання (ООН, від 09.12.1975). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_084.

22. Декларація про незастосування куль, що легко розгортаються та сплющуються (Міжнародна Конференцій Миру в Гаазі, від 29.07.1899). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_196.
23. Декларація про скасування застосування вибухових та запалювальних куль (Воєнна міжнародна комісія в Санкт-Петербурзі, від 29.11.1868). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_195.
24. Договір про всеосяжну заборону ядерних випробувань (ООН, від 24.09.1996). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_372.
25. Договір про заборону розміщення на дні морів і океанів та в його надрах ядерної зброї та інших видів зброї масового знищення (ООН, від 11.02.1971). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_385.
26. Договір про захист художніх і наукових закладів та історичних пам'яток (Пакт Реріха) (Вашингтон, від 15.04.1935). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_191.
27. Договір про нерозповсюдження ядерної зброї (ООН, від 01.07.1968). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_098/.
28. Договір про принципи діяльності держав по дослідженню і використанню космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла (ООН, від 27.01.1967). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_480.
29. Додаткова конвенція про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв подібних до рабства (ООН, від 07.09.1956). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_160.
30. Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (ООН, від 08.06.1977). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_199.
31. Додатковий протокол (II) до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (ООН, від 08.06.1977). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_200.
32. Додатковий протокол до Європейської конвенції про видачу правопорушників (Рада Європи, від 15.10.1975). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_034.
33. Додатковий протокол до Європейської Конвенції про передачу засуджених осіб (Рада Європи, від 18.12.1997). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_335.
34. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми (Протокол III) (ООН, від 08.12.2005). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_g74.
35. Додатковий протокол до Конвенції про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію. Протокол про засліплюючу лазерну зброю (Протокол IV) (ООН, від 13.10.1995). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_894.
36. Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи (Рада Європи, від 28.01.2003). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_687.
37. Додатковий протокол до Конвенції про права людини та біомедицину щодо трансплантації органів і тканин людини (ETS N 186) (Рада Європи, від 24.01.2002). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_684.
38. Додатковий протокол до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 191) (Рада Європи, від 15.05.2003). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_172.
39. Додатковий протокол про привілеї та імунітети Організації Чорноморського Економічного Співробітництва (Чорноморське Економічне Співробітництво, від 30.04.1999). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/998_026.
40. Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах (Рада Європи, від 08.11.2001). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_518.
41. Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про видачу правопорушників (Рада Європи, від 17.03.1978). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_035.
42. Другий протокол до Генеральної угоди про привілеї та імунітети Ради Європи (Рада Європи, від 15.12.1956). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_021.

43. Елементи злочинів (Асамблея держав-учасниць Міжнародного кримінального суду, від 3–10.09.2002 та від 31.05–11.06.2010). URL: http://www.un.org/ru/documents/rules/icc_elements.pdf.
44. Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом (ETS N 90) (Рада Європи, від 27.01.1977). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_331.
45. Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах (Рада Європи, від Рада Європи, від 20.04.1959). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_036.
46. Європейська конвенція про видачу правопорушників (Рада Європи, від 13.12.1957). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_033.
47. Європейська конвенція про громадянство (Рада Європи, від 06.11.1997). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_004.
48. Європейська конвенція про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню (Рада Європи, від 26.11.1987). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_068.
49. Європейська конвенція про захист домашніх тварин (Рада Європи, від 13.11.1987). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_a15.
50. Європейська конвенція про захист хребетних тварин, що використовуються для дослідних та інших наукових цілей (Рада Європи, від 18.03.1986). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_137.
51. Європейська конвенція про контроль за придбанням та зберіганням вогнепальної зброї приватними особами (ETS N 101) (Рада Європи, від 28.06.1978). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_320.
52. Європейська конвенція про нагляд за умовно засудженими або умовно звільненими правопорушниками (ETS 051) (Рада Європи, від 30.11.1964). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_007.
53. Європейська конвенція про незастосування строків давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів (Рада Європи, від 25.01.1974). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_125.
54. Європейська конвенція про охорону археологічної спадщини (переглянута) (ETS N 143) (Рада Європи, від 16.01.1992). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_150.
55. Європейська конвенція про передачу провадження у кримінальних справах (ETS N 73) (Рада Європи, від 15.05.1972). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_008.
56. Європейська конвенція про правопорушення, що пов'язані з культурною власністю (Рада Європи, від 23.06.1985). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_049.
57. Європейська угода про осіб, які беруть участь у процесі Європейського суду з прав людини (Рада Європи, від 05.03.1996). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_324.
58. Європейські пенітенціарні (в'язничні) правила (Рада Європи, від 12.02.1987). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_032.
59. Єдина конвенція про наркотичні засоби (ООН, від 30.03.1961). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_177.
60. Женевська Конвенція (I) про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях (ООН, від 12.08.1949). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_151.
61. Женевська Конвенція (II) про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі (ООН, від 12.08.1949). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_152.
62. Женевська Конвенція (III) про поводження з військовополоненими (ООН, від 12.08.1949). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_153.
63. Женевська Конвенція (IV) про захист цивільного населення під час війни (ООН, від 12.08.1949). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_154.
64. Загальна декларація прав людини (ООН, від 10.12.1948). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_015.
65. Захист викривачів (ПАРЄ, Резолюція 1729 (2010). URL: https://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/russian_documents /2010 /%5BApr2010%5D/Res1729_rus.asp.

66. Захист прав людини та гідності смертельно хворих і вмираючих (ПАРЄ, Рекомендація 1418–1999). URL: http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16722&lang=en.
67. Керівні принципи запобігання злочинності серед неповнолітніх Організації Об'єднаних Націй (Ер-Ріядські керівні принципи) (ООН, від 14.12.1990). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_861.
68. Кодекс належної практики у виборчих справах (Code of Good Practice in Electoral Matters) (Венеціанська комісія, 18–19.10.2002). URL: www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx).
69. Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку (ООН, від 17.12.1979). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_282.
70. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 11 – Стаття 20» (Дев'ятнадцята сесія (1983 рік). URL: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx.
71. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 15 – Положення іноземців відповідно до Пакту» (Двадцять сьома сесія – 1986 рік). URL: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx.
72. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 18 – недискримінація» (Тридцять сьома сесія – 1989 рік). URL: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx.
73. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 20 – Стаття 7 (заборона катувань або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання)» (Сорок четверта сесія – 1992 рік). URL: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx.
74. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 22 (стаття 18)» (ООН, від 20.07.1993). URL: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx.
75. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 23 (стаття 27)» (1994 рік). URL: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx.
76. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 27 Стаття 12 (свобода пересування)» (шістдесят сьома сесія – 1999 рік). URL: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx.
77. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 28 – Стаття 3 (рівноправність чоловіків і жінок)» (Шістдесят восьма сесія – 2000 рік). URL: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx.
78. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 32 – Стаття 14 (Рівність перед судами і трибуналами і право кожного на справедливий судовий розгляд)» (Дев'яноста сесія – 2007 рік).
79. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 34 – Стаття 19 (Свобода поглядів і їх вираження)» (Сто друга сесія – 2011 рік). URL: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx.
80. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 8 – Стаття 9 (право на свободу та особисту недоторканність)» (Шістнадцята сесія (1982 рік). URL: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx.
81. Комітет ООН з прав людини «Зауваження загального порядку № 25 (1996 рік). URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.7&Lang=en.
82. Конвенція 1993 року про запобігання великим промисловим аваріям (Міжнародна організація праці, від 22.06.1993). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_107.
83. Конвенція з охорони та використання транскордонних водотоків та міжнародних озер (ООН, від 17.03.1992). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_273.

84. Конвенція країн СНД 1993 року про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (СНД, від 22.01.1993). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_009.
85. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права (ООН, від 10.12.1982). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_057.
86. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин (ООН, від 20.12.1988). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_096.
87. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (ООН від 31.10.2003). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16.
88. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності (ООН, від 15.11.2000). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_789.
89. Конвенція про бомбардування морськими силами під час війни (IX Гаазька конвенція) (Конференція в Гаазі від 18.10.1907). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_766.
90. Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден (ООН, від 16.12.1970). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/954_014.
91. Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації (ООН, від 23.09.1971). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_165.
92. Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства (ООН, від 10.03.1988). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_220.
93. Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами (ООН, від 02.12.1949). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_162.
94. Конвенція про відкрите море (ООН, від 29.04.1958). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_180.
95. Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхуська конвенція) (ООН, від 25.06.1998). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_015.
96. Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію (ООН, від 10.10.1980). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_266.
97. Конвенція про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище (ООН, від 18.05.1977). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_258.
98. Конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, виробництва і передачі протипіхотних мін та про їхнє знищення (ООН, від 18.09.1997). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_379.
99. Конвенція про заборону розробки, виробництва та накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) і токсинної зброї та про їх знищення (ООН, від 10.04.1972). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_054.
100. Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення (ООН, від 13.01.1993). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_182.
101. Конвенція про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці N 182 (ООН, від 20.11.1989). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_166.
102. Конвенція про запобігання забрудненню моря скидами відходів та іншими матеріалами (багатостороння, від 29.12.1972). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_127.
103. Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (ООН, від 09.12.1948) URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_155.
104. Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (Рада Європи, від 11.05.2011). URL: https://rm.coe.int/1680096e45.
105. Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів (ООН, від 14.12.1973). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_389.
106. Конвенція про захист довкілля засобами кримінального законодавства (ETS № 172) (Рада Європи, від 04.11.1998). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_560.

107. Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту (ООН, від 14.05.1954). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_157.
108. Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину (Рада Європи, від 04.04.1997). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_334.
109. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Рада Європи, від 04.11.1950). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
110. Конвенція про захист Чорного моря від забруднення 1992 року (багатостороння, від 21.04.1992). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_065.
111. Конвенція про заходи, спрямовані на заборону та запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності (ЮНЕСКО, від 14.11.1970). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_186.
112. Конвенція про кіберзлочинність (Рада Європи, від 23.11.2001). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_575.
113. Конвенція про континентальний шельф (ООН, від 29.04.1958). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_179.
114. Конвенція про Міжнародні правила запобігання зіткненню суден на морі 1972 року (Міжнародна морська організація, від 20.10.1972). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_137.
115. Конвенція про міжнародну цивільну авіацію (ІКАО, від 07.12.1944). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_038.
116. Конвенція про мінімальний вік для прийому на роботу N 138 (Міжнародна організація праці, від 26.06.1973). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_054.
117. Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства (ООН, від 26.11.1968). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_168.
118. Конвенція про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини (ЮНЕСКО, від 16.11.1972). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_089.
119. Конвенція про охорону дикої флори та фауни і природних середовищ існування в Європі (Рада Європи, від 19.09.1979). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_032.
120. Конвенція про охорону нематеріальної культурної спадщини (ЮНЕСКО, від 17.10.2003). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_d69.
121. Конвенція про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу (ООН, від 09.12.1994). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_025.
122. Конвенція про передачу осіб, які страждають психічними розладами, для проведення примусового лікування (СНД – від 28.03.1997). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/997_028.
123. Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях (ООН, від 12.08.1949). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_151.
124. Конвенція про права дитини (ООН, від 20.11.1989). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_021.
125. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (СНД, від 22.01.1993). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_009.
126. Конвенція про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна (ООН, від 14.09.1963). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_244.
127. Конвенція про привілеї та імунітети Об'єднаних Націй (ООН, від 13.02.1946). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_150.
128. Конвенція про привілеї та імунітети спеціалізованих установ ООН (ООН, від 21.11.1947). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_170.
129. Конвенція про примусову чи обов'язкову працю N 29 (Міжнародна організація праці, від 28.06.1930). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_136.
130. Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього (ООН, від 30.11.1973). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_149.
131. Конвенція про психотропні речовини (ООН, від 21.02.1971). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_176.
132. Конвенція про рабство (Ліга Націй, від 25.09.1926). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_857.

133. Конвенція про скасування примусової праці N 105 (Міжнародна організація праці, від 25.06.1957). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_013.
134. Конвенція про спеціальні місії (ООН, від 08.12.1969). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_092.
135. Конвенція про територіальне море та прилеглу зону (ООН, від 29.04.1958). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_178.
136. Конвенція про транскордонне забруднення повітря на великі відстані (ООН, від 13.11.1979). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_223.
137. Конвенція про фізичний захист ядерного матеріалу та ядерних установок (МАГАТЕ, від 26.10.1979). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_024.
138. Конвенція про ядерну безпеку (ООН, від 17.06.1994). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_023.
139. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання (ООН, від 10.12.1984). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_085.
140. Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму (Рада Європи, від 16.05.2005). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_948.
141. Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму (Рада Європи, від 16.05.2005). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_712.
142. Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (Рада Європи, від 25.10.2007). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_927.
143. Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми (Рада Європи, від 16.05.2005). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_858.
144. Конвенція Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я (Рада Європи, від 28.10.2011). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_a91.
145. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) (Рада Європи, від 27.01.1999). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_101.
146. Лімська декларація (VIII Міжнародна конференція по боротьбі з корупцією, від 11.09.1997). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/998_090.
147. Міжнародна конвенція по запобіганню забрудненню з суден 1973 року (Міжнародна морська організація, від 02.11.1973). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/896_009.
148. Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму (ООН, від 14.09.2005). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_d68.
149. Міжнародна конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців (ООН, від 04.12.1989). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_103.
150. Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників (ООН, від 17.12.1979). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_087.
151. Міжнародна конвенція про захист рослин (ООН, від 06.12.1951). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_805.
152. Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень (ООН, від 21.03.1983). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_l54.
153. Міжнародна конвенція про припинення обігу порнографічних видань та торгівлі ними (Ліга Націй, від 12.09.1923). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_592.
154. Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил щодо кримінальної юрисдикції зі справ зіткнення суден та інших подій, зв'язаних з судноплавством (ООН, від 10.05.1952). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_564.
155. Міжнародна конвенція щодо боротьби з підробкою грошових знаків (Ліга Націй, від 20.04.1929). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_589.

156. Міжнародна конвенція щодо втручання у відкритому морі у випадках аварій, які призводять до забруднення нафтою (Міжнародна морська організація, від 29.11.1969). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_049.
157. Міжнародний кодекс поведінки державних посадових осіб від 23.07.1996. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_788.
158. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, від 16.12.1966). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043.
159. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (ООН, від 16.12.1966). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_042.
160. Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй у відношенні заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням (Токійські правила) (ООН, від 14.12.1990). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_907.
161. Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила»). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_211.
162. Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями (ООН від 30.08.1955). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_212.
163. Об'єднана конвенція про безпеку поводження з відпрацьованим паливом та про безпеку поводження з радіоактивними відходами (ООН, від 05.09.1997). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_335.
164. Олімпійська хартія (МОК, від 02.08.2016). URL: https://issuu.com/olympicua/docs/olympic_charter_2_august_2016_ukr.
165. Основні положення про роль адвокатів (ООН, від 01.08.1990). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_835.
166. Основні принципи незалежності судових органів (схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 року) (ООН, від 13.12.1985). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201.
167. Основні принципи Організації Об'єднаних Націй щодо використання сили і вогнепальної зброї посадовими особами правоохоронних органів (ООН, від 07.09.1990). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_334.
168. Основні принципи, що стосуються ролі юристів (ООН, від 07.09.1990). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_313.
169. Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210) (Рада Європи, від 11.05.2011). URL: https://rm.coe.int/1680096e45.
170. «Право на вільні вибори». Садак та інші проти Туреччини (Sadak and Others v. Turkey) (25144/94, з 26149/95 до 26154/95, 27100/95 та 27101/95). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_169.
171. Принципи ефективного попередження та розслідування позазаконних, свавільних і сумарних страт (ООН, від 24.05.1989). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_213.
172. Про боротьбу з відродженням нацистської ідеології (ПАРЄ, Резолюція 1495 (2006). URL: https://goo.gl/yFvQ7k.
173. Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем (ПАРЄ Резолюція 1096 (1996)). URL: http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=16507&lang=EN.
174. Про необхідність засудження міжнародним співтовариством злочинів тоталітарних комуністичних режимів (ПАРЄ, Резолюція 1481 (2006)). URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU06296.html.
175. Проблеми справедливого розгляду у судах кримінальних справ, що стосуються шпигунства і розголошення державної таємниці (ПАРЄ, Резолюція 1551 (2007)). URL: https://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/russian_documents /2007 /%5BApr2007%5D/Res1551_rus.asp.

176. Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Рада Європи, від 20.03.1952). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_535.
177. Протокол № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який гарантує деякі права і свободи, не передбачені в Конвенції та у Першому протоколі до неї (Рада Європи, від 16.09.1963). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_059.
178. Протокол № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Рада Європи, від 22.11.1984). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_804.
179. Протокол до Генеральної угоди про привілеї та імунітети Ради Європи (Рада Європи, від 06.11.1952). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_020.
180. Протокол про воду та здоров'я до Конвенції про охорону та використання транскордонних водотоків та міжнародних озер 1992 року (ООН, від 17.06.1999). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_030.
181. Протокол про заборону або обмеження застосування мін, мін-пасток та інших пристроїв (ООН, від 03.05.1996). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_310.
182. Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних або інших подібних газів та бактеріологічних засобів, Женева, 17 червня 1925 року (Ліга Націй, від 17.06.1925). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_198.
183. Протокол про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту (ООН, від 14.05.1954). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_722.
184. Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності (ООН, від 15.11.2000). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_791.
185. Протокол про привілеї та імунітети Парламентської Асамблеї Чорноморського Економічного Співробітництва (Чорноморське Економічне Співробітництво, від 31.10.2003). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/969_004.
186. Протокол проти незаконного ввозу мігрантів по суші, морю і повітрю, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності (ООН, від 15.11.2000). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_790.
187. Протокол проти незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї, який доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності (ООН, від 31.05.2001). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_792.
188. Рамкова Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності (ООН, від 21.07.1997). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_786.
189. Рамкова конвенція про захист національних меншин (Рада Європи, від 01.02.1995). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_055.
190. Резолюція 43/173 «Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином» (ООН, від 09.12.1988). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_206.
191. Резолюція 43/173 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 року «Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином» (ООН, від 09.12.1988). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_206.
192. Резолюція 46/119 «Захист осіб з психічними захворюваннями та поліпшення психіатричної допомоги» (ООН, від 17.12.1991). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_905.
193. Резолюція 60/88, прийнята Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй, «Конвенція про заборону застосування ядерної зброї» (ООН, від 08.12.2005). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_e08.
194. Рекомендація № Rec (2003) 22 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про умовно-дострокове звільнення» (Рада Європи, від 24.09.2003). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_665.

195. Рекомендація з етичних питань, що стосуються ВІЛ-інфекції у сфері охорони здоров'я та суспільного життя N R (89) (Комітет Міністрів Ради Європи, 24.10.1989). URL: http://hrlibrary.umn.edu/instree/coerecr89.html.
196. Рекомендація про ВІЧ/СНІД і сферу праці N 200 (Міжнародна організація праці, від 02.06.2010). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/993_528.
197. Рекомендація щодо заборони та негайних дій з ліквідації найгірших форм дитячої праці № 190 (Міжнародна організація праці, від 17.06.1999). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_119.
198. Римський статут міжнародного кримінального суду (ООН, від 17.07.1998). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588.
199. Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі (Ірландія, СРСР, США, Великобританія, Франція, від 08.08.1945) (ООН, від 11.12.1946). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/998_201.
200. Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі (ООН, Резолюція 95 (I) Генеральної Асамблеї від 11.12.1946). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/998_201.
201. Статут Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії (ООН, від 25.05.1993). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/rada/show/995_711.
202. Статут Міжнародного трибуналу по Руанді (ООН, від 08.11.1994). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_d65.
203. Статут Організації Об'єднаних Націй (ООН, від 26.06.1945). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_010.
204. Статут Ради Європи (Рада Європи, від 05.05.1949). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_001.
205. Тимчасове положення про СНІД (ООН, Всесвітня медична асоціація, від 30.10.1987). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_331.
206. Угода між Кабінетом Міністрів України та Організацією Економічного Співробітництва та Розвитку щодо привілеїв, імунітетів та пільг, наданих Організації (Організація Економічного Співробітництва та Розвитку, від 19.12.1997). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_010.
207. Угода між Україною та Організацією Об'єднаних Націй про виконання вироків, винесених Міжнародним кримінальним трибуналом для колишньої Югославії (Україна та ООН, від 07.08.2007). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_k51.
208. Угода про першочергові заходи стосовно захисту жертв збройних конфліктів (СНД, від 24.09.1993). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_037.
209. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРІПС) (Світова організація торгівлі, від 15.04.1994). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018.
210. Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії (ООН, від 01.01.2000). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_b09.
211. Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо участі дітей у збройних конфліктах (ООН, від 01.01.2000). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_795.
212. Факультативний протокол до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання (ООН, від 18.12.2002). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_f48.
213. Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією (Рада Європи, від 04.11.1999). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_102.

Покажчик рішень Європейського суду з прав людини

(номери відповідних справ та електронні адреси наведені в параграфах 2, 3 і 4 (деякі з них) до вказаних нижче статей Кримінального кодексу України, а також у пунктах розділу, в якому наведені рішення ЄСПЛ, що мають загальне значення для застосування статей КК)

1.	97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia	**ст. 367; а також п. 0.3.4**
2.	A. and B. v. Norway	**статті 1–2, 212**
3.	A. v. The Netherlands	**ст. 10**
4.	Abdulkhanov and others v. Russia	**ст. 438**
5.	Achour v. France	**статті 4–5**
6.	Aksoy v. Turkey	**ст. 127**
7.	Al-Adsani v. The United Kingdom	**ст. 127**
8.	Allenet de Ribemont v. France	**статті 1–2**
9.	Anguelova v. Bulgaria	**ст. 146[1]**
10.	Artico v. Italy	**ст. 374**
11.	Ashingdane v. The United Kingdom	**ст. 151**
12.	Asiye Genç v. Turkey	**статті 139–144**
13.	Aydın v. Turkey	**ст. 127**
14.	Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain	**ст. 374**
15.	Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey	**статті 3, 11**
16.	Bati and Others v. Turkey	**ст. 127**
17.	Bédat v. Switzerland	**ст. 387**
18.	Bopkhoyeva v. Russia	**статті 115–117**
19.	Bowman v. the United Kingdom	**статті 157–160**
20.	Bozano v. France	**ст. 371**
21.	Brambilla and others v. Italy	**статті 171, 359**
22.	Brandstetter v. Austria	**ст. 374**
23.	Bucur et toma c. Roumanie	**статті 163, 328–330**
24.	Calvelli and Ciglio v. Italy	**статті 139–144**
25.	Cebotari v. Moldova	**статті 371, 374; а також п. 0.3.6**
26.	Chahal v. The United Kingdom	**статті 10, 127, 373**
27.	Chember v. Russia	**ст. 426[1]**
28.	Christine Goodwin v. the United Kingdom	**ст. 151[2]**
29.	Coëme and others v. Belgium	**ст. 3**
30.	Colozza v. Italy	**ст. 374**
31.	Constantinescu v. Romania	**ст. 374**
32.	Croissant v. Germany	**ст. 374**
33.	Daud v. Portugal	**ст. 374**
34.	De Wilde, Ooms and VersyP («Vagrancy»). v. Belgium	**ст. 371**
35.	Del Río Prada проти Іспанії	**статті 4–5**
36.	Delcourt v. Belgium	**ст. 376**
37.	Delfi AS проти Естонії	**п. 0.3.7**
38.	Demiray v. Turkey	**ст. 118**
39.	Denisova and Moiseyeva v. Russia	**статті 96[1] – 96[2]**

40.	Dikme v. Turkey	**статті 127, 365, 371**
41.	Egmez v. Cyprus	**ст. 365**
42.	En l'affaire A. A. et autres c. Turquie	**ст. 367**
43.	Engel and Others v. The Netherlands	**статті 58, 374, 401**
44.	Erdoğdu and İnce v. Turkey	**статті 109–110**
45.	Eremia v. the Republic of Moldova	**ст. 126[1]**
46.	Ergi v. Turkey	**статті 115–117**
47.	Escoubet v. Belgium	**ст. 11**
48.	Ezelin v. France	**ст. 340**
49.	Fitt v. The United Kingdom	**ст. 374**
50.	Foucher v. France	**ст. 374**
51.	Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom	**ст. 371**
52.	Freixas v. Spain	**ст. 374**
53.	G. v. France	**статті 4–5**
54.	Gafgaz Mammadov v. Azerbaijan	**ст. 340**
55.	Gäfgen v. Germany	**статті 127, 373**
56.	Gahramanli and Others v. Azerbaijan	**статті 157–160**
57.	Gillberg v. Sweden	**ст. 382**
58.	Giulia Manzoni v. Italy	**ст. 371**
59.	Glasenapp v. Germany	**статті 368–370**
60.	Glass v. The United Kingdom	**статті 129–144**
61.	Gogitidze and Others v. Georgia	**статті 96[1]**
62.	Grandrath v. Germany	**статті 335–337**
63.	Guerra and Others v. Italy	**статті 236–254**
64.	Guja v. Moldova	**статті 172–175**
65.	Güleç v. Turkey	**статті 115–117**
66.	Hadjianastassiou v. Greece	**статті 328–330, 401**
67.	Hasan and Chaush v. Bulgaria	**статті 382**
68.	Hassan проти Сполученого Королівства	**статті 438**
69.	Hozee v. The Netherlands	**статті 11, 212–212[1]**
70.	I. G. and others v. Slovakia	**ст. 134**
71.	I. I. v. Bulgaria	**ст. 371**
72.	Identoba and Others v. Georgia	**ст. 340**
73.	İlhan v. Turkey	**ст. 127**
74.	Immobiliare Saffi v. Italy	**ст. 282**
75.	Incal v. Turkey	**статті 109–110**
76.	Isiltan v. Turkey	**статті 139–144**
77.	J. B. v. Switzerland	**ст. 11**
78.	Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia	**статті 139–144**
79.	Johnston and Others v. Ireland	**статті 151[2]**
80.	K. U. v. Finland	**статті 182, 361–363[1]**
81.	Kafkaris v. Cyprus	**статті 4–5, 64, 74–83**
82.	Kalaç v. Turkey	**статті 178–181, 401**
83.	Kamasinski v. Austria	**ст. 374**
84.	Kapetanios et autres c. Grèce	**ст. 1–2**
85.	Karataş v. Turkey	**статті 109–110**
86.	Karlheinz Schmidt v. Germany	**ст. 149**

87.	Khamtokhu and Aksenchik v. Russia	**статті 64, 161**
88.	Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia	**статті 212–212[1]**
89.	Khodorkovskiy v. Russia	**ст. 371**
90.	Kiliç v. Turkey	**статті 115–117**
91.	Kılınç et autres c. Turquie	**ст. 426[1]**
92.	Kolyadenko and Others v. Russia	**статті 271–275**
93.	Konstantin Markin v. Russia	**статті 161, 401**
94.	Konstantin Stefanov v. Bulgaria	**статті 397–400[1]**
95.	Korbely v. Hungary	**розд. XX**
96.	Krupko and Others v. Russia	**статті 178–181, 371**
97.	Kudla v. Poland	**ст. 371**
98.	Kudrevičius and Others v. Lithuania	**статті 276–292, 340**
99.	Lambert і Інші проти Франції	**статті 115–117, 163**
100.	Larissis and Others v. Greece	**ст. 401**
101.	Laskey and others v. The United Kingdom	**статті 121–123**
102.	László Magyar v. Hungary	**статті 74–83**
103.	Lauko v. Slovakia	**ст. 11**
104.	Laurence Dujardin and others v France	**статті 85–87**
105.	Lavents c. Lettonie	**статті 85–87; а також п. 0.3.8**
106.	Lehideux and Isorni v. France	**ст. 436[1]**
107.	Loizidou v. Turkey	**статті 6–9**
108.	López Ostra v. Spain	**статті 236–254**
109.	Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany	**ст. 374**
110.	Lyalyakin v. Russia	**ст. 426[1]**
111.	M. C. v. Bulgaria	**статті 152–156**
112.	Magyar kétfarkú kutya párt v. Hungary	**статті 74–83, 157–160**
113.	Makaratzis v. Greece	**ст. 365**
114.	Malige v. France	**ст. 11**
115.	Mamidakis c. Grèce	**статті 1–2**
116.	Marguš v. Croatia	**статті 85–87**
117.	Maskhadova and others v. Russia	**ст. 438**
118.	Mastromatteo v. Italy	**статті 367, 390**
119.	Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium	**статті 157–160**
120.	McCann and others v. The United Kingdom	**статті 115–117, 118, 365**
121.	Megyeri v. Germany	**статті 92–96**
122.	Mudric v. The Republic Of Moldova	**статті 126[1], 151**
123.	Müller and Others v. Switzerland	**статті 301–303**
124.	Murat Vural v. Turkey	**ст. 338**
125.	Musiał v. Poland	**статті 92–96, 151**
126.	McGinley and Egan v. the United Kingdom	**статті 236–254**
127.	Nachova and Others v. Bulgaria	**ст. 118**
128.	Nideröst-Huber v. Switzerland	**ст. 374**
129.	Öneryildiz v. Turkey	**ст. 367**
130.	Opuz v. Turkey	**ст. 126[1]**
131.	Orhan v. Turkey	**ст. 146[1]**
132.	Ortsuyeva and others v. Russia	**ст. 146[1]**
133.	Özçelebi c. Turquie	**ст. 338**

134.	Özgür Gündem v. Turkey	**статті 109–110**
135.	Pakelli v. Germany	**ст. 374**
136.	Pasko v. Russi	**статті 328–330; а також п. 0.3.9**
137.	Poitrimol v. France	**ст. 374**
138.	Prager and Oberschlick v. Austria	**ст. 376**
139.	Pretty v. The United Kingdom	**статті 115–117, 127, 139–144, 182, 365**
140.	R. L. and M.-J. D. c. France	**ст. 151**
141.	Raimondo v. Italy	**ст. 395**
142.	Ramanauskas v. Lithuania	**статті 26–27, 368–370**
143.	Ramsahai and Others v. the Netherlands	**ст. 118**
144.	Raninen v. Finland	**ст. 365**
145.	Rees v. the United Kingdom	**ст. 151²**
146.	Ribitsch v. Austria	**ст. 365**
147.	Riera Blume and others v. Spain	**ст. 367**
148.	Riza and Others v. Bulgaria	**статті 157–160**
149.	Rohlena v. the Czech Republic	**статті 32–35**
150.	S. M. v. Croatia	**ст. 149**
151.	S. W. v. the United Kingdom	**статті 152–156**
152.	Sawoniuk v. the United Kingdom	**статті 44–49**
153.	Schmautzer v. Austria	**ст. 11**
154.	Selmouni v. France	**ст. 127**
155.	Sergey Kuznetsov v. Russia	**ст. 340**
156.	Sergey Volosyuk v. Ukraine	**статті 163, 371**
157.	Sinkova v. Ukraine	**ст. 297**
158.	Smirnova v. Russia	**ст. 371**
159.	Smolik v. Ukraine	**ст. 374**
160.	Soering v. The United Kingdom	**ст. 10**
161.	Stanev проти Болгарії	**статті 146, 151**
162.	Streletz, Kessler and Krenz v. Germany	**статті 6–9**
163.	Taranenko v. Russia	**ст. 294**
164.	Teixeira de Castro v. Portugal	**ст. 305**
165.	Tekin v. Turkey	**ст. 365**
166.	Touvier contre la France	**статті 4–5**
167.	V. v. The United Kingdom	**ст. 22**
168.	V. C. проти Словаччини	**ст. 134**
169.	Van Der Mussele v. Belgium	**ст. 149**
170.	Van Mechelen and Others v. The Netherlands	**ст. 374**
171.	Vasiliauskas v. Lithuania	**статті 4–5, 442**
172.	Vilnes and Others v. Norway	**статті 271–275**
173.	Vinter v. The United Kingdom	**статті 74–83**
174.	V. O. v. France	**статті 115–117, 139–144**
175.	Wemhoff v. Germany	**ст. 371**
176.	Włoch v. Poland	**ст. 371**
177.	X. against the Federal Republic of Germany	**ст. 127**
178.	X. and Y. v. The Netherlands	**статті 152–156**
179.	X. contre la Republique Federale D'allemagne	**ст. 10**

180.	Y. v. Turkey	**статті 118, 132**
181.	Yermolenko v. Ukraine	**ст. 84**
182.	Z. проти Фінляндії	**ст. 182**
183.	Агудімос та Судноплавна компанія «Сефаллоніан скай» проти Греції (Agoudimos and Cefallonian sky shipping CO. v. Greece)	**статті 376–380**
184.	Аднаралов проти України	**статті 127, 373**
185.	Азіз проти Кіпру (Aziz v. Cyprus)	**статті 57–160**
186.	Айдин проти Туреччини	**ст. 127**
187.	Акопян проти України	**ст. 151**
188.	Алексахін проти України	**ст. 127**
189.	Аль-Скейні та інші проти Сполученого Королівства	**ст. 438**
190.	Анатолій Руденко проти України	**ст. 151**
191.	Андрій Яковенко проти України	**ст. 364**
192.	Арская проти України (Arskaya v. Ukraine)	**статті 139–144**
193.	Асанідзе проти Грузії	**п. 0.3.3**
194.	Афанасьєв проти України	**ст. 365**
195.	Бароновський проти Польщі (Baranowski v. Poland)	**ст. 371**
196.	Бендерський проти України	**статті 129–144**
197.	Бенедік проти Словенії	**п. 0.3.5**
198.	Бенхем проти Сполученого Королівства (Benham v. The United Kingdom)	**статті 371, 374**
199.	Бєлозоров проти Росії та України	**статті 162, 371**
200.	Бєлоусов проти України	**статті 146[1], 162, 371**
201.	Білуха проти України	**ст. 376**
202.	Боротюк проти України	**ст. 374**
203.	Бортнік проти України	**ст. 374**
204.	Будан проти України	**ст. 375**
205.	Василь Іващенко проти України	**ст. 365**
206.	Васильєв проти України	**ст. 382**
207.	Вєренцов проти України	**п. 0.3.10**
208.	Вінтерверп проти Нідерландів (Winterwerp Case)	**ст. 151**
209.	Газета «Україна-Центр» проти України	**статті 171, 376**
210.	Геннадій Науменко проти України	**ст. 365**
211.	Геттон та інші проти Сполученого Королівства	**статті 236–254**
212.	Головань проти України (Golovan v. Ukraine)	**статті 397–400[1]**
213.	Горовенки та Бугара проти України	**ст. 367**
214.	Гріненко проти України	**ст. 374**
215.	Ґуццарді проти Італії	**ст. 146**
216.	Дактарас проти Литви	**статті 1–2**
217.	Дерновий та Дернова проти України	**ст. 367**
218.	Джон Мюррей проти Сполученого Королівства	**статті 373, 374**
219.	Джяносевік проти Швеції та «Вастберга Таксі Актіболаг» і Вулік проти Швеції	**статті 212–212[1]**
220.	Дземюк проти України	**статті 236–254**
221.	Довженко проти України	**статті 1–2**
222.	Доронін проти України	**ст. 371**

223.	Дубецька та інші проти України	**статті 236–254**
224.	Дубовик проти України	**ст. 371**
225.	Дудник проти України	**статті 115–117**
226.	Еркало проти Нідерландів (Erkâlo v. The Netherlands)	**ст. 371**
227.	Єрохіна проти України	**ст. 374**
228.	Жельфман проти Франції	**ст. 84**
229.	Жизіцький проти України	**ст. 127**
230.	Жуковський проти України	**ст. 374**
231.	Жупнік проти України	**ст. 374**
232.	Заїченко проти України (№ 2)	**ст. 151**
233.	Зякун проти України	**статті 365, 373**
234.	Іванов проти України	**статті 1–2**
235.	Іглін проти України	**ст. 374**
236.	Ігор Тарасов проти України	**статті 1–2, 296**
237.	Кабулов проти України	**ст. 10**
238.	Капустяк проти України	**ст. 374**
239.	Карпюк та інші проти України	**статті 293–295, 340; а також п. 0.3.1**
240.	Кац та інші проти України	**ст. 371**
241.	Ковач проти України	**статті 157–160**
242.	Коктиш проти України	**ст. 10**
243.	Космата та інші проти України	**статті 271–275**
244.	Котій проти України	**ст. 146**
245.	Крейдіч проти України	**ст. 371**
246.	Кучерук проти України	**статті 365, 371**
247.	Лабіта проти Італії (Labita v. Italy)	**статті 127, 365, 371**
248.	Лада проти України	**статті 1–2**
249.	Леонід Лазаренко проти України	**ст. 374**
250.	Ливада проти України	**ст. 371**
251.	Лінгенс проти Австрії	**ст. 436[1]**
252.	Луньов проти України	**ст. 373**
253.	Луценко проти України	**ст. 300**
254.	Луценко проти України (№ 2)	**ст. 365**
255.	Майзіт проти Росії	**ст. 374**
256.	Малик проти України	**ст. 371**
257.	Маматкулов та Абдурасуловік проти Туреччини	**ст. 10**
258.	Мельниченко проти України	**статті 157–160**
259.	Микола Кучеренко проти України	**ст. 371**
260.	Мироненко і Мартенко проти України	**ст. 375**
261.	Мироненко проти України	**статті 115–117, 146[1]**
262.	Михалкова та інші проти України	**статті 365, 373**
263.	Миханів проти України	**ст. 371**
264.	Мурукін проти України	**ст. 375**
265.	Надточій проти України	**ст. 11**
266.	Нечипорук і Йонкало проти України	**статті 127, 371, 374**
267.	Нікула проти Фінляндії	**статті 396–400[1]**
268.	О. проти Норвегії	**статті 1–2**

269.	Огороднік проти України	**ст. 374**
270.	Олександр Волков проти України	**статті 1–2**
271.	Олександр Володимирович Смірнов проти України	**ст. 374**
272.	Олексій Михайлович Захаркін проти України	**статті 127, 365, 371**
273.	Организация «Платформа «Врачи за жизнь» против Австрии	**ст. 340**
274.	Осипенко проти України	**ст. 371**
275.	Охріменко проти України	**ст. 365**
276.	Ошурко проти України	**статті 84, 127, 367**
277.	Панов проти України	**ст. 382**
278.	Пантелеєнко проти України	**статті 1–2, 162, 182**
279.	Паскал проти України	**ст. 1–2**
280.	Пелісьє і Сассі проти Франції	**статті 26–27**
281.	Перна проти Італії	**ст. 171**
282.	Поміляйко проти України	**статті 127, 365**
283.	Пономарьов проти України	**ст. 382**
284.	Прокоп'єва проти України	**ст. 382**
285.	Проніна проти України	**ст. 375**
286.	Пузан проти України	**ст. 10**
287.	Ранцев проти Кіпру і Росії	**статті 6–9, 149**
288.	Рінґвольд проти Норвегії	**статті 1–2**
289.	Руденко проти України	**ст. 151**
290.	Рудяк проти України	**ст. 365**
291.	Руслан Яковенко проти України	**ст. 371**
292.	Савін проти України	**ст. 127**
293.	Савінов проти України	**ст. 84**
294.	Савінський проти України	**ст. 375**
295.	Савіцький проти України	**ст. 127**
296.	Салов проти України	**статті 157–160**
297.	Сергій Антонов проти України	**ст. 365**
298.	Сергій Золотухін проти Росії	**статті 1–2, 11, 296**
299.	Сєрков проти України	**статті 212–212[1]**
300.	Сіліадін проти Франції	**ст. 149**
301.	Сірик проти України	**ст. 383**
302.	Скороходов проти України	**ст. 127**
303.	Смірнові проти Росії	**ст. 365**
304.	Собко проти України	**ст. 374**
305.	Сокуренко і Стригун проти України	**ст. 375**
306.	Солдатенко проти України	**ст. 10**
307.	Стеур проти Нідерландів	**ст. 397**
308.	Суховецький проти України	**статті 157–160**
309.	Тесленко проти України	**статті 127, 365**
310.	Тимошенко проти України	**ст. 371**
311.	Трофимчук проти України	**ст. 340**
312.	Ушаков та Ушакова проти України	**ст. 146**
313.	Фарбтух проти Латвії	**ст. 84**
314.	Федіна проти України	**ст. 367**

315. Фельдман проти України **ст. 376**
316. Феррадзіні проти Італії (Ferrazzini v. Italy) **статті 212–212[1]**
317. Філліпс проти Сполученого Королівства **статті 96[1]–96[2]**
318. Фуклєв проти України **ст. 382**
319. Хайредінов проти України **ст. 371**
320. Хаммерн проти Норвегії **статті 1–2**
321. Харченко проти України **ст. 371**
322. Чанєв проти України **ст. 371**
323. Чіжов проти України **ст. 382**
324. Чопенко проти України **ст. 374**
325. Шабельник проти України **ст. 374**
326. Шагін проти України **статті 1–2**
327. Швидка проти України **ст. 296**
328. Шмушкович проти України **п. 0.3.2**
329. Щокін проти України **статті 212–212[1]**
330. Юрій Ілларіонович Щокін проти України **ст. 127**
331. Янков проти Болгарії **ст. 365**
332. Яновський проти Польщі **ст. 342**
333. Яременко проти України **ст. 374**
334. Ярошовець та інші проти України **ст. 371**

Покажчик електронних ресурсів з питань захисту прав людини і основоположних свобод

(останній доступ 01–02.01.2019)

1.	**Council of Europe (Complete list of the Council of Europe's treaties)**	https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list
2.	**Council of Europe (Parliamentary Assembly)**	http://assembly.coe.int/nw/Home-EN.asp
3.	**ECHR: Ukrainian Aspect**	https://www.echr.com.ua/
4.	**European Court of Human Rights**	https://hudoc.echr.coe.int
5.	**European Human Rights Advocacy Centre (Middlesex University London)**	http://ehrac.org.uk/
6.	**Maintaining International Organizations Documents on Human Rights**	http://echr-base.ru/about_en.jsp
7.	**OSCE. Organization for Security and Co-operation in Europe (CSCE/OSCE key documents)**	https://www.osce.org/resources/csce-osce-key-documents
8.	**The International Court of Justice (ICJ)**	https://www.icj-cij.org/
9.	**The International Criminal Court (ICC)**	https://www.icc-cpi.int/
10.	**United Nations. Human Rights. Office of The High Commissioner**	http://juris.ohchr.org/en
11.	**Вестник Международного Уголовного Правосудия**	http://mup-info.com/tribunal-list/
12.	**Генпрокуратура РФ (постановления ЕСПЧ)**	http://genproc.gov.ru/documents/espch/
13.	**Европейская конвенция о правах человека: право и практика**	http://www.echr.ru/
14.	**Международный уголовный суд (документы)**	http://www.un.org/ru/law/icc/documents.shtml
15.	**Минюст РФ – Прецедентная практика Европейского Суда по правам человека**	https://minjust.ru/ru/ECJ/precedent
16.	**Міністерство юстиції України**	https://minjust.gov.ua/m/rishennya-schodo-suti-za-alfavitom
17.	**Національна школа суддів України (Рішення Європейського суду)**	http://nsj.gov.ua/ua/na-dopomogu-suddi/rishennya-evropeyskogo-sudu-2014–2015-r/
18.	**Офіційний портал Верховної Ради України (Міжнародні документи)**	http://zakon.rada.gov.ua/laws/main/c
19.	**Полный список договоров Совета Европы**	https://www.coe.int/ru/web/conventions/full-list
20.	**Права людини в Україні: Інформаційний портал Харківської правозахисної групи**	http://khpg.org/index.php?r=1.4.5
21.	**Права людини: онлайн-бібліотека**	http://library.khpg.org/index.php
22.	**Ракурс: портал (права человека)**	https://racurs.ua/pravo/prava-cheloveka.html
23.	**Тюремний портал**	http://ukrprison.org.ua/european_court
24.	**Українська Гельсінська спілка з прав людини: Precedent.ua**	https://precedent.in.ua/category/analitics/practicehelsinki/translate/

25.	**Українське право: портал (практика ЄСПЛ)**	http://ukrainepravo.com/international_law/european_court_of_human_rights/
26.	**Український портал практики Європейського суду з прав людини**	http://eurocourt.in.ua/
27.	**Университет Миннесоты. Библиотека по правам человека**	http://hrlibrary.umn.edu/russian/hrtsbook/Rhrcases-index.html
28.	**Центр демократії та верховенства права**	https://cedem.org.ua/library/?type=echr-judgements
29.	**Центр защиты прав СМИ**	http://mmdc.ru
30.	**Центр содействия Международной Защите**	http://www.ip-centre.ru/

Зміст

Важливі пояснення 4

Передмова 5

СЛОВНИК ЛАТИНСЬКИХ СЛІВ ТА ВИРАЗІВ
(вживаються в міжнародних договорах і рішеннях Європейського суду з прав людини без перекладу) 7

Норми права і рішення ЄСПЛ, що мають загальне значення для застосування статей Кримінального кодексу України, а також коментар до них 11

КРИМІНАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ
ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА

Розділ I. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ 40
Стаття 1. Завдання Кримінального кодексу України 40
Стаття 2. Підстава кримінальної відповідальності 40

Розділ II. ЗАКОН ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ 58
Стаття 3. Законодавство України про кримінальну відповідальність 58
Стаття 4. Чинність закону про кримінальну відповідальність у часі 63
Стаття 5. Зворотна дія закону про кримінальну відповідальність у часі 63
Стаття 6. Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених на території України 72
Стаття 7. Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених громадянами України або особами без громадянства за межами України 72
Стаття 8. Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених іноземцями або особами без громадянства за межами України 72
Стаття 9. Правові наслідки засудження особи за межами України 72
Стаття 10. Вирішення питання про кримінальну відповідальність осіб, які підлягають кримінальній відповідальності за законодавством іноземної держави і перебувають на території України, та виконання вироків, винесених іноземними судами чи міжнародними судовими установами 114

Розділ III. ЗЛОЧИН, ЙОГО ВИДИ ТА СТАДІЇ 150
Стаття 11. Поняття злочину 150
Стаття 12. Класифікація злочинів 154
Стаття 13. Закінчений та незакінчений злочини 154
Стаття 14. Готування до злочину 155
Стаття 15. Замах на злочин 155
Стаття 16. Кримінальна відповідальність за незакінчений злочин 155
Стаття 17. Добровільна відмова при незакінченому злочині 155

Розділ IV. ОСОБА, ЯКА ПІДЛЯГАЄ КРИМІНАЛЬНІЙ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ (СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ) 156
Стаття 18. Суб'єкт злочину 156
Стаття 19. Осудність 157
Стаття 20. Обмежена осудність 157
Стаття 21. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені у стані сп'яніння внаслідок вживання алкоголю, наркотичних засобів або інших одурманюючих речовин 158
Стаття 22. Вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність 158

Розділ V. ВИНА ТА ЇЇ ФОРМИ 161
Стаття 23. Вина 161
Стаття 24. Умисел і його види 161
Стаття 25. Необережність та її види 161

Розділ VI. СПІВУЧАСТЬ У ЗЛОЧИНІ 162
Стаття 26. Поняття співучасті 162
Стаття 27. Види співучасників 162
Стаття 28. Вчинення злочину групою осіб, групою осіб за попередньою змовою, організованою групою або злочинною організацією 165
Стаття 29. Кримінальна відповідальність співучасників 166
Стаття 30. Кримінальна відповідальність організаторів та учасників організованої групи чи злочинної організації 166
Стаття 31. Добровільна відмова співучасників 166

Розділ VII. ПОВТОРНІСТЬ, СУКУПНІСТЬ ТА РЕЦИДИВ ЗЛОЧИНІВ 167
Стаття 32. Повторність злочинів 167
Стаття 33. Сукупність злочинів 167
Стаття 34. Рецидив злочинів 167
Стаття 35. Правові наслідки повторності, сукупності та рецидиву злочинів 167

Розділ VIII. ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ 172
Стаття 36. Необхідна оборона 172
Стаття 37. Уявна оборона 172
Стаття 38. Затримання особи, що вчинила злочин 172
Стаття 39. Крайня необхідність 173
Стаття 40. Фізичний або психічний примус 173
Стаття 41. Виконання наказу або розпорядження 173
Стаття 42. Діяння, пов'язане з ризиком 176
Стаття 43. Виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації 176

Розділ IX. ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ 177
Стаття 44. Правові підстави та порядок звільнення від кримінальної відповідальності 177
Стаття 45. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям 177
Стаття 46. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим 177
Стаття 47. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки 177
Стаття 48. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки 177
Стаття 49. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності 178

Розділ X. ПОКАРАННЯ ТА ЙОГО ВИДИ 187
Стаття 50. Поняття покарання та його мета 187
Стаття 51. Види покарань 187
Стаття 52. Основні та додаткові покарання 187
Стаття 53. Штраф 187
Стаття 54. Позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу 188
Стаття 55. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю 188
Стаття 56. Громадські роботи 189

Стаття 57. Виправні роботи ... 189
Стаття 58. Службові обмеження для військовослужбовців ... 190
Стаття 59. Конфіскація майна ... 191
Стаття 60. Арешт ... 192
Стаття 61. Обмеження волі ... 192
Стаття 62. Тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців ... 192
Стаття 63. Позбавлення волі на певний строк ... 192
Стаття 64. Довічне позбавлення волі ... 192

Розділ XI. ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ... 197
Стаття 65. Загальні засади призначення покарання ... 197
Стаття 66. Обставини, які пом'якшують покарання ... 197
Стаття 67. Обставини, які обтяжують покарання ... 198
Стаття 68. Призначення покарання за незакінчений злочин та за злочин, вчинений у співучасті ... 200
Стаття 69. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом ... 200
Стаття 69[1]. Призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання ... 201
Стаття 70. Призначення покарання за сукупністю злочинів ... 201
Стаття 71. Призначення покарання за сукупністю вироків ... 201
Стаття 72. Правила складання покарань та зарахування строку попереднього ув'язнення ... 202
Стаття 73. Обчислення строків покарання ... 202

Розділ XII. ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ПОКАРАННЯ ТА ЙОГО ВІДБУВАННЯ ... 203
Стаття 74. Звільнення від покарання та його відбування ... 203
Стаття 75. Звільнення від відбування покарання з випробуванням ... 203
Стаття 76. Обов'язки, які покладає суд на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням ... 203
Стаття 77. Застосування додаткових покарань у разі звільнення від відбування основного покарання з випробуванням ... 204
Стаття 78. Правові наслідки звільнення від відбування покарання з випробуванням ... 204
Стаття 79. Звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років ... 204
Стаття 80. Звільнення від відбування покарання у зв'язку із закінченням строків давності виконання обвинувального вироку ... 205
Стаття 81. Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання ... 206
Стаття 82. Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким ... 206
Стаття 83. Звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років ... 207
Стаття 84. Звільнення від покарання за хворобою ... 213
Стаття 85. Звільнення від покарання на підставі закону України про амністію або акта про помилування ... 219
Стаття 86. Амністія ... 219
Стаття 87. Помилування ... 219

Розділ XIII. СУДИМІСТЬ ... 222
Стаття 88. Правові наслідки судимості ... 222
Стаття 89. Строки погашення судимості ... 222
Стаття 90. Обчислення строків погашення судимості ... 223
Стаття 91. Зняття судимості ... 223

Розділ XIII[1]. ОБМЕЖУВАЛЬНІ ЗАХОДИ ... 225
Стаття 91[1]. Обмежувальні заходи, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство ... 225

Розділ XIV. ІНШІ ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ 228
Стаття 92. Поняття та мета примусових заходів медичного характеру 228
Стаття 93. Особи, до яких застосовуються примусові заходи медичного характеру 228
Стаття 94. Види примусових заходів медичного характеру 228
Стаття 95. Продовження, зміна або припинення застосування примусових заходів медичного характеру 228
Стаття 96. Примусове лікування 229
Стаття 96^1. Спеціальна конфіскація 231
Стаття 96^2. Випадки застосування спеціальної конфіскації 232

Розділ XIV^1. ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ ЩОДО ЮРИДИЧНИХ ОСІБ 242
Стаття 96^3. Підстави для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру 242
Стаття 96^4. Юридичні особи, до яких застосовуються заходи кримінально-правового характеру 242
Стаття 96^5. Підстави для звільнення юридичної особи від застосування заходів кримінально-правового характеру 243
Стаття 96^6. Види заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб 243
Стаття 96^7. Штраф 243
Стаття 96^8. Конфіскація майна 244
Стаття 96^9. Ліквідація 244
Стаття 96^{10}. Загальні правила застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру 244

Розділ XV. ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ПОКАРАННЯ НЕПОВНОЛІТНІХ 251
Стаття 97. Звільнення від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру 251
Стаття 98. Види покарань 251
Стаття 99. Штраф 251
Стаття 100. Громадські та виправні роботи 251
Стаття 101. Арешт 252
Стаття 102. Позбавлення волі на певний строк 252
Стаття 103. Призначення покарання 252
Стаття 104. Звільнення від відбування покарання з випробуванням 252
Стаття 105. Звільнення від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру 252
Стаття 106. Звільнення від кримінальної відповідальності та відбування покарання у зв'язку із закінченням строків давності 253
Стаття 107. Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання 253
Стаття 108. Погашення та зняття судимості 254

ОСОБЛИВА ЧАСТИНА

Розділ I. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ 255
Стаття 109. Дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади 255
Стаття 110. Посягання на територіальну цілісність і недоторканність України 255

Стаття 110[2]. Фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України 263
Стаття 111. Державна зрада 264
Стаття 112. Посягання на життя державного чи громадського діяча 264
Стаття 113. Диверсія 265
Стаття 114. Шпигунство 265
Стаття 114[1]. Перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань 267

Розділ II. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЖИТТЯ ТА ЗДОРОВ'Я ОСОБИ 268
Стаття 115. Умисне вбивство 268
Стаття 116. Умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання 268
Стаття 117. Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини 268
Стаття 118. Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця 281
Стаття 119. Вбивство через необережність 289
Стаття 120. Доведення до самогубства 289
Стаття 121. Умисне тяжке тілесне ушкодження 290
Стаття 122. Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження 290
Стаття 123. Умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне у стані сильного душевного хвилювання 290
Стаття 124. Умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця 295
Стаття 125. Умисне легке тілесне ушкодження 295
Стаття 126. Побої і мордування 295
Стаття 126[1]. Домашнє насильство 296
Стаття 127. Катування 304
Стаття 128. Необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження 317
Стаття 129. Погроза вбивством 317
Стаття 130. Зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби 317
Стаття 131. Неналежне виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби 318
Стаття 132. Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби 318
Стаття 133. Зараження венеричною хворобою 324
Стаття 134. Незаконне проведення аборту або стерилізації 325
Стаття 135. Залишення в небезпеці 332
Стаття 136. Ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані 333
Стаття 137. Неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей 333
Стаття 138. Незаконна лікувальна діяльність 333
Стаття 139. Ненадання допомоги хворому медичним працівником 333
Стаття 140. Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником 334
Стаття 141. Порушення прав пацієнта 334
Стаття 142. Незаконне проведення дослідів над людиною 334
Стаття 143. Порушення встановленого законом порядку трансплантації анатомічних матеріалів людини 334
Стаття 144. Насильницьке донорство 335

Стаття 145. Незаконне розголошення лікарської таємниці 349

Розділ III. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВОЛІ, ЧЕСТІ ТА ГІДНОСТІ ОСОБИ 350
Стаття 146. Незаконне позбавлення волі або викрадення людини 350
Стаття 146[1]. Насильницьке зникнення 355
Стаття 147. Захоплення заручників 362
Стаття 148. Підміна дитини 364
Стаття 149. Торгівля людьми 364
Стаття 150. Експлуатація дітей 382
Стаття 150[1]. Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом 382
Стаття 151. Незаконне поміщення в заклад з надання психіатричної допомоги 385
Стаття 151[2]. Примушування до шлюбу 405

Розділ IV. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ 412
Стаття 152. Зґвалтування 412
Стаття 153. Сексуальне насильство 412
Стаття 154. Примушування до вступу в статевий зв'язок 413
Стаття 155. Статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку 413
Стаття 156. Розбещення неповнолітніх 413

Розділ V. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВИБОРЧИХ, ТРУДОВИХ ТА ІНШИХ ОСОБИСТИХ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА 429
Стаття 157. Перешкоджання здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі, роботі виборчої комісії або комісії з референдуму чи діяльності офіційного спостерігача 429
Стаття 158. Надання неправдивих відомостей до органу ведення Державного реєстру виборців або фальсифікація виборчих документів, документів референдуму, підсумків голосування або відомостей Державного реєстру виборців 429
Стаття 158[1]. Незаконне використання виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, голосування виборцем, учасником референдуму більше ніж один раз 430
Стаття 158[2]. Незаконне знищення виборчої документації або документів референдуму 431
Стаття 159. Порушення таємниці голосування 431
Стаття 159[1]. Порушення порядку фінансування політичної партії, передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму 431
Стаття 160. Підкуп виборця, учасника референдуму 432
Стаття 161. Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками 451
Стаття 162. Порушення недоторканності житла 478
Стаття 163. Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер 490
Стаття 164. Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей 505
Стаття 165. Ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків 505
Стаття 166. Злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування 506
Стаття 167. Зловживання опікунськими правами 506
Стаття 168. Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння) 506

Стаття 169. Незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння) ... 506
Стаття 170. Перешкоджання законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій ... 510
Стаття 171. Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів ... 522
Стаття 172. Грубе порушення законодавства про працю ... 553
Стаття 173. Грубе порушення угоди про працю ... 553
Стаття 174. Примушування до участі у страйку або перешкоджання участі у страйку ... 553
Стаття 175. Невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат ... 553
Стаття 176. Порушення авторського права і суміжних прав ... 563
Стаття 177. Порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію ... 564
Стаття 178. Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків ... 582
Стаття 179. Незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь ... 582
Стаття 180. Перешкоджання здійсненню релігійного обряду ... 582
Стаття 181. Посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів ... 583
Стаття 182. Порушення недоторканності приватного життя ... 592
Стаття 183. Порушення права на отримання освіти ... 621
Стаття 184. Порушення права на безоплатну медичну допомогу ... 625

Розділ VI. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ ... 626
Стаття 185. Крадіжка ... 626
Стаття 186. Грабіж ... 626
Стаття 187. Розбій ... 627
Стаття 188[1]. Викрадення води, електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання ... 627
Стаття 189. Вимагання ... 627
Стаття 190. Шахрайство ... 628
Стаття 191. Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем ... 628
Стаття 192. Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою ... 629
Стаття 193. Незаконне привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї ... 629
Стаття 194. Умисне знищення або пошкодження майна ... 629
Стаття 194[1]. Умисне пошкодження об'єктів електроенергетики ... 630
Стаття 195. Погроза знищення майна ... 630
Стаття 196. Необережне знищення або пошкодження майна ... 630
Стаття 197. Порушення обов'язків щодо охорони майна ... 630
Стаття 197[1]. Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво ... 630
Стаття 198. Придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом ... 631

Розділ VII. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ... 637
Стаття 199. Виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою використання при продажу товарів, збуту або збут підроблених грошей, державних цінних паперів, білетів державної лотереї, марок акцизного податку чи голографічних захисних елементів ... 637
Стаття 200. Незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, електронними грошима, обладнанням для їх виготовлення ... 638
Стаття 201. Контрабанда ... 638

Стаття 201[1]. Переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів або пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, лісоматеріалів необроблених, а також інших лісоматеріалів, заборонених до вивозу за межі митної території України 640
Стаття 203[1]. Незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва 641
Стаття 203[2]. Зайняття гральним бізнесом 641
Стаття 204. Незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів 641
Стаття 205. Фіктивне підприємництво 642
Стаття 205[1]. Підроблення документів, які подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи та фізичних осіб – підприємців 643
Стаття 206. Протидія законній господарській діяльності 643
Стаття 206[2]. Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації 643
Стаття 209. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом 644
Стаття 209[1]. Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму 650
Стаття 210. Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням 651
Стаття 211. Видання нормативно-правових актів, що зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету всупереч закону 651
Стаття 212. Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) 652
Стаття 212[1]. Ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування 653
Стаття 213. Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом 663
Стаття 216. Незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених контрольних марок 663
Стаття 218[1]. Доведення банку до неплатоспроможності 664
Стаття 219. Доведення до банкрутства 664
Стаття 220[1]. Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності 664
Стаття 220[2]. Фальсифікація фінансових документів та звітності фінансової організації, приховування неплатоспроможності фінансової установи або підстав для відкликання (анулювання) ліцензії фінансової установи 665
Стаття 222. Шахрайство з фінансовими ресурсами 665
Стаття 222[1]. Маніпулювання на фондовому ринку 665
Стаття 223[1]. Підроблення документів, які подаються для реєстрації випуску цінних паперів 666
Стаття 223[2]. Порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів 666
Стаття 224. Виготовлення, збут та використання підроблених недержавних цінних паперів 666
Стаття 227. Умисне введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції 667
Стаття 229. Незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару 667
Стаття 231. Незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю 670
Стаття 232. Розголошення комерційної або банківської таємниці 670
Стаття 232[1]. Незаконне використання інсайдерської інформації 670
Стаття 232[2]. Приховування інформації про діяльність емітента 671

Стаття 233. Незаконна приватизація державного, комунального майна 671

Розділ VIII. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ДОВКІЛЛЯ 673
Стаття 236. Порушення правил екологічної безпеки 673
Стаття 237. Невжиття заходів щодо ліквідації наслідків екологічного забруднення 673
Стаття 238. Приховування або перекручення відомостей про екологічний стан або захворюваність населення 673
Стаття 239. Забруднення або псування земель 673
Стаття 239[1]. Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель 674
Стаття 239[2]. Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах 674
Стаття 240. Порушення правил охорони або використання надр 674
Стаття 241. Забруднення атмосферного повітря 675
Стаття 242. Порушення правил охорони вод 675
Стаття 243. Забруднення моря 675
Стаття 244. Порушення законодавства про континентальний шельф України 676
Стаття 245. Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу 676
Стаття 246. Незаконна порубка або незаконне перевезення, зберігання, збут лісу 677
Стаття 247. Порушення законодавства про захист рослин 677
Стаття 248. Незаконне полювання 677
Стаття 249. Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом 678
Стаття 250. Проведення вибухових робіт з порушенням правил охорони рибних запасів 678
Стаття 251. Порушення ветеринарних правил 678
Стаття 252. Умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду 678
Стаття 253. Проектування чи експлуатація споруд без систем захисту довкілля 678
Стаття 254. Безгосподарське використання земель 679

Розділ IX. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ГРОМАДСЬКОЇ БЕЗПЕКИ 698
Стаття 255. Створення злочинної організації 698
Стаття 256. Сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності 698
Стаття 257. Бандитизм 698
Стаття 258. Терористичний акт 702
Стаття 258[1]. Втягнення у вчинення терористичного акту 703
Стаття 258[2]. Публічні заклики до вчинення терористичного акту 703
Стаття 258[3]. Створення терористичної групи чи терористичної організації 703
Стаття 258[4]. Сприяння вчиненню терористичного акту 704
Стаття 258[5]. Фінансування тероризму 704
Стаття 259. Завідомо неправдиве повідомлення про загрозу безпеці громадян, знищення чи пошкодження об'єктів власності 710
Стаття 260. Створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань 710
Стаття 261. Напад на об'єкти, на яких є предмети, що становлять підвищену небезпеку для оточення 711
Стаття 262. Викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем 711
Стаття 263. Незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами 712
Стаття 263[1]. Незаконне виготовлення, переробка чи ремонт вогнепальної зброї або фальсифікація, незаконне видалення чи зміна її маркування, або незаконне виготовлення бойових припасів, вибухових речовин чи вибухових пристроїв 712

Стаття 264. Недбале зберігання вогнепальної зброї або бойових припасів 712
Стаття 265. Незаконне поводження з радіоактивними матеріалами 712
Стаття 265[1]. Незаконне виготовлення ядерного вибухового пристрою чи пристрою, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію 713
Стаття 266. Погроза вчинити викрадання або використати радіоактивні матеріали 713
Стаття 267. Порушення правил поводження з вибуховими, легкозаймистими та їдкими речовинами або радіоактивними матеріалами 713
Стаття 267[1]. Порушення вимог режиму радіаційної безпеки 714
Стаття 268. Незаконне ввезення на територію України відходів і вторинної сировини 714
Стаття 270. Порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки 714
Стаття 270[1]. Умисне знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства 725

Розділ X. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ БЕЗПЕКИ ВИРОБНИЦТВА 726
Стаття 271. Порушення вимог законодавства про охорону праці 726
Стаття 272. Порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою 726
Стаття 273. Порушення правил безпеки на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах 726
Стаття 274. Порушення правил ядерної або радіаційної безпеки 726
Стаття 275. Порушення правил, що стосуються безпечного використання промислової продукції або безпечної експлуатації будівель і споруд 727

Розділ XI. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ БЕЗПЕКИ РУХУ ТА ЕКСПЛУАТАЦІЇ ТРАНСПОРТУ 734
Стаття 276. Порушення правил безпеки руху або експлуатації залізничного, водного чи повітряного транспорту 734
Стаття 277. Пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів 734
Стаття 278. Угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна 734
Стаття 279. Блокування транспортних комунікацій, а також захоплення транспортного підприємства 735
Стаття 280. Примушування працівника транспорту до невиконання своїх службових обов'язків 735
Стаття 281. Порушення правил повітряних польотів 735
Стаття 282. Порушення правил використання повітряного простору 736
Стаття 283. Самовільне без нагальної потреби зупинення поїзда 736
Стаття 284. Ненадання допомоги судну та особам, що зазнали лиха 736
Стаття 285. Неповідомлення капітаном назви свого судна при зіткненні суден 736
Стаття 286. Порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами 736
Стаття 287. Випуск в експлуатацію технічно несправних транспортних засобів або інше порушення їх експлуатації 737
Стаття 288. Порушення правил, норм і стандартів, що стосуються убезпечення дорожнього руху 737
Стаття 289. Незаконне заволодіння транспортним засобом 737
Стаття 290. Знищення, підробка або заміна номерів вузлів та агрегатів транспортного засобу 738
Стаття 291. Порушення чинних на транспорті правил 738
Стаття 292. Пошкодження об'єктів магістральних або промислових нафто-, газо-, конденсатопроводів та нафтопродуктопроводів 738

Розділ XII. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ГРОМАДСЬКОГО ПОРЯДКУ ТА МОРАЛЬНОСТІ 747
Стаття 293. Групове порушення громадського порядку 747
Стаття 294. Масові заворушення 747
Стаття 295. Заклики до вчинення дій, що загрожують громадському порядку 747
Стаття 296. Хуліганство 752

Стаття 297. Наруга над могилою, іншим місцем поховання або над тілом померлого 755
Стаття 298. Незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини 758
Стаття 298[1]. Знищення, пошкодження або приховування документів чи унікальних документів Національного архівного фонду 763
Стаття 299. Жорстоке поводження з тваринами 763
Стаття 300. Ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію 766
Стаття 301. Ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів 768
Стаття 302. Створення або утримання місць розпусти і звідництво 769
Стаття 303. Сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією 769
Стаття 304. Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність 778

Розділ XIII. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ОБІГУ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ, ПСИХОТРОПНИХ РЕЧОВИН, ЇХ АНАЛОГІВ АБО ПРЕКУРСОРІВ ТА ІНШІ ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЗДОРОВ'Я НАСЕЛЕННЯ 779
Стаття 305. Контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів або фальсифікованих лікарських засобів 779
Стаття 306. Використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, прекурсорів, отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів 779
Стаття 307. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів 780
Стаття 308. Викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем 780
Стаття 309. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту 781
Стаття 310. Посів або вирощування снотворного маку чи конопель 781
Стаття 311. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів 781
Стаття 312. Викрадення, привласнення, вимагання прекурсорів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем 782
Стаття 313. Викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем та інші незаконні дії з таким обладнанням 782
Стаття 314. Незаконне введення в організм наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів 783
Стаття 315. Схиляння до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів 783
Стаття 316. Незаконне публічне вживання наркотичних засобів психотропних речовин або їх аналогів 783
Стаття 317. Організація або утримання місць для незаконного вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів 784
Стаття 318. Незаконне виготовлення, підроблення, використання чи збут підроблених документів на отримання наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів 784
Стаття 319. Незаконна видача рецепта на право придбання наркотичних засобів або психотропних речовин 784
Стаття 320. Порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів 784

Стаття 321. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання з метою збуту або збут отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів 795
Стаття 321[1]. Фальсифікація лікарських засобів або обіг фальсифікованих лікарських засобів 796
Стаття 321[2]. Порушення встановленого порядку доклінічного вивчення, клінічних випробувань і державної реєстрації лікарських засобів 796
Стаття 322. Незаконна організація або утримання місць для вживання одурманюючих засобів 797
Стаття 323. Спонукання неповнолітніх до застосування допінгу 797
Стаття 324. Схиляння неповнолітніх до вживання одурманюючих засобів 797
Стаття 325. Порушення санітарних правил і норм щодо запобігання інфекційним захворюванням та масовим отруєнням 797
Стаття 326. Порушення правил поводження з мікробіологічними або іншими біологічними агентами чи токсинами 798
Стаття 327. Заготівля, перероблення або збут радіоактивно забруднених продуктів харчування чи іншої продукції 798

Розділ XIV. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ОХОРОНИ ДЕРЖАВНОЇ ТАЄМНИЦІ, НЕДОТОРКАННОСТІ ДЕРЖАВНИХ КОРДОНІВ, ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРИЗОВУ ТА МОБІЛІЗАЦІЇ 804
Стаття 328. Розголошення державної таємниці 804
Стаття 329. Втрата документів, що містять державну таємницю 804
Стаття 330. Передача або збирання відомостей, що становлять службову інформацію, зібрану у процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони країни 804
Стаття 332. Незаконне переправлення осіб через державний кордон України 818
Стаття 332[1]. Порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї 818
Стаття 332[2]. Незаконне перетинання державного кордону України 819
Стаття 333. Порушення порядку здійснення міжнародних передач товарів, що підлягають державному експортному контролю 819
Стаття 334. Порушення правил міжнародних польотів 819
Стаття 335. Ухилення від призову на строкову військову службу, військову службу за призовом осіб офіцерського складу 825
Стаття 336. Ухилення від призову за мобілізацією 825
Стаття 336[1]. Ухилення від проходження служби цивільного захисту в особливий період чи у разі проведення цільової мобілізації 825
Стаття 337. Ухилення від військового обліку або спеціальних зборів 825

Розділ XV. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ АВТОРИТЕТУ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ, ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ, ОБ'ЄДНАНЬ ГРОМАДЯН ТА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЖУРНАЛІСТІВ 829
Стаття 338. Наруга над державними символами 829
Стаття 339. Незаконне підняття Державного Прапора України на річковому або морському судні 833
Стаття 340. Незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій 833
Стаття 341. Захоплення державних або громадських будівель чи споруд 843
Стаття 342. Опір представникові влади, працівникові правоохоронного органу, державному виконавцю, приватному виконавцю, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцеві, уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб 843
Стаття 343. Втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, працівника державної виконавчої служби, приватного виконавця 844

Стаття 344. Втручання у діяльність державного діяча 844
Стаття 345. Погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу 845
Стаття 345[1]. Погроза або насильство щодо журналіста 845
Стаття 346. Погроза або насильство щодо державного чи громадського діяча 846
Стаття 347. Умисне знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу, працівника органу державної виконавчої служби чи приватного виконавця 846
Стаття 347[1]. Умисне знищення або пошкодження майна журналіста 846
Стаття 348. Посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця 847
Стаття 348[1]. Посягання на життя журналіста 847
Стаття 349. Захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як заручника 847
Стаття 349[1]. Захоплення журналіста як заручника 849
Стаття 350. Погроза або насильство щодо службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок 849
Стаття 351. Перешкоджання діяльності народного депутата України та депутата місцевої ради 850
Стаття 351[1]. Перешкоджання діяльності Рахункової палати, члена Рахункової палати 850
Стаття 352. Умисне знищення або пошкодження майна службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок 850
Стаття 353. Самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи 851
Стаття 354. Підкуп працівника підприємства, установи чи організації 851
Стаття 355. Примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань 852
Стаття 356. Самоправство 853
Стаття 357. Викрадення, привласнення, вимагання документів, штампів, печаток, заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем або їх пошкодження 853
Стаття 358. Підроблення документів, печаток, штампів та бланків, збут чи використання підроблених документів, печаток, штампів 853
Стаття 359. Незаконні придбання, збут або використання спеціальних технічних засобів отримання інформації 854
Стаття 360. Умисне пошкодження ліній зв'язку 856

Розділ XVI. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ЕЛЕКТРОННО-ОБЧИСЛЮВАЛЬНИХ МАШИН (КОМП'ЮТЕРІВ), СИСТЕМ ТА КОМП'ЮТЕРНИХ МЕРЕЖ І МЕРЕЖ ЕЛЕКТРОЗВ'ЯЗКУ 858
Стаття 361. Несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку 858
Стаття 361[1]. Створення з метою використання, розповсюдження або збуту шкідливих програмних чи технічних засобів, а також їх розповсюдження або збут 858
Стаття 361[2]. Несанкціоновані збут або розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка зберігається в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або на носіях такої інформації 858
Стаття 362. Несанкціоновані дії з інформацією, яка оброблюється в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї 859
Стаття 363. Порушення правил експлуатації електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку або порядку чи правил захисту інформації, яка в них оброблюється 859

Стаття 363[1]. Перешкоджання роботі електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку шляхом масового розповсюдження повідомлень електрозв'язку 859

Розділ XVII. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ 864
Стаття 364. Зловживання владою або службовим становищем 864
Стаття 364[1]. Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми 865
Стаття 365. Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу 865
Стаття 366. Службове підроблення 887
Стаття 366[1]. Декларування недостовірної інформації 887
Стаття 367. Службова недбалість 888
Стаття 368. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою 897
Стаття 368[2]. Незаконне збагачення 898
Стаття 368[3]. Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми 899
Стаття 368[4]. Підкуп особи, яка надає публічні послуги 899
Стаття 369. Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі 900
Стаття 369[2]. Зловживання впливом 901
Стаття 369[3]. Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань 901
Стаття 370. Провокація підкупу 902

Розділ XVIII. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ 914
Стаття 371. Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою 914
Стаття 372. Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності 949
Стаття 373. Примушування давати показання 949
Стаття 374. Порушення права на захист 959
Стаття 375. Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови 989
Стаття 376. Втручання в діяльність судових органів 996
Стаття 376[1]. Незаконне втручання в роботу автоматизованих систем в органах та установах системи правосуддя 996
Стаття 377. Погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного 997
Стаття 378. Умисне знищення або пошкодження майна судді, народного засідателя чи присяжного 997
Стаття 379. Посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя 997
Стаття 380. Невжиття заходів безпеки щодо осіб, взятих під захист 998
Стаття 381. Розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист 998
Стаття 382. Невиконання судового рішення 1006
Стаття 383. Завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину 1011
Стаття 384. Введення в оману суду або іншого уповноваженого органу 1013
Стаття 385. Відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків 1013
Стаття 386. Перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку 1014

Стаття 387. Розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування 1014
Стаття 388. Незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації 1016
Стаття 389. Ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі 1017
Стаття 389[1]. Умисне невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості 1017
Стаття 389[2]. Злісне ухилення особи від відбування адміністративного стягнення у виді суспільно корисних робіт 1017
Стаття 390. Ухилення від відбування покарання у виді обмеження волі та у виді позбавлення волі 1018
Стаття 390[1]. Невиконання обмежувальних заходів, обмежувальних приписів або непроходження програми для кривдників 1020
Стаття 391. Злісна непокора вимогам адміністрації установи виконання покарань 1021
Стаття 392. Дії, що дезорганізують роботу установ виконання покарань 1021
Стаття 393. Втеча з місця позбавлення волі або з-під варти 1021
Стаття 394. Втеча із спеціалізованого лікувального закладу 1021
Стаття 395. Порушення правил адміністративного нагляду 1021
Стаття 396. Приховування злочину 1023
Стаття 397. Втручання в діяльність захисника чи представника особи 1023
Стаття 398. Погроза або насильство щодо захисника чи представника особи 1023
Стаття 399. Умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи 1023
Стаття 400. Посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги 1024
Стаття 400[1]. Представництво в суді без повноважень 1024

Розділ XIX. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВСТАНОВЛЕНОГО ПОРЯДКУ НЕСЕННЯ ВІЙСЬКОВОЇ СЛУЖБИ (ВІЙСЬКОВІ ЗЛОЧИНИ) 1031
Стаття 401. Поняття військового злочину 1031
Стаття 402. Непокора 1037
Стаття 403. Невиконання наказу 1038
Стаття 404. Опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків 1038
Стаття 405. Погроза або насильство щодо начальника 1038
Стаття 406. Порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості 1039
Стаття 407. Самовільне залишення військової частини або місця служби 1039
Стаття 408. Дезертирство 1040
Стаття 409. Ухилення від військової служби шляхом самокалічення або іншим способом 1040
Стаття 410. Викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем 1040
Стаття 411. Умисне знищення або пошкодження військового майна 1041
Стаття 412. Необережне знищення або пошкодження військового майна 1041
Стаття 413. Втрата військового майна 1041
Стаття 414. Порушення правил поводження зі зброєю, а також із речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення 1041
Стаття 415. Порушення правил водіння або експлуатації машин 1042
Стаття 416. Порушення правил польотів або підготовки до них 1042
Стаття 417. Порушення правил кораблеводіння 1042
Стаття 418. Порушення статутних правил вартової служби чи патрулювання 1042
Стаття 419. Порушення правил несення прикордонної служби 1042
Стаття 420. Порушення правил несення бойового чергування 1043
Стаття 421. Порушення статутних правил внутрішньої служби 1043

Стаття 422. Розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю, або втрата документів чи матеріалів, що містять такі відомості 1043
Стаття 425. Недбале ставлення до військової служби 1043
Стаття 426. Бездіяльність військової влади 1044
Стаття 426[1]. Перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень 1044
Стаття 427. Здача або залишення ворогові засобів ведення війни 1048
Стаття 428. Залишення гинучого військового корабля 1048
Стаття 429. Самовільне залишення поля бою або відмова діяти зброєю 1048
Стаття 430. Добровільна здача в полон 1048
Стаття 431. Злочинні дії військовослужбовця, який перебуває в полоні 1049
Стаття 432. Мародерство 1049
Стаття 433. Насильство над населенням у районі воєнних дій 1049
Стаття 434. Погане поводження з військовополоненими 1049
Стаття 435. Незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала та зловживання нею 1049

Розділ XX. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МИРУ, БЕЗПЕКИ ЛЮДСТВА ТА МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ 1051
Стаття 436. Пропаганда війни 1066
Стаття 437. Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни 1073
Стаття 438. Порушення законів та звичаїв війни 1080
Стаття 439. Застосування зброї масового знищення 1130
Стаття 440. Розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення 1130
Стаття 441. Екоцид 1135
Стаття 442. Геноцид 1137
Стаття 443. Посягання на життя представника іноземної держави 1147
Стаття 444. Злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист 1147
Стаття 445. Незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала 1150
Стаття 446. Піратство 1154
Стаття 447. Найманство 1157

ПРИКІНЦЕВІ ТА ПЕРЕХІДНІ ПОЛОЖЕННЯ 1161
Розділ I 1161
Розділ II 1161

Покажчик міжнародних договорів, декларацій, рекомендацій та інших міжнародних документів 1164

Покажчик рішень Європейського суду з прав людини 1174

Покажчик електронних ресурсів з питань захисту прав людини і основоположних свобод 1182

Науково-практичне видання

Антипов Володимир Іванович

КРИМІНАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ
в контексті міжнародного права та практики Європейського суду з прав людини:
правові норми, судова практика, науково-практичний коментар

Видається в авторській редакції

Коректори *А. О. Гончарова, А. А. Фесенко*
Технічний редактор *А. Т. Гринченко*

Підписано до друку 08.02.2019.
Формат 70×100 $^{1}/_{16}$. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 96,75. Обл.-вид. арк. 107,67. Вид. № 2059.
Тираж 500 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
вул. Чернишевська, 80а, Харків, 61002, Україна
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: www.pravo-izdat.com.ua
E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Виготовлено у друкарні ТОВ «ПРОМАРТ»
Тел. (057) 717-28-80



АНТИПОВ Володимир Іванович – кандидат юридичних наук (1983), доцент (1991), професор (2005). Має досвід як практичної (дільничний інспектор, слідчий), так і науково-дослідної роботи (науковий співробітник, директор науково-дослідного інституту, проректор університету). З 2012 р. професор кафедри кримінального права та кримінології Національного університету державної фіскальної служби України.

Неодноразово залучався до підготовки експертних висновків для Конституційного Суду України та Верховного Суду України, у складі робочих груп брав участь у підготовці проектів законів України, проектів нормативно-правових актів МВС України та Державної податкової адміністрації України.

Є автором (співавтором) понад 150 наукових праць, зокрема монографічних досліджень: «Local Community – Public Security», «Обставини, які виключають застосування кримінального покарання», «Тіньова економіка та економічна злочинність»; підручників: «Кримінальне право України: Загальна частина», «Кримінальне право України: Особлива частина», «Курс кримінології», «Управління державним бюджетом України»; посібників: «Актуальні проблеми кримінально-правової кваліфікації», «Кримінально-правова кваліфікація посягань на виборчі та референдні права», «Податкова система України».

Особливе місце у творчому доробку займають науково-практичні видання, перш за все «Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України» (співавтор і спеціальний редактор першого такого видання українською мовою – 1994 р. з наступним перевиданням у 1995–2006 рр.), а також коментарі до Виправно-трудового кодексу (2000), Бюджетного кодексу (2003, 2006, 2010), Податкового кодексу (2011).

Лауреат Всеукраїнського конкурсу на краще юридичне видання в номінації «Юридичні підручники», а також Премії імені Ярослава Мудрого у номінації «За видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з проблем правознавства». Удостоєний почесного звання «Заслужений юрист України».

www.pravo-izdat.com.ua

ISBN 978-966-937-621-3

9 789669 376213