



DGI(2017)02 (номер англ. оригіналу)

Страсбург, 10 лютого 2017 року

## **ВИСНОВОК**

### **ГЕНЕРАЛЬНОГО ДИРЕКТОРАТУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА РАДИ ЄВРОПИ<sup>1</sup>**

**щодо проекту Закону України про внесення змін до Кримінального  
процесуального кодексу України (щодо забезпечення окремим  
категоріям засуджених осіб права на правосудний вирок)**

**(Проект Закону України №2033а)**

**Підготовлено на основі коментарів**

**пана Джеремі МакБрайда і пана Еріка Сванідзе**

---

<sup>1</sup> Англійська версія Висновку є оригіналом та має пріоритет у випадку розбіжностей. Цей переклад підготовлено в межах проекту Ради Європи «Подальша підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні», фінансованого урядом Данії.

## ЗМІСТ

<b>A.</b> Вступ.....	3
<b>B.</b> Загальні зауваження.....	4
<b>C.</b> Постаттєвий аналіз.....	7
<b>D.</b> Висновки.....	16

*У цьому Висновку розглядаються пропоновані зміни до Кримінального процесуального кодексу України, якими планується впровадити спеціально створену надзвичайну правову базу для виправлення окремих системних та інших значних недоліків, впроваджених до української системи кримінальної юстиції в минулому. Об'єкт пропонованих змін відповідає європейським стандартам, але уваги потребують деякі питання. Відтак слід розглянути те, чи дійсно існують вагомі причини незабезпечення пропонованого права на скаргу тим особам, що відбувають покарання за скоєння тяжких злочинів. Крім того, потрібно переконатись у тому, що пропонована правова база стосується справ, у яких доказова база була отримана за допомогою жорстокого поводження, а також у тому, що недостатня кількість належних процедур подання скарг і наявність інших недоліків потенційно можуть призвести до ухвалення судової помилки. Необхідно також більш ретельно визначити чинні положення Кодексу, що стосуються розгляду апеляцій та забезпечити, що вимоги порушення процедури подання скарг враховують практичні складнощі, з якими можуть стикнутися особи, що перебувають у місцях позбавлення волі. Існує можливість покращити формулювання багатьох положень; також потрібно вирішити деякі дрібні питання. На останок слід обміркувати можливість передання повноваження апеляційного розгляду усіх справ одному суду для того, щоб процес їхнього розгляду був послідовним.*

## **A. ВСТУП**

1. Цей Висновок стосується проекту Закону України про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України (щодо забезпечення окремим категоріям засуджених осіб права на правосудний вирок) (далі – проект Закону).
2. Відповідно до пояснювальної записки до пропонованого проекту Закону України, що була підготовлена авторами проекту Закону, метою його прийняття є запровадження тимчасового механізму перегляду вироків у кримінальних справах, в яких особи були засуджені «без належної доказової бази» за тяжкі та особливо тяжкі злочини «на підставі Кримінально-процесуального кодексу України від 28 грудня 1960 року» і «досі відбувають покарання, – для забезпечення таким особам права на правосудний вирок та відновлення їхніх прав»<sup>2</sup>.
3. У цьому висновку розглядається відповідність пропонованих проектом Закону змін до Кримінального процесуального кодексу України (далі – Кодекс) європейським стандартам, зокрема Європейській конвенції з прав людини (далі – Європейська конвенція»), у тому числі Протоколу №7 до неї, а також практики Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд). У ньому також містяться припущення того, як можна змінити проект Закону для того, щоб він відповідав цим стандартам.

---

<sup>2</sup> Розділ 2.

4. Спочатку у Висновку розглядається об'єкт проекту Закону, а далі міститься постаттєвий огляд пропонованих змін у ньому. Висновок завершується загальною оцінкою відповідності проекту Закону європейським стандартам.
5. У ньому відсутні коментарі щодо положень, що видаються прийнятними або такими, що не викликають питань, окрім випадків, коли на перший погляд вони такими не видаються або це потрібно для загального оцінювання їхньої відповідності європейським стандартам.
6. *Будь-які рекомендації щодо будь-яких дій, що можуть виявитись необхідними для забезпечення відповідності європейським стандартам (їхня зміна, переобміркування або видалення), виділені курсивом.*
7. Висновок ґрунтується на неофіційному перекладі проекту Закону та пояснювальної записки до нього англійською мовою, що був отриманий від Секретаріату Ради Європи. У випадках, коли формулювання, наведені у перекладі англійською мовою, видавалися неточними, автори документу зверталися до оригінальної версії документу.
8. Висновок було підготовлено на основі досвіду Джеремі МакБрайда<sup>3</sup> й Еріка Сванідзе<sup>4</sup> під егідою проекту Ради Європи «Підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні», що впроваджується за фінансового сприяння Уряду Данії.

## **Б. ЗАГАЛЬНІ ЗАУВАЖЕННЯ**

9. Відповідно до пояснювальної записки до проекту Закону, право на скаргу<sup>5</sup>, що буде впроваджене у випадку прийняття проекту Закону, стосується окремих справ, у яких осіб було незаконно обвинувачено і покарано.
10. Крім того, як передбачено пояснювальною запискою до проекту Закону та преамбулою до нього<sup>6</sup>, планується впровадити спеціально створену<sup>7</sup> надзвичайну правову базу для виправлення окремих системних та інших

---

<sup>3</sup> Адвокат, «Monckton Chambers», Лондон і запрошений професор, Центрально-Європейський Університет, Будапешт.

<sup>4</sup> Міжнародний консультант Ради Європи; колишній грузинський прокурор, заступник міністра юстиції Грузії, член та експерт Європейського комітету з питань запобігання катувань. Обидва консультанти були членами групи Ради Європи, що підтримували розробку та прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України, законів України «Про прокуратуру» (включно з відповідним висновком Венеціанської комісії), «Про Національне антикорупційне бюро», «Про Державне бюро розслідувань» та інших супутніх законодавчих актів.

<sup>5</sup> Варто зазначити, що в оригіналі проекту Закону українською мовою використовується термін скарга. Англійською мовою краще перекладати його словом «complaint», аніж словом «appeal», яке було використане у перекладі проекту Закону англійською мовою.

<sup>6</sup> Існує лише українською мовою.

<sup>7</sup> Вона не замінює звичні можливості, у тому числі ті, що передбачені Главою 34 Кримінального процесуального кодексу «Провадження за нововиявленими обставинами».

значних недоліків, впроваджених раніше до української системи кримінальної юстиції.

11. Положення проекту Закону в основному будуть застосовуватись до справ, у яких зізнання або свідчення, на яких ґрунтувалося обвинувачення, були або отримані внаслідок нехтування правом відмови від їхнього надання, або особа, що надала їх, згодом від них відмовилася. Крім того, положення проекту Закону також застосовні до певних інших ситуацій, у яких справедливість доказів, на котрих ґрунтується обвинувачення, може бути оскаржена: свідчення, отримані від підозрюваного, коли він перебував лише у статусі свідка, або від свідка, що мав або особисту зацікавленість, або чий свідчення суперечили самим собі; спотворені обставини, що безумовно суперечать дослідженим суттєвим доказам у справі; а також обставини, встановлені внаслідок суттєвого порушення права особи на захист під час дізнання, досудового розслідування або суду.
12. Вони також були б застосовні до справ, у яких виправдовувальні докази були відхилені або не взяті до уваги слідством, а покарання за злочин було «очевидно неспіврозмірним (занадто суворим)» або призводило до необґрунтованого присудження покарання у вигляді позбавлення волі<sup>8</sup>.
13. Як результат, ці справи стосуються поширених зловживань, про які звітують правозахисники, і які супроводжуються фактами порушень права на справедливий суд, встановлених у низці справ Європейського суду щодо України.
14. Засудження у перших двох групах таких справ (якщо скарги є належним чином обґрунтованими) у більшості, якщо не в усіх випадках, суперечили праву на справедливий суд відповідно до пункту 1 статті 6 Європейської конвенції, були отримані внаслідок порушення права не свідчити чи порушувати заборону самовикриття<sup>9</sup> і застосування катувань<sup>10</sup>, можливого порушення заборони нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання<sup>11</sup>, неналежними поясненнями<sup>12</sup> або через те, що вони призвели до порушення статті 18 разом із статтею 6 у питанні зловживання судовим провадженням<sup>13</sup>. Справи, у ході яких виправдовувальні докази були відхилені або не взяті до уваги, можуть призвести до невиправданого обмеження здатності надавати

---

<sup>8</sup> Стаття 16-1.

<sup>9</sup> Див., наприклад, рішення у справі «Яременко проти України (*Yaremenko v. Ukraine*)», № 32092/02, рішення від 12 червня 2008 року.

<sup>10</sup> Див., наприклад, рішення у справі «Отхман (Абу Катада) проти Сполученого Королівства (*Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*)», № 8139/09, рішення від 17 січня 2012 року.

<sup>11</sup> Див., наприклад, рішення у справах «Яллох проти Німеччини (*Jalloh v. Germany*)»<sup>11</sup> [ВП], № 54810/00, рішення від 11 липня 2006 року і «Гефген проти Німеччини (*Gäfgen v. Germany*)» [ВП], № 22978/05, рішення від 1 червня 2010 року.

<sup>12</sup> Див., наприклад, рішення у справах «Салов проти України (*Salov v. Ukraine*)», № 65518/01, рішення від 6 вересня 2005 року і «Градінар проти Молдови (*Gradinar v. Moldova*)», № 7170/02, рішення від 8 квітня 2008 року.

<sup>13</sup> Див., наприклад, рішення у справі «Ходорковський і Лебедев проти Росії (*Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*)», № 11082/06, рішення від 25 липня 2013 року.

докази на власний захист<sup>14</sup>, що суперечить підпункту «d» пункту 3 статті 6 або є порушенням зобов'язання щодо обґрунтування, про яке ми згадували вище. Зрештою, що стосується справ, у яких існує ймовірність того, що вирок був суперечливим, то у цих випадках може бути порушення заборони нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання, що суперечить статті 3<sup>15</sup> та іншим правам відповідно до Європейської конвенції<sup>16</sup>.

15. У пояснювальній записці зазначено, що стандартні механізми подання скарг були неадекватними щодо правового захисту від таких скарг і тому (у зв'язку із забезпеченням, що суперечило Європейській конвенції) засуджені втрачали право на подання заяви до Європейського суду у зв'язку зі спливанням шестимісячного правила, передбаченого пунктом 1 статті 35. Ця перепона також стосується будь-яких додаткових скарг щодо таких випадків, у яких система подання скарг не змогла задовольнити права на подання скарги у кримінальних справах, що передбачається статтею 2 Протоколу № 7.
16. З огляду на це, у пояснювальній записці стверджується, що «іншого дієвого механізму перегляду остаточних вироків щодо осіб, засуджених на підставі сфальсифікованих доказів з грубим порушенням права на захист, фактично немає»<sup>17</sup>. Тому цей проект Закону України спрямований на запровадження такого механізму «як надзвичайного порядку перегляду, що матиме тимчасовий характер»<sup>18</sup>.
17. Хоча цей механізм не може вважатися як такий, що вимагається Європейською конвенцією щодо справ, що більше не можуть бути предметом розгляду Європейського суду, варто враховувати, що стаття 3 Протоколу № 7 передбачає відшкодування у випадку скасування остаточного рішення на підставі нового чи нововиявленого факту, який беззаперечно доводить наявність судової помилки.
18. Крім того, повторне відкриття справи, у якій було винесено остаточне рішення, не змінить результатів відповідного провадження, оскільки це становить порушення статті 4 Протоколу № 4 щодо притягнення до суду або покарання двічі за наявності нових або нововиявлених фактів чи суттєвих недоліків у попередньому судовому розгляді, які могли вплинути на результати розгляду справи<sup>19</sup>. Це один з винятків принципу правової визначеності, що є частиною права на справедливий суд відповідно до пункту 1 статті 6 Європейської

---

<sup>14</sup> Див., наприклад, рішення у справі «Мірілашвілі проти Росії» (*Mirilashvili v. Russia*), № 6293/04, рішення від 11 грудня 2008 року.

<sup>15</sup> Див. рішення у справі «Вінтер та інші проти Сполученого Королівства» (*Vinter and Others v. United Kingdom*), [ВП], № 66069/09, рішення від 9 липня 2013 року.

<sup>16</sup> Див., наприклад, рішення у справі «Мурат Вурал проти Туреччини» (*Murat Vural v. Turkey*), № 9540/07, рішення від 21 жовтня 2014 року (стаття 10).

<sup>17</sup> Розділ 1.

<sup>18</sup> Там само.

<sup>19</sup> Див., наприклад, рішення у справах «Нікітін проти Росії» (*Nikitin v. Russia*), № 50178/99, рішення від 20 липня 2004 року і «Хаккар проти Франції» (*Hakkar v. France*) (ріш.), № 43580/04, рішення від 7 квітня 2009 року.

конвенції<sup>20</sup>, якою передбачається, що у випадку винесення остаточного рішення суду воно не повинно оскаржуватися.

19. Варто зазначити, що у Пояснювальній доповіді до Протоколу № 7 йдеться про те, що на будь-яке повторне відкриття проваджень на користь обвинуваченої особи чи на будь-яку іншу зміну судового рішення на її користь розповсюджується заборона подвійної відповідальності<sup>21</sup>.
20. Відтак об'єкт проекту Закону може вважатися як такий, що відповідає європейським стандартам.
21. Проте не існує формального зобов'язання повторно відкривати справи, у яких було винесено остаточне рішення, у випадку встановлення суттєвих недоліків у ній. Як наслідок європейські (і міжнародні) стандарти покладають на національні органи і закони право визначення конкретних обставин, процесуального формату і сфери застосування перегляду і повторного відкриття справ, у яких остаточне рішення було винесене<sup>22</sup>. Лише нові провадження (після надання дозволу на повторне відкриття) в свою чергу можуть вважатися як такі, що стосуються визначення кримінального покарання, до якого застосовні вимоги статті 6 Європейської конвенції<sup>23</sup>.
22. У проекті Закону існують окремі значні обмеження щодо можливості повторного відкриття справ, у яких було винесено остаточне рішення.
23. Зокрема, це буде можливим лише у тих випадках, коли такі рішення стосувалися засуджень за особливо тяжкі злочини. Крім того, це буде можливим лише у тих справах, де ув'язнені досі відбувають свої покарання і подають скаргу на обвинувальний вирок до 31 грудня 2018 року. Попри те навіть за таких обмежень автори Пояснювальної записки стверджують, що ця норма буде застосовною до справ більш ніж 8500 засуджених<sup>24</sup>.
24. Проте варто зазначити, що існують певні відмінності між питаннями, що вирішуються Законом відповідно до Пояснювальної записки і формулюваннями положень проекту Закону. У Пояснювальній записці на відміну від проекту Закону зазначено, що закон стосується справ, у яких особи засуджені не лише за особливо тяжкі, але і за тяжкі злочини. Вартим уваги є і той факт, що у проекті Закону чітко не визначено використання доказів, отриманих внаслідок поведження, що суперечить статті 3 Європейської конвенції<sup>25</sup>, відсутній належний порядок подання скарг; у ньому містяться й інші недоліки. Усі вони

---

<sup>20</sup> Див. рішення у справі «Бужніца проти Молдови (*Bujnita v. Moldova*)», № 36492/02, рішення від 16 січня 2007 року, пункти 20-24 з наступними посиланнями.

<sup>21</sup> Пункт 31.

<sup>22</sup> Див. пункт 23 Пояснювальної доповіді до Протоколу № 7.

<sup>23</sup> Див. рішення у справі «Нікітін проти Росії (*Nikitin v. Russia*)», № 50178/99, рішення від 20 липня 2004 року, пункт 60.

<sup>24</sup> Розділ 6.

<sup>25</sup> Див. далі обговорення статті 16-3 у пунктах 48-49.

зазначені у Пояснювальній записці як такі, що потенційно можуть призводити до судових помилок у багатьох справах.

25. *З огляду на такі розбіжності між проектом Закону і текстом Пояснювальної записки ми рекомендуємо обміркувати розширення застосування правової бази, що створюється для правового захисту від значних судових помилок і процедур проведення такого захисту, а також більш ретельно визначити кількість осіб, до яких може бути застосовано право на подання скарги.*
26. Варто враховувати, що зобов'язання України відповідно до Протоколу № 7 Європейської конвенції розповсюджуються і на вимоги, закріплені статтею 3 щодо надання відшкодування за судову помилку, що призвела до засудження, яке в подальшому було переглянуто на підставі нового чи нововиявленого факту. Більше того, розгляд проваджень щодо компенсації необхідно проводити таким чином, щоб він враховував вимоги пункту 2 статті 6 Європейської конвенції щодо презумпції невинуватості<sup>26</sup>.

## **В. ПОСТАТТЄВИЙ АНАЛІЗ**

### *Стаття 16-1*

27. Обмеження нового права на подання скарги щодо засудження за «особливо тяжкі злочини» означає, що воно не буде обов'язково застосовуватись до усіх справ, у яких обвинувальні вирoki були винесені (або покарання застосовані) таким чином, що суперечить Європейській конвенції.
28. Проте це обмеження не викликає питань, оскільки, як раніше зазначалося, вимоги щодо надання підтвердження стосовно подання скарги для таких справ немає. Крім того, на нашу думку, ця стаття жодним чином не порушує заборону дискримінації – незалежно від того, чи вона суперечить Протоколу № 12 чи статті 14 разом з будь-яким правом відповідно до Європейської конвенції або будь-яких Протоколів до неї – оскільки диференційне ставлення до засуджень за особливо тяжкі злочини і за інші злочини може вважатися законною метою і не бути неспіврозмірним у тому контексті, що увага зосереджується на особливо серйозних порушеннях, яких зазнали люди, що досі відбувають покарання.
29. Проте як раніше зазначалося<sup>27</sup>, щодо цього питання існує невідповідність між текстами Пояснювальної записки і проекту Закону, тому можна припустити, що деякі особи досі відбувають покарання у вигляді позбавлення волі за скоєння тяжких злочинів, що було накладене за умов, що суперечать вимогам Європейської конвенції.

---

<sup>26</sup> Див., наприклад, рішення у справах «*Асан Рушіті проти Австрії (Asan Rushiti v. Austria)*», № 28389/95, рішення від 21 березня 2000 року і «*Аллен проти Сполученого Королівства (Allen v. United Kingdom)*», № 25424/09, рішення від 12 липня 2013 року.

<sup>27</sup> Див. пункт 24 вище.



30. Відтак слід розглянути те, чи дійсно існують вагомі причини для невключення до переліку осіб, що можуть скористатися правом на подання скарги, створеним відповідно до проекту Закону, тих осіб, що були засуджені за тяжкі злочини.
31. Крім того, нерозумним видається обмеження можливості оскарження з різних підстав, передбачених проектом Закону щодо обвинувальних вироків, оскільки обґрунтування їхнього включення було б рівноцінно застосовним у випадках, коли рішення про примусове застосування медичних заходів містить недоліки і порушення, аналогічні тим, яких воно і стосується.
32. Тому сферу застосування проекту Закону необхідно змінити відповідним чином.
33. Безумовно, цілком доречним виглядає зазначення того, що нове право на оскарження жодним чином не впливає на будь-які інші процедури оскарження.

#### *Стаття 16-2*

34. Доречними також виглядають зазначення того, що загальні положення Кодексу щодо розгляду оскаржень (щодо будь-яких конкретних положень проекту Закону) будуть застосовні до цього нового права на оскарження.
35. Проте варто прописати більш чіткі визначення окремих положень, застосовних відповідно до цієї правової бази, оскільки більшість статей і норм Глави 31 Кодексу є очевидно неважливими (наприклад, стаття 435) або досі заплутують та можуть створити проблеми під час їхнього застосування на практиці. Відтак загальне визначення того, що вони розглядаються «на підставах та в порядку, визначеними пунктами 16-1 – 16-11 цього Розділу», є занадто широким і недостатнім.
36. Тому існує потреба більш чіткого визначення положень, спрямованих на регулювання розгляду скарг, подання яких передбачається проектом Закону.
37. Але питань не викликають обмеження, запропоновані у другій частині положення щодо переліку осіб, які не можуть брати участь у перегляді обвинувального вироку, до яких застосовується нове право на подання скарги. Це обумовлено тим, що їхнє недопущення виключає можливість подання скарг щодо можливої неупередженості таких осіб, оскільки вони брали участь у попередньому розгляді скарги щодо справи або є близьким родичем або членом сім'ї таких осіб<sup>28</sup>.

#### *Стаття 16-3*

---

<sup>28</sup> Див, наприклад, рішення у справах «Шесне проти Франції (*Chesne v. France*)», № 29808/06, рішення від 22 квітня 2010 року і «*UTE Saur Vallnet проти Андорри (UTE Saur Vallnet v. Andorra)*», № 16047/10, рішення від 29 травня 2012 року.

38. Це положення передбачає, що нове право на подання скарги (дозволу перегляду остаточного рішення у справі) може бути застосоване за шести підстав, що стосуються суті обвинувального вироку, і ще двох, що стосуються засудження, накладеного після обвинувального вироку.
39. Як раніше зазначалося щодо першої частини<sup>29</sup>, лише деякі з підстав мають чіткий зв'язок із об'єктом, зазначеним у Пояснювальній записці до проекту Закону.
40. Перша підстава стосується можливого порушення заборони самовикриття і права не свідчити. Неприйнятно обмежувати такі порушення тими, що стосуються засудженої особи, оскільки на справедливість суду щодо такої особи може вплинути участь інших осіб<sup>30</sup>. Незважаючи на це, актуальне формулювання, що стосується «порушення права на відмову давати показання або пояснення щодо себе», варто викласти більш чітко, оскільки досі незрозумілим залишається те, якою мірою право не свідчити і відмовлятися від самовикриття застосовується до свідків і учасників справи, а не тільки реальних чи можливих підозрюваних або обвинувачених у кримінальному провадженні.
41. Крім того, що стосується згадки про «інші докази, що безумовно доводять провину засудженої особи», що міститься на початку першої частини цього положення, то таке формулювання робить зайвою останню фразу «або які не підтвердилися під час судового розгляду» у випадках, коли особа відмовилась від початкових заяв (свідчень).
42. *Тому з метою відповідності цим зауваженням необхідно переглянути формулювання першої підстави.*
43. Друга підстава, що стосується показань, отриманих від особи, яка спочатку була свідком, сформульована таким чином, щоб вона застосовувалась до тих випадків, коли викривальні заяви робились особою не тільки у цьому статусі, але і у тих випадках, коли вони робились нею вперше після подальшого допиту як підозрюваного чи обвинуваченого, що власне не є тим питанням, над яким зосереджено увагу проекту Закону (принаймні, без застосування інших факторів).
44. Тому більш доречним було б, якби ця підстава стосувалася лише показань свідків, що надалі «стала підозрюваним чи обвинуваченим», а не усіх заяв осіб, що раніше були свідками. У цьому контексті корисно звернути увагу на формулювання пункту 6 частини 2 статті 87 Кодексу.
45. *Формулювання цієї підстави необхідно переглянути відповідним чином.*

---

<sup>29</sup> Див. пункт 24 вище.

<sup>30</sup> Див., наприклад, рішення у справі «Луценко проти України (Lutsenko v. Ukraine)», № 30663/04, рішення від 18 грудня 2008 року.

46. Третя і четверта підстава стосуються надійності доказів. Це, зокрема, стосується можливої упередженості осіб, що надають їх, а також можливих суперечностей. І якщо суперечності виникають у свідченнях особи (як це зазначається у пункті 2), які досить просто встановити, то положення про «викривлені обставини, які очевидно не відповідають дослідженню у суді доказам» безумовно потребують вдосконалення. Зокрема, незрозумілим залишається поняття «викривлених обставин». Варто визначити: вони стосуються фактичних висновків, зазначених в обвинувальному вироку (рішенні), що оскаржується, чи чогось іншого? Крім того, воно не є основою для встановлення цих обставин.
47. *Тому існує потреба більш чітко визначити як поняття «викривлених обставин», так і метод їхнього встановлення.*
48. П'ята підстава, що стосується «обставин, встановлених на підставі доказів, що були отримані з істотним порушенням права особи на захист під час дізнання, досудового слідства чи судового розгляду» може охоплювати засудження, що ґрунтуються на доказах, отриманих не лише внаслідок катувань і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання, але і внаслідок самовикриття, підбурювання до порушення і несанкціонованого прослуховування. Власне підстава питань не викликає, проте формулюванню бракує точності; більш доцільним було б навести чіткіші формулювання, застосувавши підхід положень, що містяться у пунктах 1, 2 і 4 частини 2 статті 87 Кодексу.
49. *Потрібно забезпечити викладення цього положення таким чином, щоб воно чітко охоплювало застосування принаймні доказів, отриманих внаслідок катувань і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання, а також підбурювання до порушення.*
50. Загалом усі п'ять підстав повинні охоплювати похідні докази – тобто реальні та інші докази – отримані або зібрані на підставі відповідних показань або обставин<sup>31</sup>.
51. *Це необхідно чітко закріпити у чинному положенні.*
52. Шоста підстава щодо суті стосується ситуацій, у яких суд ухвалив обвинувальний вирок, відхиливши клопотання про надання доказів, що виправдовують особу, або не надавши оцінку таким доказам у рішенні. Потенційно обидві ситуації можуть призвести до порушення Європейської конвенції або у питанні нездатності сторони захисту надати докази<sup>32</sup>, або у питанні ненадання обґрунтованого судового рішення<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Контекстні/конкретні за справою обговорення щодо прийнятності реальних доказів, запропоновані у справі «Гейфген проти Німеччини (Gäfgen v. Germany)» [ВП], № 22978/05, рішення від 1 червня 2010 року не слід широко тлумачити у ситуаціях, передбачених проектом Закону.

<sup>32</sup> Див., наприклад, рішення у справі «Матисина проти Росії (Matysina v. Russia)», № 58428/10, рішення від 27 березня 2014 року.

53. Проте факт клопотання про надання доказів не означає, що його відхилення було обов'язково необґрунтованим, оскільки подання на підтримку обвинуваченого могли бути недостатнім чином обґрунтовані.
54. Таким чином більш доцільним було б зазначити у цій підставі, що відхилення клопотання було «необґрунтованим».
55. Що стосується перших п'яти підстав, то успіх поданої скарги залежить не лише від її подання, але і «за відсутності інших доказів, які поза розумним сумнівом доводять вину засудженого». Загалом ця ситуація відповідає загальновідомій характерній особливості порушень, що призводять до порушення права на справедливий суд. У пункті 2 статті 4 Протоколу № 7 вони зазначаються як «суттєві недоліки». У практиці Європейського суду з прав людини зазначається, що порушення статті 6 виникатиме у випадку існування недоліків і порушень, що впливають на «результат справи»<sup>34</sup>, «сутність права»<sup>35</sup> або «загальну справедливість суду»<sup>36</sup> тощо. Аналогічне обґрунтування диференціювання формального підходу і суттєвих негативних наслідків може бути надано під час визначення оцінки щодо справедливості прийнятності показань з чужих слів, використання співробітників правоохоронних органів під прикриттям та інших спеціальних або процесуальних методик і підходів<sup>37</sup>.
56. Таким чином, слід припустити, що у зв'язку з інтенсивністю і характером порушень, недосконалістю кримінального процесуального законодавства і верховенства права загалом (як зазначено у Пояснювальній записці) мета авторів проекту Закону полягає у застосуванні вищих стандартів і впровадженні більш формальних/спрощених підстав для визначення необхідності скасування вироку. Цей більш сприятливий з точки зору засуджених осіб підхід не викликає питань, оскільки у ньому враховані європейські стандарти.
57. Перші з двох підстав, що стосуються призначених покарань, ґрунтуються на тому визначенні, що вони «були вочевидь неспіврозмірними (занадто суворими) вчиненому злочину, в тому числі покарання у виді довічного позбавлення волі, призначене за незакінчений злочин». Загалом цей критерій є прийнятним, оскільки пропорційність є законним принципом, на який можна посилатися під час ухвалення рішення. Проте враховуючи той факт, що оскаржуване рішення

---

<sup>33</sup> Див., наприклад, рішення у справах «Салов проти України (*Salov v. Ukraine*), № 65518/01, рішення від 6 вересня 2005 року і «Градінар проти Молдови (*Gradinar v. Moldova*)», № 7170/02, рішення від 8 квітня 2008 року.

<sup>34</sup> Рішення у справі «Нікітін проти Росії (*Nikitin v. Russia*)», № 50178/99, рішення від 20 липня 2004 року, пункт 56.

<sup>35</sup> Рішення у справі «Ходорковський і Лебедєв проти Росії (*Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*)», № 1082/06, рішення від 25 липня 2013 року, пункт 586.

<sup>36</sup> Там само, пункт 599.

<sup>37</sup> Див., наприклад, рішення у справах «Аль-Хаваджа та Тагері проти Сполученого Королівства (*Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*)» [ВП], № 26766/05, рішення від 15 грудня 2011 року, пункти 126-165 і у справі «Тейшейра де Кастро проти Португалії (*Teixeira de Castro v. Portugal*)», № 25829/94, рішення від 9 червня 1996 року, пункти 31-39.

ймовірно досі є правомочним, незрозумілим залишається те, на які орієнтири потрібно спиратися, визначаючи надмірну суворість кожного окремого покарання.

58. У зв'язку з цим варто зазначити, що положеннями Кодексу передбачена можливість внесення змін до судового рішення внаслідок «невідповідності ступеню тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого»<sup>38</sup>; ця можливість закріплена деякими корисними додатковими положеннями<sup>39</sup>. Саме у них міститься корисна вимога врахування особи обвинуваченого, що відсутня у попередньому положенні. Можна створити чинні рекомендації щодо винесення вироків, створені задля оцінки пропорційності. За їхньої відсутності у підході розгляду скарг існує ризик свавільних і непослідовних рішень.
59. *Якщо досі не створено пояснень щодо встановлення того, що є «вочевидь неспіврозмірним (занадто суворим)», їх варто створити.*
60. Друга підстава питань не викликає, оскільки цей критерій (призначення покарання у виді довічного позбавлення волі без наведення обґрунтування неможливості призначення покарання на визначений строк) є значно зрозумілішим. Воно не викликає питань просто через те, що стосується неспроможності пояснити вибір між двома варіантами термінів ув'язнення.

#### *Стаття 16-4*

61. Суть положення, передбачена у перших двох абзацах статті, відповідно до яких скарга подається безпосередньо до суду апеляційної інстанції, в межах територіальної юрисдикції якого засуджений відбуває покарання (окрім випадків, де таким судом є суд, що раніше вирішував справу), потенційно полягає у спрощенні практичного доступу до правосуддя<sup>40</sup>.
62. Проте ця перевага може бути менш цінною за важливість забезпечення послідовного підходу у розгляді усіх справ, до яких повинні застосовуватись тимчасові положення.
63. Як зазначалося раніше, автори Пояснювальної записки не мають можливості встановити точну кількість справ, яких стосуватиметься закон, але наводять припущення правозахисників, що близько 100 осіб із 1509 осіб, які відбувають покарання у виді довічного позбавлення волі, були засуджені «незаконно». Аналогічне порівняння можна застосувати і до 8500 осіб, засуджених на строк понад 10 років. З огляду на велику кількість справ, що можуть розглядатися

---

<sup>38</sup> Частина 2 статті 409.

<sup>39</sup> Так, у статті 414 КПК зазначено таке: «Невідповідним ступеню тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого визнається таке покарання, яке хоч і не виходить за межі, встановлені відповідною статтею (частиною статті) закону України про кримінальну відповідальність, але за своїм видом чи розміром є явно несправедливим через м'якість або через суворість».

<sup>40</sup> Підтверджено випадками, коли апеляційний суд територіальної юрисдикції було відсторонено від розгляду скарги у зв'язку з тим, що він раніше вирішував цю справу; у таких випадках необхідно обирати суд, що «найбільш територіально наближений до місця відбування покарання».

відповідно до цього закону, послідовності досягти легше, якщо централізувати процес розгляду і винесення рішень щодо скарг, аніж розпорощувати його по різних судах.

64. *За цих обставин варто обміркувати можливість надання функції розгляду усіх скарг одному суду і переміщення скаргників на період розгляду скарги до в'язниці, що є найбільш територіально наближеною до місця розгляду справи.*
65. Розташування третього абзацу цієї статті (у якому йдеться про право подати скаргу на обвинувальний вирок у справі про особливо тяжкий злочин) на нашу думку є не надто вдалим; крім того, це положення сформульовано неналежним чином. Дивним є те, що цій статті передуює стаття, яка передбачає підстави подання скарги. Ще дивнішим – те, що у ній відсутні згадки про будь-які підстави подання скарги.
66. *Більш доцільно перемістити це положення на початок статті 16-2, належним чином переглянувши формулювання першого абзацу цієї статті.*
67. Достатнім виглядає останній термін подання скарги (31 грудня 2018 року), оскільки прийняття проекту Закону відбудеться у 2017 році.
68. *Проте цей термін можливо доведеться відтермінувати/притосувати до дійсної дати прийняття проекту Закону.*

#### *Стаття 16-5*

69. Як і у випадку зі статтею 16-2, загальне посилання на деякі звичайні положення Кодексу, що виступають основою для оформлення скарг, є занадто широким для їхнього доцільного застосування. Як наслідок – під час їхнього застосування виникатиме плутанина і непотрібні складнощі<sup>41</sup>.
70. *Тому існує потреба більш чіткого визначення положень, спрямованих на регулювання оформлення скарг, пов'язаних з положеннями проекту Закону.*
71. Положення, викладене у другому абзаці, відповідно до якого «докази, які не були подані чи не були досліджені в суді, мають бути зазначені у скарзі без обов'язкового зазначення причини неподання чи недослідження», стосується подання скарги. На нашу думку, це положення звільняє особу, що подає скаргу, від ініціювання відповідних питань під час проваджень або дозволяє йому не надавати суду обґрунтування відмови від вивчення доказів, поданих раніше.
72. Перша частина речення має сенс. Особливо раціональною вона є за умов, що обставини ускладнюють повідомлення про окремі аспекти справи захисту. Проте його друга частина не є виправданою, оскільки відмова суду брати до уваги певні подання насправді може бути обґрунтованою; апеляційний суд у

---

<sup>41</sup> Див. пункти 34-35 вище.

такому випадку повинен бути повідомлений про причини такої відмови для того, щоб здійснити власне оцінювання по суті.

73. Тому потрібно уточнити фактичний вплив цього положення і, зокрема, визначити, чи повинен апеляційний суд визначати обґрунтованість відмови суду брати до уваги окремі докази.
74. Для деяких засуджених осіб складністю може стати дотримання вимог, викладених у третьому абзаці, у якій зазначено, що до скарги необхідно додати документи, що обґрунтовують або підтверджують наявність підстав для подання скарги.
75. Для того, щоб спростити цей процес, доцільно було б внести зміни до цього положення таким чином, щоб воно передбачало можливість для осіб, що подають скаргу, вказувати лише дату, суд та іншу відповідну інформацію про рішення (ухвалу), щодо якого (якої) подана скарга, та додавати до скарги документи, на які у скарзі містяться посилання.

#### *Стаття 16-9*

76. Положення цієї статті, відповідно до якої участь захисника у процесі розгляду скарги є обов'язковою, частково відображає прагнення, виражене у Пояснювальній записці. Ідея полягає у тому, що цей захисник повинен бути «фільтром, покликаним попередити зловживання правом на оскарження». Проте існує ще одна причина застосовності цього положення, яка полягає у тому, що усі підстави подання скарги є досить складними. Допомога адвоката засудженій особі у такому випадку є необхідною для ефективного представництва цієї особи у суді під час розгляду його справи. Воно також відповідає підходу Європейського суду щодо справ, у яких правове представництво при розгляді скарг є необхідним відповідно до підпункту «с» пункту 3 статті 6 Європейської конвенції<sup>42</sup>.
77. Проте враховуючи загальний дух і контекст проекту Закону і його цілей, ми рекомендуємо, щоб уся правова база, встановлена проектом Закону, повністю охоплювалася схемою безоплатної правової допомоги.
78. Це положення необхідно викласти таким чином.
79. Більш доцільно було б викласти його у першому абзаці, щоб він посилався на статтю 16-3, а не на пункт 16.3.
80. Існує потреба у вирішенні проблеми, викладеної вище.

#### *Стаття 16-10*

---

<sup>42</sup> Див., наприклад, рішення у справах «Боунер проти Сполученого Королівства (Boner v. United Kingdom)», № 18711/91, рішення від 28 жовтня 1994 року і «Тваліб проти Греції (Twalib v. Greece)», № 24294/94, рішення від 9 червня 1998 року.

81. Виключення, наведене у першому абзаці цього положення про те, що рішення суду апеляційної інстанції може ґрунтуватися лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання, а саме відсутність такої особи у судовому засіданні внаслідок смерті або тяжкої фізичної чи психічної хвороби чи її неприбуття на виклик до суду, якщо місцезнаходження особи не встановлено шляхом проведення необхідних заходів розшуку, буде відповідати розумінню Європейського суду у питанні поважної причини неприбуття свідка і задовольнятиме як спеціальні вимоги підпункту «d» пункту 3 статті 6 Європейської конвенції у питанні допиту свідків, так і загальні вимоги відповідно до пункту 1 статті 6 щодо права на справедливий розгляд справи судом<sup>43</sup>.
82. Проте варто не забувати про необхідність демонстрації дійсного вжиття достатніх заходів для розшуку свідка, що не реагує на виклики на відвідання судового засідання.
83. Більше того, поважна причина для неприбуття сама по собі не є достатньою причиною для забезпечення обвинувачення незалежно від того, чи були ці показання єдиною чи вирішальною причиною, що призвела до такого рішення; з метою справедливого судового розгляду або оскарження такого рішення повинні існувати взаємоврівноважувальні фактори, міра яких залежить від важливості показань відсутнього свідка. До цих факторів можна віднести обережне вивчення доказів, наявність підтверджувальних доказів, що доводять неперевірені заяви свідка; наявність можливості допитати свідка на етапі розслідування, а також можливість особи, що надала скаргу, надати власне викладення подій і поставити під сумнів надійність відсутнього свідка, наголошуючи на будь-яких неузгодженостях і невідповідностях із заявами інших свідків. Чим важливішими є такі докази, тим більшими повинні бути врівноважувальні фактори для справедливого розгляду проваджень загалом<sup>44</sup>.
84. Звісно, що потреба у врівноважувальних факторах не обмежена скаргами, що розглядаються, а застосовується в усіх справах, у яких рішення певною мірою покладаються на показання відсутніх свідків.
85. *Тому потрібно переконатися не тільки у наявності у Кодексі адекватних підстав для застосування таких врівноважувальних факторів, але і у тому, що їхнє належне застосування на практиці також було розроблено; також переконатися треба у тому, що спеціальний для кожної справи контекст передбачає проведення справедливого і належного оцінювання надійності показань відсутнього свідка. Крім того, важливо нагадати апеляційним судам*

---

<sup>43</sup> Див, наприклад, рішення у справах «Феррантеллі і Сантанджело проти Італії (Ferrantelli v. and Santangelo v. Italy)», № 19874/92, рішення від 7 серпня 1996 року та «Ісґро проти Італії (Isgrò v. Italy)», № 11339/85, рішення від 19 лютого 1991 року.

<sup>44</sup> Рішення у справі «Шачашвілі проти Німеччини (Schatschaschwili v. Germany)» [ВП], № 9154/10, рішення від 15 грудня 2015 року. Див. також рішення у справі «Тер-Сарґсян проти Вірменії (Ter-Sargsyan v. Armenia)», рішення від 27 жовтня 2016 року, № 27866/10, пункти 44-64 з наступними посиланнями.



*про ці вимоги у випадку врахування свідчень відсутнього свідка під час ухвалення рішень.*

86. У той самий час за аналогією правил щодо прийнятності показань з чужих слів, закріплених частиною 4 статті 97 Кодексу, можна передбачити можливість скасування потреби у врівноважувальних факторах або за згодою сторін, або на підставі клопотання особи, що подала скаргу (у випадку, якщо органи прокуратури визнаються відповідальними за обставини, відповідно до яких показання особи не могли бути вивчені.

87. *Це положення необхідно викласти таким чином.*

#### *Стаття 16-11*

88. Відповідно до п'ятого абзацу статті, зміна вироку або скасування вироку повністю чи частково та ухвалення нового вироку призводить до того, що інші судові рішення у цій кримінальній справі втрачають законну силу. Проте враховуючи, що такі рішення можуть також стосуватися цивільних скарг, рішення щодо яких було винесено за тією самою правовою базою, існує потреба уточнити, чи розповсюджується це правило на них.

89. *Необхідно встановити застосовність цього положення щодо рішень, що стосуються цивільних скарг.*

90. У восьмому абзаці варто зазначити, що будь-яка зміна або скасування вироку та ухвалення нового вироку не повинна призводити до погіршення становища особи, оскільки така ситуація без сумніву буде оскаржена на підставі порушення заборони подвійного покарання, передбаченої статтею 4 Протоколу № 7.

91. Крім того, загальне формулювання дев'ятого абзацу щодо правових наслідків виправдання (а саме «визнання такої особи реабілітованою») є неналежним, оскільки воно не призводить до вичерпання та достатнього застосування зобов'язань щодо відшкодувань і вимог відповідно до статті 3 Протоколу № 7<sup>45</sup>.

92. *До проекту Закону варто включити належні положення щодо відшкодування; іншим варіантом може бути внесення змін до будь-яких чинних норм законодавства, що забезпечували б таке відшкодування таким чином, щоб відповідати вимогам статті 3 Протоколу № 7.*

## **Г. ВИСНОВКИ**

93. Як зазначалося вище, об'єкт проекту Закону відповідає європейським стандартам. Проте у ньому існують певні моменти, що потребують уваги.

---

<sup>45</sup> Див. пункт 17 вище.

94. По-перше, варто визначити, дійсно існують вагомі причини для збереження незастосовності положень проекту Закону до випадків засуджень за тяжкі злочини.
95. По-друге, варто забезпечити те, що проект Закону також буде стосуватися справ, де докази було отримано внаслідок поводження, що суперечить статті 3 Європейської конвенції; варто вирішити питання відсутності належного порядку подання скарг та інших недоліків, зазначених у Пояснювальній записці як такі, що потенційно можуть призводити до судових помилок.
96. По-третє, варто більш конкретно сформулювати наявні положення Кодексу, що стосуються розгляду скарг, що будуть подані у зв'язку з прийняттям проекту Закону.
97. По-четверте, потрібно забезпечити, що вимоги порушення процедури подання скарг враховують практичні складнощі, з якими можуть стикнутися особи, що перебувають у місцях позбавлення волі.
98. По-п'яте, у більшості випадків існує можливість покращити формулювання багатьох положень; також потрібно вирішити деякі дрібні питання.
99. На останок слід обміркувати можливість передання повноваження апеляційного розгляду усіх справ одному суду для того, щоб процес їхнього розгляду був послідовним.