

**ДОТРИМАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В СИСТЕМІ
КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ**

Проект
впроваджується
Радою Європи в рамках
Плану дій для України
на 2018-2022 рр

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

**Експертні коментарі до
проєкту Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу
України щодо кримінальної відповідальності за катування»**

Ці експертні коментарі були підготовлені за підтримки проєкту Ради Європи «Дотримання прав людини в системі кримінальної юстиції України» на основі експертного висновку пана Джеремі Мак-Брайда

21 травня 2021 року

Погляди, висловлені в цих експертних коментарях, становлять позицію автора та не обов'язково відображають офіційну політику Ради Європи

А. Вступ

1. Ці експертні коментарі стосуються проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо кримінальної відповідальності за катування» (далі – законопроект).
2. Зараз цей законопроект розглядається Комітетом з питань правоохоронної діяльності Верховної Ради України.
3. Як зазначається в пояснювальній записці, метою змін, які пропонується внести до законопроекту, є «приведення у відповідність положень Кримінального кодексу України до положень Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських чи таких, що принижують гідність, видів поведження та покарання» (далі – Конвенція ООН).
4. З огляду на це, посилання на законопроект міститься в *Оновленому плані заходів, що вживатимуться для виконання рішень Європейського суду в групі справ Каверзін/Афанасьєв/Белоусов (заяви №№ 23893/03, 38722/02 та 4494/07, який був поданий Україною до Комітету міністрів Ради Європи 5 січня 2021 року*¹.
5. У зв'язку з цим Комітет міністрів закликав органи влади докласти додаткових зусиль для розв'язання всіх досі не вирішених питань, зокрема для прийняття необхідних змін до законодавства у сфері катувань та жорстокого поведження².
6. В законопроекті пропонується зміни до положень Кримінального кодексу, які стосуються строку давності та злочинів «катування» та «насильницьке зникнення».
7. Експертні коментарі містять аналіз щодо відповідності законопроекту Європейським стандартам, зокрема Європейській конвенції про права людини (далі – Європейська конвенція), а також стандартам, напрацьованим Європейським комітетом із запобігання катуванням та нелюдському і такому, що принижує гідність, поведженню або покаранню (далі – КЗК).
8. Експертні коментарі починаються з оцінки відповідності відповідних положень законопроекту Європейським стандартам, а в подальшому надають загальний висновок.
9. Експертні коментарі були підготовлені паном Джеремі МакБрайдом³ в рамках проекту Ради Європи «Дотримання прав людини в системі кримінальної юстиції

¹ [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD\(2021\)31E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD(2021)31E%22%5D%7D)

² 1398 зустріч, 9-11 березня 2021 (DH);

[https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22CM/Del/Dec\(2021\)1398/H46-35E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22CM/Del/Dec(2021)1398/H46-35E%22%5D%7D).

³ Баррістер, Судова палата Монктону, Лондон.

України» на підставі наданого Секретаріатом Ради Європи перекладу англійською мовою законопроекту.

Б. Зміни, що пропонуються

10. Головні зміни, запропоновані в законопроекті, пов'язані із застосовністю строку давності, передбачені п. 5 ч. 1 статті 49, та ч. 6 статті 80, а також із злочином «катування», передбаченого статтею 127; при цьому пропонується внести зміни і до статті 146¹ «Насильницьке зникнення» у зв'язку зі змінами, що вносяться до статті «Катування».
11. Запропоновані зміни розглядаються по черзі.

а) Застосовність строку давності

12. Хоча у пояснювальній записці зазначається, що законопроект має на меті привести Кримінальний кодекс України у відповідність до положень Конвенції ООН, ця Конвенція фактично не містить жодного положення, в якому йшлося б про застосовність строку давності.
13. Разом з тим, незастосовність строку давності може витікати із змісту Загальних коментарів Комітету проти катувань щодо статті 2 Конвенції ООН, де зазначено наступне:

[Комітет] вважає, що амністія або інші перешкоди, які не дають можливості забезпечити своєчасне та справедливе притягнення до відповідальності та покарання осіб, винних в катуваннях або жорстокому поводженні, або ж вказують на відсутність волі до здійснення зазначених дій, порушують принцип невідступності⁴.

14. В будь-якому разі, Європейський суд з прав людини (далі – Європейський суд), застосовуючи статтю 3 Європейської конвенції, неодноразово зазначав, що

якщо в злочинах, пов'язаних з катуванням або жорстоким поводженням, обвинувачується представник держави, задля забезпечення «ефективного засобу правового захисту» надзвичайно важливим є те, щоб під час кримінального переслідування та винесення вироку не відбулося закінчення строку давності⁵.

⁴ Загальний коментар № 2 Імплементація статті 2 державами-сторонами, CAT/C/GC/2, 24 січня 2008, параграф 5.

⁵ *Абдулсамет Йаман проти Туреччини (Abdulsamet Yaman v. Turkey)*, № 32446/96, 2 листопада 2004 року, в параграфі 50, наголошено повторно, наприклад, в справі *Оккалі проти Туреччини (Okkali v. Turkey)*, № 52067/99, 17 жовтня 2006 року, в параграфі 76, *Савін проти України (Savin v. Ukraine)*, № 34725/08, 16 лютого 2012 року, в параграфі 67 та справа *Мокану та інші проти Румунії (Mocanu and Others v. Romania)* [GC], № 10865/09, 17 вересня 2014 року, в параграфі 326.

15. До того ж, КЗК вважає, що строки давності не можуть застосовуватися до злочинів, пов'язаних з катуваннями та іншими формами жорстокого поводження⁶.
16. В силу цього було б цілком розумним передбачити в законопроекті незастосовність строків давності до випадків катування з боку представників держави, а саме до злочину, передбаченого ч. 3 статті 127.
17. Водночас, зміни, які пропонується внести до п. 5 ч. 1 статті 49 та ч. 6 статті 80, не забезпечать повне виконання вимоги, встановленої Європейським судом щодо строків давності, на думку якого такі строки не повинні існувати для діянь, що порушують статтю 3 Європейської конвенції.
18. Це пояснюється тим, що наведена вище цитата з очевидністю вимагає незастосовності строку давності не тільки в разі, коли акт катування вчиняється представниками держави, але й тоді, коли такі особи несуть відповідальність за застосування інших форм жорстокого поводження, заборонених статтею 3 Європейської конвенції⁷.
19. Окрім цього, хоча наразі Європейський суд встановлює, що строк давності не може бути застосовним до діянь, які порушують положення статті 3 Європейської конвенції, якщо такі діяння були вчинені представниками держави, це не означає, що такий самий підхід не вимагається там, де зазначені діяння були вчинені іншими, аніж представниками держави, особами.
20. У зв'язку з цим, слід зазначити, що Європейський суд в своїх міркуваннях про аналогічні концепції амністії та помилування вказує, що заходи, які обмежують кримінальну відповідальність, є неприйнятними і тоді, коли вони
застосовуються в зв'язку з діями за участю приватних осіб в разі, коли такі дії досягають порогу, за яким починає діяти заборона, визначена статтею 3 Конвенції⁸.
21. При цьому Європейський суд наводив конкретну цитату із власної судової практики щодо неприйнятності строків давності.
22. *Для того, щоб Кримінальний кодекс України був приведений у відповідність до вимог статті 3 Європейської конвенції щодо незастосовності строків давності,*

⁶ Див., наприклад, спостереження в його Звіті для уряду Греції про візит до Греції, здійснений Європейським комітетом із запобігання катуванням та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню (КЗК) з 28 березня до 9 квітня 2019 року (КЗК/Inf (2020) 15) про те, що: КЗК прикро, що переглянута редакція Кримінального кодексу, ухвалена 6 червня 2019 року, не повністю усуває ці недоліки. Змінене положення про катування і досі містить елемент «систематичного» (συστηματικός) (параграф 2 а)) та термін «методичне» або «планове» (μεθοδευμένη) (параграф 5), що звужує визначення катувань. Тому це положення і тепер на відповідає міжнародним стандартам. Крім того, не був видалений і термін давності для притягнення до відповідальності за акти катувань та інших форм жорстокого поводження»; параграф 91.

⁷ Суддя Войтичек в справі *Мокану та інші проти Румунії* [ВП] (*Mocanu and Others v. Romania*) [GC], № 10865/09, 17 вересня 2014 року був єдиним членом Європейського суду, який припустив, що каральна політика може обґрунтовувати строк давності «принаймні в зв'язку з діяннями меншої тяжкості». Втім, з попереднього посилання очевидно, що КЗК не поділяє таку думку.

⁸ *Пулфер проти Албанії* (*Pulfer v. Albania*), № 31959/13, 20 листопада 2018 року, в параграфі 83.

стає очевидною необхідність розширити зміст запропонованих змін до п. 5 ч. 1 статті 49 та ч. 6 статті 80 таким чином, щоб він охоплював не тільки діяння із застосуванням катувань, що вже визначені в запропонованій статті 127⁹, але також й інші злочинні діяння із завданням фізичного болю та/або моральних страждань, які, по суті, є визнаними формами жорстокого поводження¹⁰.

б) Злочин «Катування»

23. В зв'язку із запропонованими змінами до статті 127 необхідно взяти до уваги три питання, а саме: визначення складу злочину; застосовний діапазон санкцій; визначення поняття «представник держави».

а. Визначення

24. Запропонована зміна до визначення має замінити собою невідповідне формулювання частини 1 статті 1 Конвенції ООН¹¹ положенням, яке частково, але не повністю повторює текст зазначеного визначення¹².

25. Визначення в Конвенції ООН відображається також і в підходах Європейського суду до визначення діянь, які прирівнюються до катування:

425. Суд визнав таке поводження «нелюдським», тому що, *поміж іншим*, воно мало навмисний характер, тривало декілька годин поспіль та спричиняло або фактичні фізичні ушкодження, або значні фізичні чи моральні страждання. Суд визначив це поводження «таким, що принижує гідність», тому що його метою було викликати почуття страху,

⁹ А саме, положення в частині 2 статті 121; «Умисне тяжке тілесне ушкодження, вчинене способом, що має характер особливого мучення».

¹⁰ А саме, статті 120 (Доведення до самогубства), 121 (Умисне тяжке тілесне ушкодження [тобто, охоплені статтею складу злочинів, окрім складу, згаданого в попередньому посиланні]), 122 (умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження), 124 (умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення), 125 (умисне легке тілесне ушкодження), 126 (побої і мордування), 129 (погроза вбивством), 142 (незаконне проведення дослідів над людиною) та 373 (примушування давати показання). Сюди можна також віднести статті 194 (умисне знищення або пошкодження майна) та 195 (погроза знищення майна). Крім того, незаконне позбавлення волі або викрадення людини, всупереч змісту статті 146, може мати актуальність в разі, якщо воно було можливою частиною стратегії здійснення тиску на особу, іншу, аніж та, що була позбавлена волі або викрадена.

¹¹ Так, зараз частина 1 статті 127 передбачає «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 ...».

¹² Стаття передбачає «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».

страждання та комплекс неповноцінності, здатне принизити жертву та викликати в ній зневагу до себе (див., наприклад, справу *Кудла проти Польщі* (*Kudla v. Poland* [GC], no. [30210/96](#), § 92, ECHR 2000-XI).

426. Щоб визначити, чи слід кваліфікувати певну форму жорстокого поводження як катування, Суд мусить взяти до уваги різницю між цим поняттям та поняттям нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження, закріпленого у статті 3. Як було встановлено раніше, задум, закладений до тексту Конвенції, полягає в тому, щоб саме через це розрізнення піддати окремому осуду умисне нелюдське поводження, яке тягне за собою тяжкі та жорстокі страждання; таке саме розрізнення передбачено у статті 1 Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських і таких, що принижують гідність, видів поводження або покарання ...¹³

26. Крім того, КЗК визнає належним саме це визначення¹⁴.
27. Разом з тим, нове формулювання не включає в себе певні елементи визначення Конвенції ООН.
28. Перша неврахована частина стосується одного з мотивів діяння – «примусити особу... чи з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду».
29. Друга неврахована частина стосується причетності представників держави до діянь, про які йдеться: «коли такий біль або страждання заподіюються державними представниками чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їхнього підбурювання, чи з їхнього відома, чи за їхньої мовчазної згоди».
30. І на додаток до цього, запропонований склад злочину не згадує виняток з дефініції, поданої в Конвенції ООН, а саме, «біль або страждання, що виникли внаслідок лише законних санкцій, невіддільні від цих санкцій чи спричиняються ними випадково».
31. Попередній пункт не створює особливої проблеми, оскільки йдеться суто про уточнення цільового аспекту незаконного діяння.
32. Втім, є невраховані частини, що мають більшу важливість.
33. Перша неврахована частина призводить до того, що склад злочину не враховує ані примусу як мети діяння, ані його дискримінаційної цілі, яка, водночас, дуже ретельно виписана в Конвенції ООН («дискримінації її або інших осіб» на відміну від «з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду»).

¹³ Справа *Ілашку та інші проти Молдови та Росії* (*Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*) [GC], № 48787/99, 8 липня 2004 року.

¹⁴ Наприклад, посилаючись на те, що «в минулому він зазначав, що положення з дефініцією катувань в Кримінальному кодексі не відповідає міжнародним стандартам», він заявив, що «зокрема, дефініція в грецькому кримінальному кодексі є відмінною від дефініції, поданої в статті 1 Конвенції ООН проти катувань та інших видів жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження або покарання»; *Звіт для уряду Греції про візит до Греції, здійснений Європейським комітетом із запобігання катуванням та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню (КЗК) з 28 березня до 9 квітня 2019 року* (CPT/Inf (2020) 15), параграф 91.

34. Внаслідок цього елемент мети в дефініції дещо послабляється.
35. До того ж, це робиться без жодного очевидного обґрунтування, оскільки задекларована мета законопроекту полягає в імplementації Конвенції ООН та тексту першої частини статті 1, про що чітко зазначено в пояснювальній записці.
36. Більше того, важливість потужного наголосу саме на дискримінаційних мотивах, не обов'язково націлених на конкретну особу, в формулюванні складу злочину є очевидною з наведеної далі заяви Європейського суду

Нарешті, Суд вважає, що обов'язок держави досліджувати наявність ймовірного зв'язку між расистськими настроями та актами насильства є одним з аспектів її процесуальних обов'язків, що витікають із змісту статті 3 Конвенції, і водночас цей обов'язок можна розглядати як такий, що є неявною складовою зобов'язань держави за статтею 14 Конвенції, яка вимагає забезпечувати дотримання фундаментальних цінностей, викладених в статті 3, без дискримінації за будь-якими ознаками. З огляду на взаємодію цих двох положень, питання на кшталт тих, що ставляться у цій справі, можуть вимагати розгляду на основі виключно одного з них, без окремого аналізу питання, що витікає з другого згаданого аспекту, або ж можуть вимагати розгляду на основі обох статей. Належний підхід має визначитися окремо в кожній справі в залежності від її фактичної сторони та характеру обвинувачень, які були пред'явлені (див. *Бекос та Кутропулус (Bekos and Koutropoulos*, процитовану вище, § 70))¹⁵.

37. Оскільки запропонована поправка не враховує цільовий аспект дефініції у Конвенції ООН в усій його повноті, вона не тільки не досягає мети, задекларованій в пояснювальній записці, але й породжує ризик такої кваліфікації діяння, яке не повністю відповідає підходу, прийнятому Європейським судом.
38. До того ж, зазначений недолік жодним чином не компенсується якими-небудь перевагами, які могли б при цьому виникати.
39. *Отже, існує необхідність усунути недолік, пов'язаний з неврахуванням понять примусу та дискримінації в формулюванні складу злочину, запропонованому для ч. 1 статті 127.*
40. Щодо другої неврахованої частини, то виникає ефект підтвердження того, що звинувачення в катуванні, як воно сформульоване зараз, може поширюватися на приватних осіб, навіть за відсутності причетних до таких діянь офіційних осіб.
41. Таке розширене застосування поняття Конвенцією ООН не вимагається.
42. Цей аспект також не брався до уваги в ході застосування статті 3 Європейської конвенції, хоча Європейський суд

неодноразово робив висновок про застосовність статті 3 в справах, пов'язаних з умисним жорстоким поведінням, як-от, гвалтування, сексуальне домагання або насильство на сексуальному ґрунті, включаючи домашнє насильство або ушкодження, завдані під час

¹⁵ Справа *Антаєв та інші проти Росії (Antayev and Others v. Russia)*, № 37966/07, 3 липня 2014 року, в параграфі 122.

бійки, коли має місце поведінка, здатна викликати в жертви відчуття приниження та неповаги до її гідності¹⁶.

43. Водночас, таке розширене застосування не видається несумісним з нормами статті 3 оскільки може призвести до осуду поведінки, передбаченої складом злочину, який тягне за собою належне покарання.
44. Тим не менше, окремо від завдання тяжких моральних страждань, не є очевидним, що поширення злочину катування на приватних осіб додає таке діяння до вже визначених злочинів, таких як умисне тілесне ушкодження за ч. 1 статті 121, яке передбачає застосування суворішого покарання¹⁷.
45. Ще один аспект другої неврахованої частини обговорюється в межах поданої далі дискусії про запропонований конкретний склад злочину, до якого причетні посадові особи держави, як-от, склад, описаний в у ч. 3 статті 127.

в) Засоби покарання

46. Злочини в запропонованому складі тягтимуть за собою три різних діапазони санкцій в залежності від того, чи злочин був вчинений (а) без обтяжувальних обставин, (б) повторно або за попередньою змовою групою осіб, (с) представником держави.
47. Такі діапазони становлять, відповідно, від трьох до шести років, від п'яти до десяти років та від семи до дванадцяти років з позбавленням права займати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.
48. Європейський суд вважає, що визначення належного покарання за поведіння, яке суперечить статті 3, належить, головним чином, до ексклюзивної юрисдикції кримінальних судів держав.
49. Тим не менше, Суд також наголосив, що

згідно із статтею 19 Конвенції та у відповідності до принципу, за яким Конвенція покликана гарантувати такі права, які будуть не теоретичними або ілюзорними, а практичними та ефективними, Суд має дбати про те, щоб обов'язок держави захищати права осіб під її юрисдикцією виконувався належним чином (див. рішення у справі *Ніколова та Величкова (Nikolova and Velichkova)*, процитовану вище, § 61, з подальшими посиланнями). З неї випливає, що, визнаючи роль національних судів у виборі належних санкцій за жорстоке поведіння з боку представників держави, Суд мусить залишати за собою наглядову функцію та втручатися у випадках очевидної непропорційності між тяжкістю діяння та застосованого за нього покарання. В іншому випадку обов'язок держави проводити ефективне розслідування втратить істотну частину свого значення (див. рішення у справі *Ніколова та Величкова (Nikolova and Velichkova)*, процитовану вище, § 62; також, порівняйте з рішенням у справі *Алі та Аїше Дюран (Ali and Ayşe Duran)*, процитовану вище, § 66)¹⁸.

¹⁶ Справа *Ніколае Вірджіліу Тенасе проти Румунії* [ВП] (*Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania*) [GC], № 41720/13, 25 червня 2010 року, в параграфі 119. Він підтвердив належність цього підходу в параграфі 121.

¹⁷ До восьми років позбавлення волі.

¹⁸ Справа *Гефген проти Німеччини (Gäfgen v. Germany)* [GC], no. 22978/05, 1 червня 2010 року, в параграфі 123.

50. Так само, у ч. 2 статті 4 Конвенції ООН передбачено, що

кожна держава-сторона встановлює відповідні покарання за такі злочини з урахуванням їх тяжкого характеру.

51. В принципі, діапазони санкцій, що пропонуються в законопроекті, не видаються такими, які можна було б вважати непропорційними діянням, охопленим запропонованими складами злочинів.

52. Разом з тим, як вже було зазначено, діапазон санкцій для злочинів за ч. 1 статті 127 мав би бути менш суворим, аніж санкції за злочини за ч. 1 статті 121.

53. До того ж, злочин за ч. 2 статті 121 – умисне тяжке тілесне ушкодження, вчинене способом, що має характер особливого мучення, або вчинене групою осіб – карається позбавленням волі та строк від семи до десяти років; такий діапазон є більшим за діапазон санкцій, що пропонується за злочини за частинами 1 та 2 статті 127.

54. *Тому було б бажано забезпечити певну внутрішню послідовність між підходом до санкцій, що пропонуються за злочини за частинами 1 та 2 статті 127, та до санкцій за злочини, що вже включені до Кримінального кодексу і можуть накладатися за, по суті, одні і ті ж самі діяння.*

б. Представники держави

55. У зв'язку зі складом злочину, запропонованим в ч. 3 статті 127, є два моменти, що викликають занепокоєння, а саме, (а) загальний спосіб, в який це положення застосовується до представників держави, та (б) його застосовність до осіб, позначених терміном «представник іноземної держави».

56. На перший погляд, зазначений вище пропуск фрази щодо причетності офіційних осіб в формулюванні злочину в частині 1 статті 127 є нібито виправленою Приміткою 1 до складу злочину в частині 3 статті 127, завдяки чому досягається відповідність дефініції Конвенції ООН.

57. Проте це не так, оскільки між формулюваннями в Конвенції ООН та в Примітці 1 існує важлива відмінність.

58. Тобто, діяння, які підпадають під заборону за Конвенцією ООН

заподіюються державними представниками чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їхнього підбурювання, чи з їхнього відома, чи за їхньої мовчазної згоди.

а державний представник визначається як

службова особа, а також особа або група осіб, які діють з підбурювання, з відома чи мовчазної згоди держави.

59. Той факт, що йдеться про дії з відома або з мовчазної згоди саме держави, є потенційно більш обмежувальним в порівнянні з державними представниками або іншими особами, які виступають як офіційні. Це пояснюється тим, що в такому разі відкривається можливість для аргументації про необхідність

застосування державою певних дій або поведінки, які виходять за межі функцій, на які такі представники держави або інші особи мають повноваження. В якості прикладу таких дій або поведінки можна навести ситуацію, коли керівнику такого представника держави або особи відомо, що ця особа вдавалася до жорстокого поводження раніше, проте жодних заходів покарання такої особи за жорстоке поводження цей керівник не вживає¹⁹.

60. Європейський суд чітко роз'яснив, що держава буде нести відповідальність за положеннями Європейської конвенції не тільки за порушення прав людини, спричинені діями її представників, що вчинялися в ході виконання ними своїх службових обов'язків, але також може притягуватися до відповідальності, коли її представники діють *поза своїми повноваженнями* або *всупереч своїм посадовим інструкціям*²⁰.

61. На цій підставі Суд вирішив, що контролер в трамваї вдався до описаного в справі поводження, діючи в якості контролера, а не як приватна особа, хай навіть така поведінка порушувала норми кримінального законодавства країни та не була санкціонована. А це означає, що поведінка контролера

не була відокремлена від статусу правопорушника настільки далеко, щоб не тягти за собою відповідальність держави в межах матеріального міжнародного права²¹.

62. В цьому рішенні Суд не зважає на те, чи мали місце якісь хибні дії з боку керівників контролера, тобто, на те, чи дії контролера відбувалися з відома або за мовчазної згоди держави. Цей підхід можна порівняти з протилежним, коли Суд встановлював сторону, відповідальну за жорстоке поводження з боку охоронців, які мали відповідну ліцензію від держави, проте поведінка присутніх при цьому службовців поліції залишалася пасивною, незважаючи на засоби, до яких переважно вдавалися охоронці з метою зупинити протестувальників²².

¹⁹ Комітет ООН проти катувань застосовує цей підхід, покладаючи відповідальність за поведінку осіб, що не є офіційними, на державу: «18. Комітет чітко заявив, що в разі, коли державні органи або інші особи, що діють як офіційні або під прикриттям закону, знають або мають розумні підстави вважати, що недержавними офіційними або приватними особи здійснюються акти катування або жорстокого поводження, проте не проявляють належної ретельності з метою розслідування дій таких недержавних офіційних або приватних осіб, їх притягнення до відповідальності та їх покарання у відповідності до Конвенції, відповідальність переходить на державу, а її офіційні особи мають вважатися виконавцями, співвиконавцями таких злочинних дій або відповідальними за них в інший спосіб згідно з Конвенцією через те, що зазначені недопустимі діяння були вчинені з їхнього відома або мовчазної згоди. Оскільки відсутність з боку держави проявів належної ретельності для того, щоб припинити катування, покарати винних та забезпечити потерпілих засобами правового захисту сприяє безкарному вчиненню недержавними дійовими особами діянь, які є недопустимими за Конвенцією, байдуже ставлення держави або її бездіяльність перетворюється на форму підбурення до таких дій та/або фактичним дозволом на них; Загальний коментар №2 Імплементация статті 2 державами-сторонами, (CAT/C/GC/2, 24 січня 2008 року), параграф 18.

²⁰ Справа *Басенко проти України (Basenko v. Ukraine)*, № 24213/08, 26 листопада 2015 року, в параграфі 78.

²¹ *Там само*, в параграфі 89.

²² Справа *Чернега та інші проти України (Chernega and Others v. Ukraine)*, № 74768/10, 18 червня 2019 року.

63. Склад злочину, як він пропонується у ч. 3 статті 127, може охоплювати поведінку охоронців, проте не буде охоплювати поведінки контролера, оскільки в цьому разі дій з відома або за мовчазної згоди держави не було.
64. Такий практичний результат буде поза межами дефініції в Конвенції ООН та підходу Європейського суду до застосування положень статті 3 Європейської конвенції в цілях встановлення відповідальності держави.
65. Отже, Примітка 1 не забезпечить виконання вимог ані статті 3 Європейської конвенції, ані Конвенції ООН.
66. *Цей недолік можна усунути, замінивши в частині 3 статті 127 вчинення дій «представником держави» на формулювання ч. 1 статті 1 Конвенції ООН, тобто, «заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їхнього підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди».*
67. В примітці 2 поняття «представники іноземної держави» є дуже широким та, зокрема, визначається як особи,
- які діють як державні службовці іноземної держави або проходять військову службу у збройних силах, органах поліції, органах державної безпеки, розвідувальних органах, або особи, 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 нерегулярних незаконних збройних формувань, озброєних банд і груп найманців, утворених, підпорядкованих, керованих та фінансованих Російською Федерацією, а також представників окупаційної адміністрації Російської Федерації, до якої входять 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.
68. Окреме виділення Російської Федерації навряд чи буде призводити до визнання актів дискримінації як порушення статті 1 Протоколу №12, оскільки можна очікувати, що поточні обставини будуть розглядатися як об'єктивне та раціональне обґрунтування різного поводження з тими, хто підпадатиме або не підпадатиме під склад злочину дискримінації.
69. Дійсно, визначаючи обсяг застосовності складу злочину в запропонований спосіб, Україна нібито виконує свій позитивний обов'язок вживати в міру своїх можливостей заходи у відповідності до міжнародного права для того, щоб забезпечувати дотримання прав, гарантованих Європейською конвенцією щодо території, яка тимчасово перебуває під контролем органів влади, що підтримуються силами повстанців або іншою державою²³.
70. З іншого боку, цілком можливо, що різні використані в документі терміни можуть бути визнані Європейським судом недостатньо точними для того, щоб

²³ Див., наприклад справу, *Іляску та інші проти Молдови та Росії* [ВП] (*Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*) [GC], № 48787/99, 8 липня 2004 року, параграфи 332-335.

забезпечити виконання вимоги статті 7 Європейської конвенції щодо чіткого визначення складу злочину в законі, навіть з врахуванням позиції Суду, за якою

в будь-якій правовій системі будь-яка юридична норма, включаючи норму кримінального права, як чітко вона не була б сформульована, неминуче міститиме елемент її судового тлумачення²⁴.

71. Зокрема, сюди можна віднести можливе бачення

представників нерегулярних озброєних груп, озброєних банд та груп найманців, які були сформовані Російською Федерацією, є в її підпорядкуванні, під її управлінням та діють за її фінансування.

72. Втім, ще більш ймовірним є те, що забезпечити винесення вироків буде просто важко з огляду на всю сукупність чинників, які буде необхідно встановлювати в справах за обвинуваченнями в катуваннях.

73. Окрім цього, виникають сумніви щодо необхідності такого запутаного положення.

74. Безумовно, бачення Верховного суду Сполученого Королівства з врахуванням бачення Комітету ООН проти катувань полягає в тому, що слова «особами, які виступають як офіційні» у фразі «державними представниками чи іншими особами, які виступають як офіційні» можуть тлумачитися як такі, що стосуються членів збройних формувань, що здійснюють державний контроль над цивільним населенням на території, яка перебуває під їхнім контролем²⁵.

75. При формуванні такого бачення особливе значення було надано меті Конвенції ООН

в намаганнях встановити режим міжнародного врегулювання «офіційних» катувань на відміну від окремих діянь приватних осіб²⁶.

76. Зокрема було зазначено, що до кола «осіб, які виступають як офіційні»

належить особа, яка діє або має намір діяти не як окрема та приватна особа, а від імені організації або органу, який здійснює на території під контролем такої організації або органу, і на якій чиняться відповідні діяння, функції, які зазвичай виконуються державними органами стосовно свого цивільного населення. Окрім цього, до нього включається будь-яка з таких осіб, яка діє в мирний час або в обставинах збройного конфлікту²⁷.

77. Таке тлумачення чітко встановлює, що члени недержавних збройних формувань можуть притягуватися до відповідальності за дії, які прирівнюються до катувань, через посилання на формулювання, що міститься в Конвенції ООН.

²⁴ Справа *Ашларба проти Грузії* (*Ashlarba v. Georgia*), № 45554/08, 15 липня 2014 року.

²⁵ Див. справу *R. v. Reeves Taylor* (подавач апеляції), [2019] UKSC 51; 13 листопада 2019 року; <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0028-judgment.pdf>, параграф 76. Верховний суд відрізняє групи такого типу від збройних формувань, діяльність яких є «суто військовою».

²⁶ Там само.

²⁷ Там само.

78. Ухвалюючи цю постанову, Верховний суд застосував статтю 134 Закону про кримінальну юстицію 1988, який був ухвалений для того, щоб норма про такий склад злочину набрала силу, як це вимагається Конвенцією ООН.
79. Щодо правомірності застосування цього положення до катувань нібито за участю збройного угруповання, Національного патріотичного фронту Ліберії, важливим моментом стало те, що стаття 134 застосовувалась до офіційної або іншої особи «незалежно від її громадянства», а діяння мало місце «в Сполученому Королівстві або деінде»²⁸.
80. Це формулювання, яке поширює застосовність злочину і на офіційних представників іноземної держави такою ж мірою, як і на недержавних суб'єктів, також відповідає зобов'язанням за статтею 5 Конвенції ООН щодо застосування кримінальної відповідальності в деяких випадках, коли катування мали місце не на території самої держави.²⁹
81. Ухвалення формулювання, подібного до складу злочину, як він визначається в Сполученому Королівстві, не тільки спростить запропонований в ч. 3 статті 127 склад злочину, оскільки тут йдеться про катування, до яких вдаються недержавні актори або офіційні особи іноземної держави, але ще й забезпечить виконання Україною свого зобов'язання за статтею 5.

г) Злочин «насильницьке зникнення»

82. Єдиною зміною, що пропонується для цього злочину, є видалення двох приміток, які наразі додаються до статті 146¹, внаслідок чого вони стають примітками 1 та 2 до складу злочину в частині 3 статті 127, і необхідність в них відпадає.
83. В разі прийняття пропозиції щодо зміни формулювання в частині 3 статті 127 з посиланням на частину 1 статті 146¹, зникне пояснення фрази «представником держави, включаючи іноземну державу», і тоді видаляти цей текст не слід.

²⁸ Так, в статті 134(1) передбачено: «Державна офіційна особа або особа, які виступає як офіційна, незалежно від її громадянства, вчиняє злочин катування, якщо така особа в межах Сполученого Королівства або деінде умисно завдає тяжкого болю або страждань іншій особі в ході виконання або ніби в ході виконання своїх офіційних обов'язків. (2) Особа, діяння якої не підпадають під підрозділ (1) вище, вчиняє злочин катування, незалежно від її громадянства, якщо (а) умисно завдає тяжкого болю або страждань іншій особі в межах Сполученого королівства або деінде за підбурення або з відома або за мовчазної згоди (i) офіційної особи держави; або (ii) особи, яка виступає як офіційна; та (b) офіційна або інша особа виконує або нібито виконує свої офіційні обов'язки, коли така особа підбурює до скоєння злочину, або злочин чиниться з її відома або мовчазної згоди».

²⁹ 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; б) коли ймовірний злочинець є громадянином даної держави; с) 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 ймовірний 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.

84. Водночас, збереження цієї фрази не видається доцільним, оскільки має такі ж самі недоліки, як і ті, що обговорювалися в зв'язку із складом злочину за частиною 3 статті 127.
85. *Разом з тим, заміна фрази «представником держави, включаючи іноземну державу», на фразу «державними представниками чи іншими особами, які виступають як офіційні, незалежно від їхнього громадянства або держави походження», буде достатньою для забезпечення обсягу застосування, передбаченого для складу злочину в статті 146¹ без недоліків, які містить поточне формулювання.*

В. ВИСНОВОК

86. Прийняття законопроекту дещо поліпшить поточні формулювання щодо кримінальної відповідальності за катування. Зокрема, зникне можливість застосування строків давності для притягнення до відповідальності за катування за статтею 127, а крім того тлумачення поняття катування повернеться в русло визначення в частині 1 статті 1 Конвенції ООН.
87. Разом з тим, у світлі дотримання Європейських стандартів запропоновані зміни містять низку недоліків.
88. Перш за все, неможливість застосовувати строки давності не поширюється на інші форми жорстокого поводження, заборонені статтею 3 Європейської конвенції.
89. По-друге, необхідно виправити ситуацію з відсутністю згадок про примус та дискримінацію в формулюванні складу злочину, прийнятому в частині 1 статті 127.
90. По-третє, необхідно забезпечити певну внутрішню послідовність між підходом до санкцій, які пропонуються за злочини за частинами 1 і 2 статті 127 та санкціями за інші злочини Кримінального кодексу, які можуть застосовуватися, по суті, за такі самі діяння.
91. По-четверте, визначення представника держави є недостатнім щоб відобразити все поводження, до якого удається офіційна особа або інша особа, що діє як офіційна, або ж з підбурення такої особи, або з її відома, або з її мовчазної згоди.
92. Нарешті, визначення представника іноземної держави є без потреби ускладненим та потенційно неточним; його можна спростити без будь-яких негативних наслідків для досягнення цілі, яка переслідується.