
Аркадій Бущенко

**Тактика
запобігання катуванням
і представництва
жертв катувань
у суді**

Посібник для адвокатів



Харків
«Права людини»
2011

ББК 67.5
Б 94



Ця публікація здійснена за фінансової підтримки
Європейського Союзу. За зміст публікації відповідає лише
Харківська правозахисна група, і його ні за яких обставин
не можна вважати таким, що відбиває позицію Європейського Союзу

This document has been produced with the financial assistance of the European
Union. The contents of this document are the sole responsibility of Kharkiv
Human Rights Protection Group and can under no circumstances be regarded
as reflecting the position of the European Union

Б 94 **Бущенко Аркадій**

**Тактика запобігання катуванням і представництва жертв
катувань у суді.** Посібник для адвокатів / Харківська правозахисна
група. — Харків : Права людини, 2011 р. — 36 с.

ISBN 978-617-587-056-3.

У цьому виданні містяться практичні рекомендації для використання між-
народних стандартів захисту від катувань та інших форм поганого поводження
у національних судах. Видання призначене для практикуючих адвокатів.

ББК 67.5

ISBN 978-617-587-056-3

© Бущенко А.П., 2011
© Харківська правозахисна група, 2011
© Захаров Б.Є., художнє оформлення, 2011

ЗМІСТ

ВСТУП	4
КОРОТКІ ВІДОМОСТІ ЩОДО ПОНЯТТЯ ПОГАНОВОГО ПОВОДЖЕННЯ	5
Загальний огляд	5
Мінімальний рівень жорстокості	7
Класифікація поганого поведження	9
ЗАХИСТ ВІД ПОГАНОВОГО ПОВОДЖЕННЯ З КЛІЄНТОМ ПІД ЧАС КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ	16
Превентивні заходи	16
Якщо клієнт вже потрапив до правоохоронного органу	17
РОЗСЛІДУВАННЯ.....	18
Порушення розслідування та процедури оскарження.....	18
Вимоги до розслідування	24
Використання доказів, отриманих внаслідок поганого поведження	34

ВСТУП

Погане поводження, зокрема, з особами, які перебувають у міліції як підозрювані (обвинувачувані) залишається системною проблемою в Україні. Європейський суд з прав людини визнав порушення матеріального аспекту статті 3 Конвенції у близько півтора десятках справ проти України, і значна їх частина стосується поганого поводження під час спілкування із міліцією, особливо під час кримінального переслідування.

Безумовно, державні органи несуть першочергову відповідальність за такий стан речей. Однак, можна спостерігати, що і адвокати не завжди переймаються проблемами поганого поводження зі своїми клієнтами, зосереджуючи свою увагу, головним чином, на захисті від обвинувачення. Звісно, адвокат є зв'язаним позицією клієнта; і якщо останній не бажає ставити питання про погане поводження із ним, адвокат може зробити небагато у цьому відношенні. Але й у випадках, коли клієнт бажає ставити ці питання, адвокати іноді припускаються помилок у веденні таких справ.

Цей короткий посібник, хоча й не претендує на те, щоб дати відповіді на усі питання, які виникають в обставинах, пов'язаних із поганим поводженням, але дає відповіді на деякі питання, що ґрунтуються на досвіді роботи Центру стратегічного захисту. Цей досвід ґрунтується на певних стандартах, opracьованих міжнародними органами, особливо Європейським судом з прав людини, і передбачає, що засоби, які використовуються адвокатом, якщо не принесуть успіху на національному рівні, можуть скласти добре підґрунтя для заяви до Європейського суду на порушення статті 3 Конвенції

КОРОТКІ ВІДОМОСТІ ЩОДО ПОНЯТТЯ ПОГАНОГО ПОВОДЖЕННЯ

Стаття 3 Конвенції у безумовних формулюваннях забороняє катування, нелюдське та принизливе поведження та покарання (погане поведження). Погане поведження може набувати різноманітних форм, і будь-яка оцінка щодо наявності поганого поведження завжди має відносний характер.

Складність застосування статті 3 Конвенції полягає у тому, що вона, як і багато інших статей Конвенції, не завжди може стати предметом окремого судового розгляду. Гарантії статті 3 Конвенції можуть вплітатися у канву будь-якого судового розгляду і забарвлювати інші питання, що постають у практиці.

У практиці Європейського суду у контексті статті 3 Конвенції розглядалися найрізноманітніші обставини, починаючи від застосування власне тортури до додержання правил будівництва та експлуатації інженерних споруд.

Тому, аби вмістити проблеми, які переважно стосуються кримінального процесу, у загальний контекст статті 3 Конвенції, доречно надати певний огляд справ, у яких Європейський Суд з прав людини розглядав ситуації з погляду статті 3 Конвенції. Таке загальне уявлення про сферу застосування статті 3 Конвенції допоможе запобігти тому, щоб з подальших положень цього посібника не склалося враження занадто вузького значення цього положення. Навіть якщо цей огляд не буде стосуватися певних практичних моментів, розглянутих далі, це дасть уявлення про розвиток практики Суду і допоможе правильному тлумаченню певних положень. Крім того, цей огляд може слугувати певним вступом до базових концепцій і термінів, які використовує Суд, що, ймовірно, полегшить сприйняття подальшого матеріалу.

Загальний огляд

З одного боку заборона поганого поведження у статті 3 Конвенції (як, до речі, і у статті 28 Конституції, яка дослівно у частині 1 відтворює текст статті 3 Конвенції) є абсолютною. З іншого, передбачаючи таку заборону, Конвенція

не дає ніяких визначень для понять, використаних у статті 3 Конвенції. Захист її охоплює практично будь-які акти чи обставини, що можуть містити елемент «поганого поведження». На відміну від Конвенції ООН проти катувань, яка встановлює як ознаки «катування» 1) специфічну мету — «одержати ... відомості чи визнання, покарати ... за дії... , залякати чи примусити ...», — або 2) «причину, засновану на дискримінації будь-якого характеру», стаття 3 Європейської Конвенції таких обмежень не містить. Це дало можливість Європейському суду поширити захист статті 3 Конвенції на ситуації, де такі ознаки відсутні. Тому практика Суду торкнулася ситуацій, які, на перший погляд далекі, доволі далеко відстоять від того змісту, яке пересічна людина надає терміну «погане поведження», а тим більше — «катування».

Хоча стаття 3 сформульована як абсолютна заборона, ця «абсолютність» містить певний риторичний елемент. Поняття, які використовує стаття 3 Конвенції, за своєю природою відносні. Конвенція забороняє не будь-яке насильство чи примус, не будь-яке втручання у тілесну або психологічну цілісність людини. Певні фізичні чи моральні страждання можуть складати невід'ємний елемент законних дій або викликатися необхідністю. Тому за певних обставин визначення, чи було у певному випадку погане поведження, іноді вимагає оцінки складної сукупності обставин. Тому, незважаючи на «безумовне» формулювання статті 3, питання кваліфікації тут часто не менш складні, ніж у випадку порушення прав, що допускають обмеження.

«Погане поведження» передбачає, що **певне фізичне чи психічне насильство застосовується з незаконною метою чи нерозмірно з законною метою**. Так Суд не встановив порушення статті 3 у застосуванні протягом місяця наручників і інших засобів до психічно хворої людини через її агресивну поведінку. Суд виходив з того, що «заходи, викликані терапевтичною необхідністю, не можуть вважатися нелюдськими чи такими, що принижують гідність».¹

Аналогічним є підхід Суду до визначення покарання, що принижує гідність. За висновком суду було б абсурдним вирішити, ніби законне покарання взагалі, через притаманний йому і, можливо, майже неминучий елемент приниження, є «таким, що принижують гідність» у значенні статті 3. ... Стаття 3, безумовно забороняючи «нелюдське» чи «таке, що принижують гідність» покарання, має на увазі відмінність між таким покаранням і покаранням взагалі. На думку Суду, для того, щоб покарання було «таким, що принижують гідність» і порушувало статтю 3, пов'язані з ним образа чи приниження мають

¹ *Herczegfalvy v. Austria*, 24 September 1992, §82, Series A № 244.

сягати особливого ступеню і, у всякому разі, відрізнятися від звичайного елемента приниження, згаданого в попередньому абзаці. Оцінка його, за станом речей, відносна: вона залежить від всіх обставин справи і, зокрема, від характеру й обставин покарання як такого та способу й методу його виконання».²

Не насильство як таке або інші види поведження, що доставляють певні незручності або страждання, становлять погане поведження, а поведження, що має певні додаткові характеристики. Дві основні із них: неправомірність та непомірність.

По-перше, має існувати законна мета певного виду поведження. Наприклад, Суд визнав, що обшук роздягненого догола ув'язненого, хоча такий захід іноді може бути виправданим, однак якщо таку необхідність не доведено, він складає принизливе поведження.³ В іншій справі «принизливим» було визнане проведення обшуку ув'язненого в присутності особи іншої статі.⁴

По-друге, застосовані навіть із законною метою насильницькі заходи мають бути помірними з вимогами конкретної ситуації.

Наприклад, у справі Ребока заявник під час затримання поліцією зазнав подвійного перелому щелепи і забій обличчя. Суд звернув увагу на те, що поліція заздалегідь планувала операцію з арешту та мала достатній час, аби визначити можливі ризики та вдатися до необхідних заходів для здійснення арешту. Були задіяні тринадцять поліцейських, і вони, безперечно, чисельно переважали трьох осіб, яких збиралися заарештувати. Крім того, заявник не загрожував поліцейським, які заарештували його, чи то витягнувши зброю, чи то нападши на них. За цих обставин, враховуючи особливо тяжкий характер ушкодження, Уряд не надав переконливих та вірогідних доводів для пояснення та виправдання насильства, що було застосоване під час операції з арешту.⁵

Мінімальний рівень жорстокості

При визначенні поганого поведження Суд використовує поняття «мінімального рівня жорстокості» заподіюваних страждань. Протягом своєї

² *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, §30, Series A № 26.

³ *Iwańczuk v. Poland*, № 25196/94, §58–59, 15 November 2001.

⁴ *Valašinas v. Lithuania*, № 44558/98, §117, ECHR 2001-VIII.

⁵ *Rehbock v. Slovenia*, № 29462/95, §76, ECHR 2000-XII.

діяльності Суд намагається з'ясувати певні об'єктивні обставини, які дозволили би — спираючись на практичний досвід — визначити силу пережитих страждань.

На оцінку Суду впливає велика кількість факторів, і відносне значення цих факторів змінюється від разу до разу. Спектр обставин, що довелося розглядати Суду, досить широкий, і кожна категорія випадків вимагала свого підходу до оцінки розглянутих обставин.

Практично неможливо дати усталену класифікацію обставинам, які Суд бере до уваги, коли оцінює, чи досягло поведження необхідного «мінімального рівня жорстокості». Суд враховує характер поведження чи покарання, у якій обстановці, яким чином і якими методами воно здійснюється, його тривалість, його фізичні чи психічні наслідки, а також у деяких випадках стать, вік і стан здоров'я потерпілого.

З певністю можна лише відзначити тенденцію до більш жорсткого ставлення Суду до різних видів поведження з боку держави, що певним чином зміщує і акценти у дослідженні різних обставин. Якщо раніше Суд надавав більше значення наслідкам, які мало поведження для фізичного здоров'я потерпілого⁶, то тепер більшу вагу здобувають інші фактори.

Цю тенденцію можливо прослідкувати на прикладі рішень двох різних періодів діяльності Суду. В рішенні у справі *Ірландія проти Великої Британії* Суд відмовився розцінити як катування п'ять методів допиту, застосованих силами безпеки до підозрюваних, хоча вони «спричиняли якщо не реальні тілесні ушкодження, то принаймні сильні фізичні і психічні страждання особам, що зазнавали їх, а також призводили до гострого психічного розладу під час допиту... Хоча п'ять методів, застосовуваних в сукупності, без сумніву складають нелюдське і принижуюче гідність поведження, хоча їх метою було одержання зізнання, імен інших осіб і/або відомостей, і хоча вони використовувалися систематично, вони не заподіювали особливо сильних і жорстоких страждань, які має на увазі ... слово «катування».⁷

У справі ж *Селмуні проти Франції* Суд розцінив поведження, якого зазнав апелянт, як катування, хоча здоров'ю апелянта не було заподіяно надто серйозної шкоди. До уваги були взяті різні фактори: численність ушкоджень (медичні обстеження виявили ушкодження на усій тілі апелянта), знищальний і мерзенний характер поведження, зазаного апелянтом, неодноразовість

⁶ *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, §100, Series A № 161.

⁷ *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, §167, Series A № 25.

і тривалість знуцань, а також мету такого поведження — одержання зізнання заявника.⁸

Така зміна в оцінці відповідає загальній тенденції до більш жорсткого підходу до оцінки попраання фундаментальних цінностей демократичного суспільства.⁹ Згодом суд підтвердив цю тенденцію у своїх висновках щодо визначення «мінімального рівня жорстокості». У справі *Хенафа* Суд зазначив: «Оскільки це положення застосовується до можливої більш жорсткої класифікації за статтею 3, із цього випливає, що певні акти, які раніше не потрапляли до сфери дії статті 3, можуть у майбутньому досягти потрібного рівня жорстокості».¹⁰

Класифікація поганого поведження

Катування

Під час застосування Конвенції Суд установив певні відмінності між поняттями «катування», «нелюдське поведження» та «таке, що принижує гідність поведження». Шкала оцінок, що її застосовує Суд, не має визначених меж. Важко априорі визначити, які особливості справи переконують Суд кваліфікувати поведження як «катування» на відміну від менш тяжкого порушення статті 3 — «нелюдського» чи «такого, що принижує гідність», поведження.

Щоб визначити, чи може та чи інша форма поганого поведження розцінюватися як **катування**, Суд має врахувати відмінність, що міститься у статті 3, між цим поняттям і поняттям нелюдського чи такого, що принижує гідність, поведження. Як вже відзначалося, ця відмінність була втілена в Конвенції, щоб надати можливість затаврувати терміном «катування» тільки навмисне нелюдське поведження, яке викликає дуже сильні і жорстокі страждання.¹¹

Суд розцінив як катування застосування силами безпеки «палестинського підвішування» (диби).¹² Так само Суд оцінив випадок, коли заарештована була зґвалтована і піддана іншому брутальному та принизливому поведженню

⁸ *Selmouni v. France* [GC], № 25803/94, ECHR 1999-V.

⁹ *Selmouni v. France* [GC], № 25803/94, §101, ECHR 1999-V.

¹⁰ *Henaf v. France*, № 65436/01, ECHR 2003-XI.

¹¹ *Aksoy v. Turkey* judgment of 18 December 1996, §63, Reports ... 1996-VI.

¹² *Aksoy v. Turkey* judgment of 18 December 1996, §64, Reports ... 1996-VI.

з метою одержати інформацію від неї та її родини.¹³ Тим же терміном було визначено і мордування потерпілої за допомогою електричного струму, обливання гарячою і холодною водою, удари по голові, що супроводжувалися погрозами піддати поганому поводженню і її дітей.¹⁴ Удар прикладом гвинтівки у сукупності з побиттям руками і ногами, що закінчилися ушкодженням і тривалою утратою функцій мозку, визначив оцінку Суду в ще одній справі проти Туреччини.¹⁵

Може також бути встановлене порушення статті 3 і стосовно загиблого, якщо є докази застосування до нього катувань.¹⁶

З певною визначеністю можна констатувати тенденцію до більш жорстких оцінок з боку Суду щодо прямого насильства чи інших нелюдських дій проти особистості. Як уже зазначалось, Суд відкрито позначив цю тенденцію в справі *Селмоуні*, де пославшись на свою традицію тлумачити Конвенцію у світлі сучасних умов, заявив, що «певні дії, які раніше розглядалися як «нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження» на відміну від «катувань», можуть надалі оцінюватися інакше».¹⁷

Нелюдське поводження

Як нелюдське поводження, з одного боку, Суд може розцінити навмисне заподіяння страждань, якщо певні обставини все ж таки не дозволяють йому охарактеризувати таке поводження як «катування». Так само може розцінюватися не лише безпосереднє використання сили, але і створення обстановки, за якої людина зазнає страждань. Суд визнав нелюдським і таким, що принижує гідність, поводженням тримання апелянта в холодній і темній камері, із зав'язаними очима, і поводження з ним таким чином, що залишилися рани і синці на тілі.¹⁸ В іншій справі такий же висновок ґрунтувалася на доказах, які свідчили, що апелянти страждали не тільки від холоду, але і від страху і занепокоєння щодо своєї долі. Також і «погроза застосуванням поводження, забороненого статтею 3, за умови, що вона достатньо реальна і безпосередня,

¹³ *Aydin v. Turkey*, 25 September 1997, §83, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI.

¹⁴ *Akkoç v. Turkey*, №№ 22947/93 and 22948/93, §116, ECHR 2000-X.

¹⁵ *Ilhan v. Turkey* [GC], № 22277/93, ECHR 2000-VII.

¹⁶ *Salman v. Turkey* [GC], № 21986/93, ECHR 2000-VII.

¹⁷ *Selmouni v. France* [GC], № 25803/94, §101, ECHR 1999-V.

¹⁸ *Tekin v. Turkey*, 9 June 1998, §53, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV.

може як така суперечити цьому положенню. Таким чином, погроза застосування до людини катування може в деяких обставинах утворити, щонайменше, нелюдське поводження».¹⁹

З іншого боку, «нелюдське поводження» охоплює більш широкий спектр можливих порушень. Для визнання нелюдського поводження певні дії не обов'язково повинні мати характер безпосереднього насильства. В певних випадках ті чи інші дії з боку держави можуть порушувати статтю 3 Конвенції, навіть якщо вони ненавмисні та не мають на меті заподіяти страждання.

Суд, наприклад, розглянув кілька справ, у яких знищення майна було визнано нелюдським поводженням. У справі *Дулаша* заявниці було під час подій понад 70 років. Її будинок і майно були знищені на її очах під час операції сил безпеки; її позбавили даху над головою і засобів існування, і вона змушена була залишити село і громаду, де прожила все життя. Органи влади не здійснили ніяких заходів, щоб допомогти їй у такому становищі. З огляду на те, яким чином її будинок був знищений і її особисті обставини, Суд вважав, що заявниця мала була зазнати доволі жорстоких страждань через дії сил безпеки, аби класифікувати їх як нелюдське поводження в значенні статті 3 Конвенції.²⁰ Аналогічні рішення були прийняті ще в деяких справах проти Туреччини.²¹

У деяких випадках Суд визнав жертвами порушення статті 3 родичів осіб, що зникли без вісті в зв'язку з операціями сил безпеки. Чи є члени родини зниклих без вісті потерпілими за статтею 3 «залежить від певних обставин, що надають стражданню потерпілих ступінь і характер, відмінні від моральних страждань, яких неминуче зазнають родичі жертв серйозного порушення прав людини. Мають значення близькість родинних зв'язків — у цьому плані певне значення надається відносинам батьки-діти, — особливі обставини споріднення, ступінь, у якому члени родини були очевидцями розглянутих подій, участь членів родини в спробах одержати інформацію про зниклих осіб та спосіб, у який органи влади реагували на ці спроби з'ясувати долю зниклих».²² Часто саме позиції органів влади в ситуації, коли людина зникла без вісті і є підозра, що до цього причетні агенти держави, Судом надається велике значення.

¹⁹ *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, 25 February 1982, §§25–26..., Series A № 48.

²⁰ *Dulaş v. Turkey*, № 25801/94, §54, 30 January 2001.

²¹ *Selçuk and Asker v. Turkey*, 24 April 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II.

²² *Çakıcı v. Turkey* [GC], № 23657/94, §§98–99, ECHR 1999-IV.

У відносно самостійну категорію можна виділити рішення щодо умов тримання в закритих установах (в'язниці, психіатричні лікарні і т. п.). Суд вважає, що держава зобов'язана забезпечити, аби людина трималась в умовах, сумісних з її людською гідністю, щоб спосіб і методи виконання покарання не заподіявали їй страждань і тягот такої інтенсивності, яка перевищує неминучий ступінь страждань, притаманних триманню під вартою, і щоб, з огляду на практичні потреби тюремного ув'язнення, її здоров'я та благополуччя належним чином забезпечувалися, у тому числі і шляхом надання необхідної медичної допомоги.²³

Під час обговорення умов тримання в закритих закладах з погляду статті 3 Суд застосовує власні критерії, що ґрунтуються на зважуванні найрізноманітніших факторів, і не зв'язаний з оцінками інших, у тому числі і міжнародних, інститутів. Наприклад, у справі *Aerts* Суд узяв до уваги висновок Комітету з попередження катувань, де зазначалось, що загальні умови тримання в психіатричному відділенні були «нижче мінімально прийнятного рівня з етичної і гуманітарної точок зору». Однак Суд не визнав порушення статті 3 щодо заявника, оскільки не встановив, що ці умови особливо серйозним чином позначилися на його психічному здоров'ї.²⁴

В іншій справі, з огляду на вкрай погані умови тримання (зокрема, недостатню кількість спальних місць, відсутність денного світла тощо), а головне — надзвичайно довгий термін тримання в таких умовах, Суд визнав порушення статті 3 Конвенції.²⁵

Особливу увагу суд приділив деяким аспектам утримання під вартою. Наприклад, у справі *Кінана* держава була визнана відповідальною за неналежну турботу про здоров'я апелянта. Подовживши на кару за проступок тюремне ув'язнення апелянта лише за дев'ять днів до його звільнення, адміністрація недооцінила можливого впливу такого заходу на психіку потерпілого, що призвело до його самогубства. Це було розцінено як нелюдське поводження.²⁶ В іншій справі, схожій за обставинами з попередньою, низка факторів не дозволили визнати порушення державою Конвенції.²⁷

²³ *Aerts v. Belgium*, 30 July 1998, §64, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V.

²⁴ *Aerts v. Belgium*, 30 July 1998, §§65–66, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V.

²⁵ *Dougoz v. Greece*, № 40907/98, §§45–49, ECHR 2001-II.

²⁶ *Keenan v. the United Kingdom*, № 27229/95, ECHR 2001-II.

²⁷ *Kudła v. Poland* [GC], № 30210/96, ECHR 2000-XI.

Значний вклад у розвиток практики Суду щодо медичних аспектів тримання під вартою зробила й скарга пана *Невмержицького*. Вона стосувалась одного зі складних питань тримання під вартою — застосування примусового годування до голодуючого ув'язненого. Суд визнав, що «коли затримана особа... оголошує голодування, це неминуче викликає конфлікт між особистим правом на фізичну недоторканість та позитивним обов'язком [держави] ... за статтею 2 Конвенції — конфлікт, який самою Конвенцією не вирішений». Тому у певних випадках держава може вдаватися до примусового годування, але лише у разі доведеної медичної необхідності та у відповідності із порядком, що передбачений законом. Україну критикували саме за те, що не була доведена така медична необхідність. Крім того, це була перша справа, де у ситуації, пов'язаній із застосуванням примусових заходів, яке здійснювалось у відповідності до закону, поведження було кваліфіковано як катування. Суд зазначив, що він «припускає, ... що органи влади додержувались порядку примусового годування, передбаченого наказом. Але застосування з використанням у випадку опору засобів стримування — наручників, роторозширювача, спеціальної гумової трубки, введеної у стравохід, — самі собою можуть перетворитися на тортури у значенні статті 3 Конвенції, якщо немає медичної необхідності».²⁸

Принизливе поведження

Як таке, що принижує гідність, поведження може розцінюватися, «якщо воно викликає в потерпілих почуття страху, пригніченості і неповноцінності, здатні образити й принизити них, зламати їх фізичний чи моральний опір»²⁹, або «спонукати їх діяти проти своєї волі і совісті».³⁰

Однак відсутність будь-якої з цих специфічних цілей не виключає можливості класифікувати поведження як таке, порушує статтю 3 Конвенції.³¹ Наприклад, у справі *Прайс* Суд не встановив наміру образити чи принизити заявницю, однак зважив, що «тримати під вартою каліку в умовах, де вона могла одержати ... загострення хвороб, оскільки її ліжко було занадто тверде

²⁸ *Nevmerzhitsky v. Ukraine*, № 54825/00, ECHR 2005-II.

²⁹ *Iwańczuk v. Poland*, № 25196/94, §51, 15 November 2001.

³⁰ Greek Case (Yearbook of the European Convention on Human Rights № 12, 1969), the Commission's report, Chapter IV, p. 186; *Keenan v. the United Kingdom*, № 27229/95, §109, ECHR 2001-III.

³¹ *Peers v. Greece*, № 28524/95, §§67–68, ECHR 2001-III.

і недосяжне в її становищі, і вона не могла користуватися туалетом і підтримувати чистоту без надмірних труднощів, складає поведження, що принижує гідність». ³² Той же підхід був застосований у справі *Пирса* щодо умов тримання у в'язниці. ³³

Можна помітити тут серйозну еволюцію в поглядах Суду, якщо згадати висновки Суду в справі *Ірландії проти Великої Британії*: «хоча вправи, що затримані були змушені виконувати, містили певний ступінь примусу і мали заподіювати страждань, це було скоріш наслідком браку розважливості, ніж наміру завдати болю або приниження». Суд визнав, що Королівська поліція Ольстера і війська додержувались ... ганебної і гідної осуду практиці, однак відмовився встановити порушення статті 3 Конвенції. ³⁴

Суд також має встановити, що певне поведження спричинило для особи потерпілого несприятливі наслідки, несумісні з вимогами статті 3. ³⁵ Суд не визнав порушення в справі *Ранінен проти Фінляндії*, де апелянт оскаржував застосування наручників під час арешту і припровадження його до місця затримання. Хоча Уряд визнав, що у застосуванні наручників не було потреби, і Суд врахував багато факторів, у тому числі те, що події відбувалися під час незаконного арешту і привселюдно, однак він не встановив причинного зв'язку між цими подіями і тими психологічними проблемами, які були виникли у апелянта декількома місяцями пізніше. ³⁶

Як вже зазначалось, для того, щоб скласти порушення статті 3, ступінь приниження має перевищувати звичайний елемент приниження, властивий будь-якому покаранню. Однак якщо така надмірність доведена, Суд не знаходить виправдань для застосування такого покарання. Неприпустимо ні в якому разі вдаватись до покарань, що порушують статтю 3, який би стримуючий ефект вони не мали. ³⁷

У справі *Рамішвілі проти Грузії* заявники були власниками телевізійного каналу. Один з них був відомим ведучим популярного ток-шоу. Обидва заявники постали перед судом вперше за вимагання платежу за те, щоб не розкривати ганебні документи щодо нібито корумпованого члена парламенту.

³² *Price v. the United Kingdom*, № 33394/96, §30, ECHR 2001-VII.

³³ *Peers v. Greece*, № 28524/95, §§67–68, ECHR 2001-III.

³⁴ *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, §181, Series A № 25.

³⁵ *Raninen v. Finland*, 16 December 1997, §55, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII.

³⁶ *Raninen v. Finland*, 16 December 1997, §58, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII.

³⁷ *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, §31, Series A № 26.

Під час одного з судових розглядів публіка бачила заявників на заґратованій лаві підсудних у оточенні міцно озброєних охоронців у масках. Судовий розгляд транслювався по всій країні.

Суд вирішив що така жорстка та ворожа форма ведення судового процесу могла привести середнього спостерігача до думки, що заявники є «особливо небезпечними злочинцями». Навіть якщо не брати до уваги порушення принципу презумпції невинуватості, таке поводження принижувало заявників у власних очах, якщо не в очах публіки. Крім того присутність спеціального підрозділу у залі суду викликала в них почуття страху, стурбованості та меншовартості. Таке жорстке поводження могло легко завадити заявникам зосереджено та пильно сприймати важливий для них судовий розгляд.

Суд зазначив, що за відсутності попередніх судимостей та враховуючи їх слухняну поведінку під час кримінального процесу, Уряд не надав будь-якого виправдання для їх поміщення у клітку під час публічних слухань та використання «спеціального загону» у залі суду.³⁸

Зазвичай, стаття 3 Конвенції застосовується до поводження, що походить від дій державних службовців (агентів держави). Слід також звертати увагу, що поняття агентів держави може бути ширшим, ніж поняття державної посадової особи у національному праві. Тут, як і завжди, Суд надає поняттям Конвенції «автономного» значення.

³⁸ *Ramishvili and Kokhreidze v. Georgia*, № 1704/06, 27 January 2009.

ЗАХИСТ ВІД ПОГАНОВОГО ПОВОДЖЕННЯ З КЛІЄНТОМ ПІД ЧАС КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Превентивні заходи

Якщо є можливість заздалегідь підготуватись

Якщо це можливо, адвокат має вжити заходів, або запобігти поганому поведженню із клієнтом. Слід проінструктувати клієнта, який має підстави вважати, що проти нього здійснюється або може здійснюватися кримінальне переслідування, щодо можливого розвитку подій та відповідних дій клієнта у різних випадках.

По-перше, слід повідомити клієнту, який є порядок виклику до правоохоронного органу, і проінструктувати, що будь-який неформальний виклик не є обов'язковим до виконання. Про будь-які такі неформальні виклики має бути повідомлено адвокату, аби він міг вжити адекватних заходів.

Крім того, якщо клієнт має намір відвідати правоохоронний орган, найкращим способом запобігання поганому поведженню буде супроводження клієнта. Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 року у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) надало можливість кожному при спілкуванні із держаними органами бути представленим адвокатом. Хоча спосіб, і який законодавець втілив ці висновки у тексті Кримінально-процесуального кодексу, є доволі сумнівним з погляду забезпечення права на захист, але навіть у ці положення надають можливість адвокату бути присутнім під час будь-якого спілкування із правоохоронним органом, що майже виключає погане поведження із клієнтом.

Слід звернути увагу, що статус, у якому перебуває клієнт у момент такого спілкування не має значення.

Якщо клієнт вже потрапив до правоохоронного органу

Але у більшості ситуацій, на жаль, адвокат дізнається про ситуацію, яка загрожує його клієнтові, лише після того, як останній потрапив до правоохоронного органу. Ситуація частіше за все ускладнюється також тим, що адвокат не має зв'язку із клієнтом, та іноді, навіть не має достовірної інформації про місце перебування клієнта.

У такому випадку мають бути застосовані певні заходи для встановлення місця перебування клієнта та встановлення з ним зв'язку.

Перше правило, яким слід керуватися, — вдаватися лише до офіційного спілкування із правоохоронним органом. Як правило, будь-які неофіційні перемовини зі співробітниками правоохоронного органу лише надають їм додатковий час для застосування поганого поводження із клієнтом.

Перше, що слід зробити, — це якнайшвидше зафіксувати сам факт перебування клієнта у правоохоронному органі, що можна зробити лише офіційним зверненням до відповідного правоохоронного органу із заявою, з якої випливає, що адвокату відомо, що його клієнт перебуває у правоохоронному органі, що адвокат представляє його інтереси і вимагає негайно надати йому можливість поспілкуватися із клієнтом. Якщо можливо, така заява здається під розписку до правоохоронного органу. Якщо це викликає труднощі, а час то це так і є, то слід скористатися телеграфом.

Одночасно слід повідомити відповідну прокуратуру про факт передування клієнта у правоохоронному органі, з вимогою перевірити законність його перебування там.

РОЗСЛІДУВАННЯ

Порушення розслідування та процедури оскарження

Ініціювання розслідування

Якщо клієнт вже зазнав поганого поведження, адвокат має допомогти клієнту добитися ефективного розслідування цих обставин та притягнення винних до відповідальності, або, щонайменше, здійснити необхідні заходи, щоб забезпечити прийнятність можливої заяви до Європейського суду з прав людини.

У контексті кримінального переслідування проти клієнта такі зусилля, окрім можливого притягнення клієнта до відповідальності, можуть також допомогти у посиленні позиції захисту через виключення доказів, отриманих внаслідок неправомірного примусу (див. розділ «Використання доказів, отриманих внаслідок поганого поведження» нижче).

Європейський суд вимагає вичерпання усіх доступних засобів захисту. Лише сумніви щодо ефективності засобу захисту, що не ґрунтуються на певних обставинах даної справи, не приймаються до уваги Європейським судом і не звільняють від обов'язку вичерпати усі засоби захисту.³⁹

Виходячи з практики Європейського суду, в Україні єдиним теоретично ефективним засобом правового захисту у випадку катувань є звернення до прокуратури з метою порушити розслідування. Хоча у певних випадках можуть розглядатися не кримінальні засоби правового захисту, але, як правило, їх використання стає практично неможливим у випадку, якщо прокуратурою не проведено ефективне розслідування.⁴⁰

Важливо мати на увазі, що процедури, пов'язані із обвинуваченням клієнта у вчиненні злочину, включаючи судовий розгляд обвинувачення та

³⁹ *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, §71, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV.

⁴⁰ *Afanasyev v. Ukraine*, № 38722/02, §77, 5 April 2005.

подальше оскарження, не є ефективними засобами правового захисту щодо скарги на погане поводження за статтею 3 Конвенції.

Наприклад, у справі Нечипорука Європейський суд зазначив, що «намагання ... заявника оскаржити постанову ... про відмову у порушенні кримінальної справи проти співробітників міліції були відхилені на тій підставі, що це питання буде розглянуто у контексті розгляду його власної справи. Суд ставить під сумнів адекватність такого підходу в принципі, враховуючи, що метою кримінального розгляду щодо заявника було визнання його невинуватим або винуватим у кримінальних обвинуваченнях, висунутих проти нього, а не знаходження відповідальних за побиття...».⁴¹

Це слід мати на увазі для обрання відповідної стратегії та тактики представництва інтересів клієнта.

Розслідування заяви про катування або інше погане поводження є позитивним обов'язком держави за статтею 3 Конвенції. За визначенням Суду, коли особа небезпідставно заявляє, що вона зазнала з боку поліції або інших подібних агентів держави дуже поганого поводження, яке порушує закон та статтю 3, це положення, якщо розглядати його у сукупності з загальним обов'язком держави за статтею 1 Конвенції «забезпечити кожному у межах її юрисдикції права та свободи, передбачені у цій Конвенції», вимагає за змістом здійснення ефективного офіційного розслідування. Це розслідування має надавати можливість встановити та покарати відповідальних. Інакше — всупереч її фундаментальному значенню — загальна правова заборона тортур і нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження і покарання залишилися б неефективною на практиці, та державні службовці могли б у певних випадках безкарно порушувати права тих, хто перебуває під їхньою владою.⁴²

Хоча відповідно до практики Європейського суду, саме на державу покладається обов'язок провести ефективне розслідування заяви про катування, тим не менше, Суд вимагає також від заявника певних дії, спрямованих на захист свого права. І адвокат має надати йому відповідну допомогу, особливо, коли той перебуває під вартою.

Слід зауважити, що не будь-яка, а лише «небезпідставна» заява про катування створює для держави обов'язок провести ефективне розслідування.⁴³

⁴¹ *Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*, № 42310/04, §164, 21 April 2011.

⁴² *Dikme v. Turkey*, № 20869/92, §101, ECHR 2000-VIII.

⁴³ *Selmouni v. France* [GC], № 25803/94, §79, ECHR 1999-V.

Європейський суд не дає вичерпного визначення, що можна вважати «небезпідставною» або, навпаки, «безпідставною» заявою. Як наслідок, доволі складно визначити теоретично для кожного випадку, чи є заява або повідомлення «небезпідставним». Вважається, що заява має узгоджуватися із іншими обставинами та підтверджуватися деякими доказами, на підставі яких можна родити висновки про його «обґрунтованість».

Як правило, прокуратура висуває значно завищені вимоги до небезпідставності заяви. Тому слід також пам'ятати, що вимоги на обґрунтованості заяви не можуть бути такого рівня, щоб фактично перекласти тягар доведення катувань на потерпілого. Обов'язок розслідування та, відповідно, доведення або спростування фактів, викладених у заяві, завжди залишається на державі.

Відповідно до статті 3 Конвенції у тлумаченні, яке дає Європейський суд з прав людини, обов'язок провести ефективне розслідування виникає незалежно від того, яким чином інформація про можливе погане поведження стана відомою: із заяви потерпілого, із повідомлень інших осіб, із вивчення матеріалів справи або із безпосереднього сприйняття обставин, які можуть свідчити про погане поведження.

Також і відповідно до статті 94 КПК приводами до порушення кримінальної справи є «заяви або повідомлення ... представників ... громадськості або окремих громадян». Таким чином, члени сім'ї та родичі особи потерпілого або його адвокат можуть подавати відповідні заяви, які мають бути розглянуті у порядку, визначеному статтями 94-95 КПК, і за якими має бути прийняте рішення відповідно до статті 97 КПК.

Форма заяви також не має особливого значення: це може бути усне повідомлення, наприклад, під час допиту, або формалізована заява до прокуратури. Європейський комітет з попередження катувань вважає, що «кожного разу, коли особа, яку підозрюють у вчиненні кримінального злочину, подає до судді або прокурора скаргу на жорстоке поведження, такі скарги повинні бути зафіксовані в письмовому вигляді; негайно має бути видане розпорядження щодо проведення медичної експертизи (якщо це необхідно, то слід здійснити огляд психіатром-судмедекспертом), а також мають бути вжиті необхідні кроки для забезпечення того, щоб на підставі таких скарг було проведене належне розслідування».⁴⁴ Також «навіть за відсутності сформульованої скарги про жорстоке поведження має бути призначена медична експертиза

⁴⁴ Європейський Комітет по запобіганню катуванням. Витяг з 14-ої Загальної доповіді [СРТ/Inf (2004) 28], §29.

у випадках, коли є інші підстави вважати, що особа могла стати жертвою жорстокого поводження».⁴⁵

З іншого боку, хоча вимогу щодо «небезпідставності» заяви не можна тлумачити як перекладення на заявника тягаря доведення обставин поганого поводження та доказів винності тих, хто припустився такого поводження, однак у будь-якому разі потерпілий, а тим більше адвокат, який представляє потерпілого має діяти добросовісно та наполегливо, аби надати державі усі можливості для ефективного розслідування заяви.

У будь-якому разі Суд приймає до уваги, наскільки швидко потерпілий довів до відповідних органів влади інформацію, наскільки докладно від описав обставини застосування до нього або неї поганого поводження, чи супроводжується заява доказами чи посиланнями на докази, які можуть її підтвердити.⁴⁶

Хоча за особливих обставин окремої справи, заява, навіть якщо потерпілий не може надати доказів, може бути визнана переконливим доказом того, що особа зазнала поганого поводження⁴⁷, однак, безумовно, найбільш важливим доказом у випадку поганого поводження є будь-які медичні дані про тілесні ушкодження, яких зазнав потерпілий.

У цьому випадку вкрай важливим є отримання об'єктивних даних про ушкодження. Це завдання полегшується, якщо клієнт звільняється і може звернутися до цивільної лікарні або до судово-медичного експерта для фіксування ушкоджень. Добитися швидкого і об'єктивного медичного обстеження набагато важче, якщо особа продовжує перебувати під вартою.

Але у будь-якому разі слід невідкладно заявити відповідні клопотання про проведення медичного обстеження та фіксування будь-яких, навіть незначних, тілесних ушкоджень, вказавши, по можливості, на ті тілесні ушкодження, які спостерігаються на тілі клієнта або інші ознаки поганого самопочуття, навіть зі слів клієнта.

Поряд зі встановленням самої наявності тілесних ушкоджень, слід також здійснити заходи, аби отримати докази, що ці тілесні ушкодження були спричинені під час перебування у правоохоронному органі.

Для цього має бути доведений точний час перебування у правоохоронному органі, тому важливо отримати як офіційну інформацію, так і свідчення

⁴⁵ Європейський Комітет по запобіганню катуванням. Витяг з 14-ої Загальної доповіді [CPT/Inf (2004) 28], §29.

⁴⁶ *Jasar v. «the former Yugoslav Republic of Macedonia»*, № 69908/01, §58, 15 February 2007.

⁴⁷ *Aydin v. Turkey*, 25 September 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI.

осіб з оточення клієнта (члени сім'ї, родичі, друзі, колеги тощо). Також важливо отримати інформацію про тілесні ушкодження та стан здоров'я клієнта до того, як він потрапив до правоохоронного органу.

Усі ці заходи допоможуть спростувати поширену позицію захисту працівників міліції, яка ґрунтується на твердженнях, що особа вже потратила до рук правоохоронного органу з тілесними ушкодженнями.

Слід також звернути увагу на те, що Європейський суд застосовує дедалі жорсткіший стандарт до державних органів. Наприклад, у нещодавньому рішенні щодо України Суд зазначив, що «якщо національні органи влади не провели медичне обстеження до поміщення заявника під варту, Уряд не може посылатися на цей факт на свій захист і стверджувати, що ці ушкодження були отримані до затримання заявника у поліцейському відділку».⁴⁸

Інша популярна лінія захисту працівників міліції: стверджувати, ніби насильство, яке призвело до тілесних ушкоджень, було викликано поведінкою потерпілого (заявника). Певна поведінка, — наприклад, опір, — або інші обставини, можуть дійсно виправдати застосування насильства. Але ретельне розслідування не повинно зупинятися на встановленні самого факту опору, але з'ясувати, чи ґрунтувалися дії працівників міліції на законі, чи переслідували вони законну мету і чи були вони пропорційні для досягнення цієї законної мети.

Європейський суд також звертає увагу на те, було затримання заздалегідь сплановане чи сталося зненацька. Суд дотримується більш жорсткого підходу, коли затримання було заздалегідь сплановане, оскільки вже при плануванні операції «захвату» підозрюваних слід рівною мірою враховувати такі фактори: убезпечення життя та здоров'я працівників правоохоронних органів, яки приймають участь у операції, відведення небезпеки від сторонніх осіб та забезпечення того, щоб підозрюваному спричинялася якомога менша шкода.

Крім того, слід дослідити, чи пояснюють обставини застосування насильства усі тілесні ушкодження, які наявні у потерпілого, оскільки за фактом виправданого застосування насильства можуть прикриватися факти насильства, застосованого вже після того, як особа була взята під варту і не становила будь-якої небезпеки.

⁴⁸ *Korobov v. Ukraine*, № 39598/03, §68, 21 July 2011, *Turkan v. Turkey*, № 33086/04, §43, 18 September 2008.

*Оскарження постанови про відмову у порушенні кримінальної справи
або про припинення кримінальної справи*

У більшості випадків, прокуратура відмовляється порушити кримінальну справу, а у тих випадках, коли порушує, припиняє її за різними підставами через певний час. Тому для вичерпання усіх засобів захисту потрібно використати можливості для оскарження таких постанов прокуратури, які надаються національною правовою системою.

У випадку відмови прокуратури у порушенні кримінальної справи, така відмова має бути оскаржена до прокурора або вищої прокуратури або до суду відповідно до статей 99 або 236-1 КПК України. З точки зору вичерпання національних засобів захисту оскарження до суду є обов'язковим, у той же час оскарження до вищої ланки у органах прокуратури не виключається, але є факультативним. Адвокат має вирішити, виходячи із конкретних обставин справи та ситуації, що склалася, який саме шлях оскарження обрати, але у будь-якому разі, за несприятливого результату оскарження до вищих прокуратур, необхідно звертатися до суду. У разі несприятливого результату оскарження постанови прокуратури у суді першої інстанції, слід пройти процедуру оскарження у апеляційному та касаційному порядку.

Практичну проблему може становити дуже короткий строк для оскарження такого рішення; стаття 99-1 КПК передбачає 7-денний строк оскарження постанови про відмову у порушенні кримінальної справи. Але важливо пам'ятати, що цей строк починає спливати з дня одержання **копії** постанови.

Як правило, органи прокуратури висилають не копію постанови про відмову у порушенні кримінальної справи або про припинення кримінальної справи, а лише повідомлення про винесення такої постанови. У такому випадку слід витребувати копію постанови.

Слід ретельно фіксувати листування із органами прокуратури і іншими органами влади. Це дасть можливість довести додержання процесуальних строків.

У скарзі на постанову про відмову у порушенні кримінальної справи або про припинення кримінальної справи слід чітко вказати дату отримання копії відповідної постанови з метою продемонструвати дотримання відповідних строків, а також додати відповідні докази.

У разі несприятливого результату оскарження до суду першої інстанції, слід звернутися до апеляційного та касаційного оскарження. Остаточним рішенням у контексті вичерпання національних засобів захисту буде рішення касаційної інстанції, яким підтримана постанова про відмову або про припи-

нення кримінальної справи. З цього часу починає спливати 6-місячний строк звернення до Європейського суду.

Також може скластися ситуація, коли органи прокуратури вдаються до так званого прийому «гойдалки». Прокуратура відмовляє у порушенні справи (або припиняє справу), потім за скаргою потерпілого до вищого прокурора або до суду постановою скасовується і спрямовується для додаткової перевірки або розслідування, але через певний час приймається аналогічна постановою про відмову у порушенні або про припинення кримінальної справи. Теоретично, таким чином справа може «гойдатися» між різними органами прокуратури або судами безкінечно довго.

Така тактика органів прокуратури може звільнити від обов'язку вичерпання національних засобів захисту. У справі Самардак Суд зазначив:

«Розслідування кілька разів припинялось та зупинялось... Ці рішення були згодом скасовані... прокурорськими та судовими органами... Незважаючи на це, розслідування ще кілька разів припинялось... Ця ситуація призвела до прийняття Личаківським судом рішення про те, що слідчі органи проявили «вперте небажання» встановити реальні обставини справи... Як свідчать матеріали справи, подальший збір доказів був практично неможливим через те, що минуло занадто багато часу...».⁴⁹

Якщо така «гойдалка» триває достатньо довго, це дає підстави для звернення до Європейського суду до того, коли будуть вичерпані національні засоби захисту.

Тим не менше, навіть за такої тактики, спрямованої на ухилення від розслідування, слід проявляти наполегливість у просуванні справи, щоб уникнути ситуації, коли, у разі звернення до Європейського суду, останній вирішить, що заявник не доклав необхідних зусиль для підтримання скарги і визнає заяву неприйнятною.⁵⁰

Вимоги до розслідування

Незалежність органу розслідування

Одна із найважливіших вимог до розслідування — це незалежність тих осіб, що проводять розслідування, від тих, хто може бути відповідальним за

⁴⁹ *Samardak v. Ukraine*, № 43109/05, §45–46, 14 November 2010.

⁵⁰ *Gabibullayev against Ukraine* (dec.), № 29725/05, 11 January 2011.

події. Як зазначив Європейський суд, «Це означає не лише відсутність ієрархічної або інституційної залежності, але й практичну незалежність».⁵¹

Випадки прямої залежності органу розслідування доволі рідкісні, але трапляються. Наприклад, розслідування однієї із скарг, що стосувалася поганого поводження з боку персоналу слідчого ізолятора, яке включало також тримання у карцері, прокуратура передала для розслідування начальнику слідчого ізолятора, таким своєрідним чином витлумачивши положення статті 101 Кримінально-процесуального кодексу.⁵² У цій справі заявник скаржився, зокрема, на надмірне застосування сили з боку персоналу, коли він почав проявляти агресію внаслідок загострення його психічного захворювання, а також на поміщення його в карцер у покарання за таку агресивну поведінку та тримання його у карцері в наручниках протягом тижня.

Початкову перевірку скарг заявника на таке погане поводження з боку персоналу СІЗО прокуратура доручила начальнику СІЗО, який був особою, що безпосередньо санкціонувала певні дії, що склали погане поводження. Після скасування першої постанови по відмову у порушення кримінальної справи, справа знову була повернута до начальника СІЗО для додаткової перевірки. Лише через 2 з половиною роки розслідування було передано до прокуратури.

Але проблема залежності органу розслідування постає і в такій дуже поширеній ситуації, коли прокуратура *доручає* органу міліції проводити певні слідчі дії. Також нерідко трапляються випадки, коли прокуратура взагалі ґрунтує свої висновки лише на результатах службової перевірки, яку здійснюють відповідні служби міліції. Таке розслідування не може вважатися незалежним, оскільки висновки прокуратури у такому випадку ґрунтуються не на власних слідчих заходах, а сформовані слідством, проведеним *залежним* органом.

Аби ще надійніше забезпечити практичну незалежність розслідування у ситуації, коли йдеться про можливу причетність державних посадовців до тортур, Суд встановив вимогу, щоб особи, щодо яких ведеться розслідування, були відсторонені від виконання своїх службових обов'язків. Невиконання такої умови, особливо коли йдеться про працівників міліції достатньо високого рангу, що можуть зашкодити нормальному розслідуванню, може поставити під сумнів незалежність розслідування і, особливо, здатність його

⁵¹ *Ramsahai and Others v. the Netherlands* [GC], № 52391/99, §325, ECHR 2007-...

⁵² *Kucheruk v. Ukraine*, № 2570/04, §157, 6 September 2007.

забезпечити збереження доказів, навіть якщо саме розслідування ведеться незалежним органом.

Таким чином, слід вжити заходів для того, щоб справа розслідувалася належним органом, включаючи подання відповідних скарг до прокуратури і звертаючи на це увагу суду випадку оскарження. У разі, якщо на національному рівні такі зусилля залишаються без відповіді, це складе додатковий елемент скарги до Європейського суду.

Участь потерпілого у розслідуванні

Органи влади повинні інформувати заявника про хід розслідування його заяви.

Більше того, орган розслідування має забезпечити участь адвоката заявника у розслідуванні, якщо заявник хоче бути представлений адвокатом. Наприклад у справі Барабанщикова прокурор відмовив у порушенні кримінальної справи через те, що заявник не бажав давати свідчення без свого адвоката. Європейський суд зазначив, що відмова порушити кримінальну справу через бажання заявника бути представленим адвокатом є нецелювою, оскільки існували, зокрема, медичні докази поганого поведження.⁵³

Ретельність розслідування

- Невідкладність розслідування

Однією з найважливіших вимог до розслідування є вимога невідкладності початку розслідування, оскільки втрата часу у випадку застосування поганого поведження може призвести до непоправних наслідків для ефективності розслідування. Як зазначав Європейський суд, «невідкладна реакція органів влади при розслідування заяв про погане поведження загалом має вирішальне значення для підтримання у суспільства довіри щодо їх відданості принципам верховенства права та для розвіяння будь-яких підозр у змові чи терпимості до незаконних дій».⁵⁴

У більш практичній площині невідкладне розслідування може запобігти втраті важливих доказів поганого поведження, що особливо важливо у розслідування поганого поведження у міліції, оскільки працівники міліції мають

⁵³ *Barabanshchikov v. Russia*, № 36220/02, §60, 8 January 2009.

⁵⁴ *Davydov and Others v. Ukraine*, №№ 17674/02 and 39081/02, §278, judgment of 1 July 2010.

досвід, який може допомогти сховати сліди злочину та ускладнити розслідування.

Як доводить практика Суду, затягування з порушенням розслідування є системною проблемою в практиці органів прокуратури України, і адвокату у більшості випадків прийдеться мати справу з небажанням невідкладно розпочати всебічне розслідування справи.

Це зумовлюється, зокрема тим, що переважну частину слідчих дій неможливо провести під час перевірки заяви у порядку статті 97 Кримінально-процесуального кодексу. Особливо це обмежує використання експертизи, але у сьогоднішній системі відсутність порушеної кримінальної справи зашкоджує проведенню і інших слідчих дій, без яких неможливо забезпечити збереження доказів. Також не можна вважати достатньо надійними і свідчення будь-яких осіб, якщо вони даються поза процедурою, передбаченою кримінально-процесуальним законодавством, зокрема без попередження про кримінальну відповідальність.

Адвокат має не дуже багато засобів, як вплинути на поведінку органів прокуратури у такій ситуації, оскільки будь-які засоби захисту від такого порушення, наприклад, оскарження бездіяльності до суду, є малоефективними за обставин, коли доля важливих доказів у справі вирішується протягом годин або днів.

Але у будь-якому разі слід вжити заходів, аби спонукати органи прокуратури провести невідкладне медичне обстеження та огляд місця події.

- Повнота розслідування

Як визначив Європейський суд з прав людини, зобов'язання провести розслідування не є зобов'язанням досягти певного результату, а зобов'язанням докласти певних зусиль.⁵⁵

Аналіз того, наскільки ретельно органи прокуратури проводять або провели розслідування, є основним змістовним завданням адвоката, особливо під час оскарження постанов про відмову або про припинення кримінальної справи.

Слід зосередитися перш за все на тому, наскільки повно орган розслідування використав свої повноваження і можливості, які надавала йому ситуація, щоб встановити винних осіб. «Органи влади повинні вжити відповідних заходів, які є в їхньому розпорядженні, щоб зберегти докази, пов'язані

⁵⁵ *Aktaş v. Turkey*, № 24351/94, §300, ECHR 2003-V.

з подією, у тому числі отримати свідчення очевидців та експертні висновки», «які нададуть повний і точний опис тілесних ушкоджень та об'єктивний аналіз клінічних даних».⁵⁶

Дуже часто можна зустріти випадки, коли органи прокуратури навіть не допитують особу, що подала скаргу, хоча докладний допит такої особи щодо обставин поганого поводження з нею є першим кроком у будь-якому розслідуванні, оскільки саме дані, отримані від потерпілого надають можливість організувати розслідування у правильному напрямку. Можна вважати, що розслідування є неповним, якщо у його матеріалах відсутні дані такого допиту.

Також слід звертати увагу на те, що у розслідуванні тортур та інших видів поганого поводження особливе значення мають результати медичних досліджень.

Також слід звертати увагу на те, чи дослідили органи розслідування усі обставини, які можуть непрямо свідчити або спростовувати наявність поганого поводження. Слід звертати увагу на те, що у випадку застосування тортур або інших форм поганого поводження рідко можна сподіватися винайти прямі докази такого злочину. Цей злочин вчиняється без свідків, і особи, які застосовують тортури, намагаються приховати сліди злочину. Тому докази обставин, які супроводжують можливе погане поводження, набувають великого значення для висновку, чи сталося таке поводження.

Тому адвокату слід уважно ставитися і звертати увагу прокуратури та суду на непрямі докази. Наприклад, тримання під вартою без реєстрації та повідомлення близьких та родичів особи про затримання, невиправдане затягування із доставлянням до судді для вирішення питання про взяття під варту або звільнення, адміністративне затримання, яке згодом перетворюється у кримінально-процесуальне затримання, перешкоджання адвокату в зустрічах із клієнтом, тримання у місцях, які не визначені законом (наприклад тримання у ІТТ замість СІЗО), виклики швидкої допомоги, погіршення стану здоров'я, будь-які підозрілі дії поліції, які можна витлумачити як намагання створити умови для застосування поганого поводження або сховати свідчення поганого поводження, — усі ці обставини є важливими для розслідування. Адвокат має звернути увагу суду та прокуратури на те, чи достатньо уваги було приділено для з'ясування усіх цих обставин і чи не спирався орган прокуратури на презумпцію того, що усі обвинувачені та підозрювані скаргатимуться лише з метою уникнути відповідальності.

⁵⁶ *Finucane v. the United Kingdom*, № 29178/95, §69, ECHR 2003-VIII.

Наприклад, у справі Ангулова проти Болгарії син заявниці загинув від тяжкої травми після кілька годинного перебування у поліції. Оцінюючи докази у цій справі, Суд, крім інших обставин, надав великого значення відомостям про те, що офіцери поліції вели себе підозріло, а органи розслідування прийняли на віру їх покази всупереч серйозним ознакам, які вимагали обережного ставлення до їхніх пояснень. Суд звернув увагу на те, що між 3 та 5 годинами ранку 29 січня 1996 року поліція не давала можливості пану Забчекову побачитися з лікарем, а, можливо, намагалися знайти «зручного» лікаря; що на запитання д-ра Михайлова поліцейські очевидно збрехали, сказавши, що пан Забчев був доставлений до поліції вже в такому стані, у якому лікар побачив його біля 5 години ранку; що були підроблені записи про затримання; що пан Забчев був зареєстрований постфактум як «невідомо особа», хоча він був добре відомий офіцерам поліції як особа, що підозрюється у крадіжці, і його впізнали одразу ж під час зустрічі. На думку Суду ці факти були важливими ознаками того, що потрібне ретельне розслідування.⁵⁷

Важко скласти певний перелік слідчих дій, які обов'язково вжити для розслідування заяви щодо катувань або інших форм поганого поводження, оскільки, як і у випадку розслідування інших злочинів, багато залежить від певної ситуації. Добре керівництво з цього питання для використання у судовій практиці становить Стамбульський протокол. У цьому посібнику для практичних цілей можна навести лише певне узагальнення положень цього документу, який містить мінімальні вимоги до ефективного розслідування. Це узагальнення можна використовувати як своєрідний орієнтир для адвоката при оцінці ефективності розслідування, а також для роботи зі збирання доказів поганого поводження.

- Допит заявника

Особливу увагу слід приділити з'ясуванню таких обставин:

- хто, де, коли, яким чином і за яких обставин піддавав його поганому поводженню;
- як довго воно тривало;
- які фізичні та психологічні наслідки воно мало;
- що вимагали від заявника;

⁵⁷ *Anguelova v. Bulgaria*, № 38361/97, ECHR 2002-IV.

- які особи можуть підтвердити наявність в нього певних наслідків; які особи можуть підтвердити його стан до застосування до нього поганого поводження;
- чи скаржився він офіційно будь-якій особі, і, якщо так, то кому;

- Огляд місця події

Ця одна із найважливіших слідчих дій у будь-якому розслідування, у розслідування заяв про катування набуває незамінного значення. Під час проведення огляду слід звертати увагу на наявність слідів крові або залишків інших тканин заявника, предметів, які можуть бути використані як засоби катувань, ознак перебування інших осіб. Достовірність такого огляду залежить від того, наскільки негайно він був проведений та/або наскільки ретельно була забезпечена схоронність місця події.

Допит осіб, які бачили чи спілкувалися із заявником до моменту або в момент затримання. Допит має особливо зосереджуватися на таких питаннях:

- чи були у заявника тілесні ушкодження і, якщо так, то які саме; який був загальний стан здоров'я заявника;
- чи застосовувалося насильство до заявника під час затримання або доставлення до міліції;
- які особи затримували заявника.

Допит осіб, які бачили чи спілкувалися із заявником під час або після того, як він був підданий поганому поводженню. Особливо з'ясувати під час допиту:

- які дії вчинялися щодо заявника;
- що їм розповідав заявник після заявленого поганого поводження;
- чи були і, якщо так, то які тілесні ушкодження в заявника після часу, коли його піддали поганому поводженню; який загальний стан здоров'я був у заявника у цей час.

Особливо важливо допитати осіб, які трималися разом із заявником.

Допит медичних працівників, які надавали допомогу заявнику. Такий допит допоможе встановити:

- чи були і, якщо так, то які саме тілесні ушкодження або інші ознаки поганого стану здоров'я в заявника;
- які пояснення давав заявник щодо цих ушкоджень;
- чи були присутні працівники правоохоронного органу під час спілкування медичного працівника із заявником;

- який можливий механізм утворення ушкодження або можливі причини виникнення ознак поганого стану здоров'я.

Допит працівників чергової частини та ізолятора тимчасового тримання, під час якого слід з'ясувати:

- коли, яким чином потрапив заявник до правоохоронного органу;
- чи були і, якщо так, то які саме тілесні ушкодження або інші ознаки поганого стану здоров'я в заявника під час, коли вони перший раз побачили заявника та у подальшому;
- чи надавалася заявнику медична допомога, коли і яким чином;
- які особи, коли і за яких обставин спілкувалися із заявником, хто проводив з ним слідчі дії, коли і за яких обставин;

- Судово-медична експертиза

Судово-медична експертиза є одним із найважливіших інструментів у розслідуванні заяв на погане поведження. Для найбільш повного експертного дослідження, експертам має бути надано якомога більше доказів. Перед експертами мають бути поставлені щонайменше такі питання:

- який стан здоров'я спостерігається або спостерігався у заявника, які тілесні ушкодження були виявлені в нього;
- час утворення тілесних ушкоджень або інших ознак поганого стану здоров'я;
- який механізм утворення тілесних ушкоджень або причини погіршення стану здоров'я;
- ступінь тяжкості тілесних ушкоджень, що виявлені;
- за відсутності на момент дослідження ознак погіршення здоров'я або тілесних ушкоджень, — чи виключає це можливість застосування до нього описаного ним поганого поведження.

Допит осіб, на яких вказує заявник як на осіб, що піддавали його поганому поведженню. Головні питання, які мають бути з'ясовані:

- де знаходилися ці особи і що робили у той час, коли заявник був підданий поганому поведженню;
- які особи або які інші докази можуть підтвердити їх алібі, якщо вони посилаються на алібі;
- які тілесні ушкодження вони бачили у заявника; який стан здоров'я був у нього;
- які пояснення вони можуть надати тим тілесним ушкодженням або іншим ознакам поганого стану здоров'я, які є в заявника.

Експерт у висновку має висловити свою думку щодо ступеню узгодженості тілесних ушкоджень із стверджуваними подіями. Така думка має базуватися на обговоренні можливих відмінних діагнозів (ушкодження, що не стосуються поганого поведження, включаючи само ушкодження та хвороби).⁵⁸

Слід зазначити, що Європейський суд вважає, незалежність експерта (формальна і фактична) є передумовою належного проведення медичного обстеження.

Крім того, Європейський суд також приймає у якості доказів незалежні експертні висновки, отримані адвокатом відповідно до статті 48 КПК України. Наприклад, у справі Нечипорука Суд зазначив, що «заявник надав детальні та послідовні пояснення, що підтверджується висновками приватної судово-медичної експертизи..., згідно з якими ... до нього застосовували електричний струм. З іншого боку, версія органів влади підтверджується офіційними медичними висновками ... про те, що ... травми «могли виникнути від тупих твердих предметів», без якихось додаткових деталей або коментарів... Враховуючи..., що органи влади не заперечили і навіть не прокоментували медичні свідчення на підтвердження заяв... про жорстоке поведження через застосування електричного струсу, Суд вважає встановленим, відповідно до стандартів доведення..., що тілесні ушкодження, зазначені у медичних висновках, були наслідком поведження, на яке скаржився заявник...»⁵⁹

- Інші слідчі дії

Слід з'ясувати, чи подавалися на тих осіб, на яких вказує заявник як на винуватців поганого поведження, скарги аналогічного змісту, чи є в них вказівки на методи поганого поведження, чи отримали ці особи зізнання або інші свідчення від заявника. Необхідно також отримати та зберегти медичну документацію щодо заявника, що стосується періоду до або після застосування до нього поганого поведження. Слід також забезпечити збереження документації, що стосується затримання заявника та утримання його у правоохоронному органі. Важливо зберегти і речові докази: одяг обвинуваченого, предмети, знайдені під час огляду тощо, а також провести їх експертне дослідження.

⁵⁸ *Barabanshchikov v. Russia*, № 36220/02, §59, 8 January 2009.

⁵⁹ *Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*, № 42310/04, §153–154, 21 April 2011.

- Обґрунтованість рішень та оцінка зібраних доказів

Особа, що веде розслідування щодо поганого поведіння, має не лише зібрати всі можливі докази, але і дати їм належну оцінку. Часто, навіть провівши розслідування, орган прокуратури дає недостатньо узгоджені доводи для своїх висновків. Частіше за все, це пов'язане із проблемою упередженості органу розслідування, і абсурдні або легковажні висновки можуть бути одним із факторів, які доводять таку упередженість. Як зазначив Європейський суд у справі Шевченка: «Розслідування не буде ефективним, якщо докази належним чином не аналізуються і висновки непослідовні та необґрунтовані».⁶⁰

Надається також велике значення позиції осіб, від яких залежить порушення кримінальної справи чи проведення розслідування. У тій же справі *Asenov* слідчий заздалегідь був готовий визнати, що ушкодження, виявлені в апелянта, були заподіяні його батьком, хоча не було встановлено, що батько завдав апелянту удари з такою силою, що могла заподіяти ушкодження, зазначені в медичному свідоцтві. Ще більш незадовільною Суд знайшов позицію інших органів. Так, Суд був здивований, що Генеральна Військова Прокуратура змогла без яких-небудь доказів дійти до висновку, що заявник не підкорився поліції, і, не з'ясувавши навіть характер непокори, зробила висновок, що «навіть, якщо удари і були нанесені по тілу неповнолітнього, це трапилось внаслідок непокори наказу поліції».

У справі *Лотарева* Суд критикував підхід, коли «слідчий допитав двох в'язнів, з якими заявник перебував у одній камері..., і обидва підтвердили його опис цих подій. Однак, слідство відхилило свідчення А. з єдиним обґрунтуванням, що вони, «як видно, спрямовані на дискредитацію адміністрації в'язниці», а свідчення іншого в'язня були взагалі залишені без коментарів. У той же час свідчення в'язничних наглядачів були сприйняті як точні та надійні».⁶¹

У деяких справах проти Туреччини Суд зважив на те, що формулювання рішень слідчих органів практично не припускають думки, ніби сили безпеки могли в чомусь бути винні, у тому числі з погляду помірності застосованих засобів обставинам події.

⁶⁰ *Sergey Shevchenko v. Ukraine*, № 32478/02, §67, 4 April 2006.

⁶¹ *Lotarev v. Ukraine*, № 29447/04, §90, 8 April 2010.

Як вже зазначалось, дії, спрямовані на ініціювання і належне проведення розслідування поганого поведження з клієнтом, крім своєї прямої мети — встановити та покарати відповідальних, також можуть мати значення для розгляду звинувачення проти клієнта.

Хоча довгий час Європейський суд не наважувався розглядати використання національними судами доказів, отриманих внаслідок поганого поведження, але після справи Ялоха підходи суду значно змінилися. У цій справі суд визнав, що метод, яким було вилучено докази у підозрюваного (а саме через застосування блювотного засобу), утворювало погане поведження у значенні статті 3 Конвенції. Розглядаючи скаргу на справедливість судового розгляду у контексті використання цих доказів для засудження, Суд зазначив, що отримання доказів на порушення інших статей Конвенції (наприклад статті 8) не обов'язково позначається на справедливості судового розгляду, де такі докази використані, але «до доказів, отриманих методом, що був визнаний таким, що порушує статтю 3, застосовуються інші міркування. Таке питання може постати у контексті статті 6 §1 щодо доказів, отриманих на порушення статті 3 Конвенції, навіть якщо допущення такого доказу не було вирішальним для засудження».⁶²

Україна також збагатила практику Європейського суду у цьому відношенні. У справі Яременка Європейський суд не знайшов достатніх доказів, аби визнати застосування катувань до заявника, але встановив, що органи влади не провели належного розслідування заяв про катування. Посилаючи на порушення права зберігати мовчання, та «беручи до уваги, що не було проведено жодного адекватного розслідування заяв заявника про те, що покази були отримані незаконними засобами, Суд вража[в], що їх використання у судовому розгляді порушило його право мовчати та привілей проти самовикриття».⁶³

У справі Нечипорука Суд вже встановив порушення матеріального аспекту статті 3 Конвенції. Розглядаючи вирок щодо Нечипорука за кримінальним обвинуваченням проти нього, Суд зазначив, що «у цьому випадку первісні зізнання ... заявника були отримані від нього шляхом застосування поганого поведження, що дорівнює катуванням у значенні статті 3 Конвен-

⁶² *Jalloh v. Germany* [GC], № 54810/00, §99, ECHR 2006-...

⁶³ *Yaremenko v. Ukraine*, № 32092/02, §80, 12 June 2008.

ції. Суд також зазначає, що національні суди використали ці зізнання у якості доказів... Суд вважає, що це підриває саму сутність права першого заявника не свідчити проти себе, незалежно від значення цих зізнань у доказовій базі для його засудження...».⁶⁴

Таким чином, наполегливі дії, спрямовані на встановлення факту поганого поводження з клієнтом та порушення відповідного розслідування можуть також позначитися на результаті розгляду обвинувачення проти клієнта.

⁶⁴ *Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*, № 42310/04, §260, 21 April 2011.

Наукове видання

Аркадій Бущенко

**ТАКТИКА ЗАПОБІГАННЯ КАТУВАННЯМ
І ПРЕДСТАВНИЦТВА ЖЕРТВ КАТУВАНЬ
У СУДІ**

Посібник для адвокатів

ISBN 617-587-056-3



9 786175 1870563

Відповідальний за випуск *Євген Захаров*
Редакція авторська
Комп'ютерна верстка *Олег Мірошніченко*

Підписано до друку 12.12.2011
Формат 60×84 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Myriad Pro
Друк офсетний. Умов. друк. арк. 2,02 Умов. фарб.-від. 2,18
Умов.-вид. арк. 2,23. Наклад 1000 прим.

Видавництво «Права людини»
61112, Харків, вул. Р. Ейдемана, 10, кв. 37
Свідоцтво Державного комітету телебачення і радіомовлення України
серія ДК № 3065 від 19.12.2007 р.

Надруковано на обладнанні Харківської правозахисної групи
61002, Харків, вул. Іванова, 27, кв. 4
<http://khp.org>
<http://library.khp.org>