

04
/ 17

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

ReOS 03 / 2017

Inhaltsverzeichnis

The Ways of Adaptation of the National Legislation of Ukraine in the Field of Organic Production of Agricultural Products to the European Union Requirements

Maria Bakhurynska

123

Problems of Determining the Characteristics of the Corpus Delicti of the Interference into the Activities of a Defense Attorney or a Representative of a Person
(the Art. 397 of the Criminal Code of Ukraine)

Pavlo Berzin / Vladyslav Vlasiuk

130

Die Gewährleistung der justiziellen Rechte im postsowjetischen Raum (Russland, Ukraine und Weißrussland) – eine vergleichende Analyse der gerichtlichen und administrativen Praxis am Massstab der EMRK

Oleg Schirinsky

163

The Ways of Adaptation of the National Legislation of Ukraine in the Field of Organic Production of Agricultural Products to the European Union Requirements.*Maria Bakhurynska**associate professor**Taras Shevchenko National University of Kyiv**Ukraine*

The author of the article has analyzed the legislation of the European Union in the field of production of organic agricultural products. Since organic production of agricultural products is one of the most rational and ecological methods of agriculture, which ensures proper protection of the environment, the rational use of land and other natural resources guarantees the production of qualitative and nutritious food. The author aims to research the shortcomings of domestic legislation that impede the development of organic agriculture in Ukraine, as well as to formulate and suggest propositions for improving the legal regulation of this perspective field of agriculture, using the experience of the European Union countries. The rapid development of organic production is inherent in Ukraine as a leading agricultural country in the world. According to the data of the Federation of Organic Movement of Ukraine, the area of certified agricultural land plots in Ukraine, involved in the cultivation of various organic products, was 410.6 thousand hectares in 2015. One of the ways of adaptation of the national legislation to the EU legislation is to build an effective control system that would not only meet the EU regulatory requirements, but would also be protected from the corruption risks inherent in Ukraine.

The current legislation of Ukraine provides a complicated, ineffective and burdensome control system for a manufacturer of organic products, which deliberately or unknowingly contains critical corruption risks.

Harmonization of the national legislation with the requirements of the Regulation of the EU Council No. 834/2007 will allow the unhampered export of organic goods produced in Ukraine on the basis of national certificates. The author has studied the main provisions of the specialized law that should be changed within the framework of the implementation of the EU legislation.

Шляхи адаптації національного законодавства України у сфері органічного виробництва сільськогосподарської продукції до вимог Європейського Союзу.

Бахуринська Марія Михайлівна

доцент,

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Україна

Органічне виробництво сільськогосподарської продукції є одним із найбільш раціональних та екологічних методів ведення сільського господарства, що забезпечує належний захист навколишнього природного середовища, раціональне використання земельних та інших природних ресурсів, забезпечення виробництва якісних та корисних продуктів харчування. Органічне виробництво відіграє подвійну соціальну роль, коли, з одного боку, воно передбачає функціонування окремого ринку, що відповідає потребам споживачів в органічних продуктах, а з іншого боку, надає громадськості товари, що сприяють захисту навколишнього природного середовища та благополуччю тварин, а також розвитку села¹. Світові обсяги виробництва органічних продуктів харчування безперервно зростають, збільшується як і площа угідь під вирощуванням культур на органічних засадах так і кількість органічних сільськогосподарських товаровиробників

по всьому світу. За оцінками Міжнародної федерації органічного сільськогосподарського руху, починаючи з 1999 року, чисельність виробників органічної продукції зросла у 10 разів, – до 2,3 мільйонів. Понад 75% всіх виробників зосереджено у країнах Азії, Африки та Латинської Америки. А країнами, де налічується найбільша їх чисельність, є Індія, Уганда та Мексика. Станом на 2015 рік під органічним виробництвом у світі зайнято 43,7 млн. га земель (зростання з 1999 року склало 3 рази), або близько 1% від загальних площ фермерських земель світу. Найбільші площі зосереджені у Океанії – 17,3 млн. га. У Європейському Союзі площа угідь, зайнятих під органічним виробництвом становить 11,1 млн. га, що на 21% більше порівняно з 2010 роком. Світовий споживчий ринок органічної продукції оцінюється близько 60 млрд. доларів США і характеризується стійкою тенденцією до зростання².

Бурхливий розвиток органічного

¹ РЕГЛАМЕНТ РАДИ (ЄС) № 834/2007 від 28 червня 2007 року про органічне виробництво та маркування органічних продуктів та про скасування Регламенту (ЄЕС) №2092/91

² ДИНАМІКА ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ РИНКУ ОРГАНІЧНОЇ ПРОДУКЦІЇ В СВІТІ ТА В УКРАЇНІ <http://edclub.com.ua/analytika/dynamika-ta->

виробництва притаманний і Україні, як провідній сільськогосподарській країні світу. За даними Федерації органічного руху України, площа сертифікованих сільськогосподарських угідь в Україні, задіяних під вирощування різноманітної органічної продукції, становила у 2015 році 410,6 тис. га (близько 1% від загальних площ сільгоспугідь). Україна займає почесне двадцяте місце світових країн-лідерів органічного руху та перше місце в східноєвропейському регіоні щодо сертифікованої площі органічної ріллі, спеціалізуючись переважно на виробництві зернових, зернобобових та олійних культур. У 2015 році в Україні нараховувалося 210 сертифікованих органічних господарств, середній розмір яких становив близько 2 тис. гектарів (від кількох гектарів, як і в більшості країн Європи, до декількох тисяч гектарів ріллі)³. Проте правове регулювання органічного виробництва в Україні фактично відсутнє, діючі виробники орієнтуються на законодавство

Європейського союзу, оскільки більшість виробленої в Україні органічної продукції експортується до країн ЄС. Відсутність ефективного правового регулювання стримує розвиток внутрішнього ринку та виробництва харчових продуктів на базі органічної сировини.

У науці права дослідженням теоретичних аспектів впровадження органічного сільського господарства займалися такі вітчизняні науковці, як: Н. А. Берлач, В. В. Носік, Т. О. Коваленко, В. Ю. Уркевич, П. Ф. Кулинич, О. М. Туєва, та ін., які мають різні підходи щодо визначення поняття органічного сільського господарства.

На думку окремих вчених, органічне сільське господарство розглядається як система управління веденням аграрного виробництва⁴, інші визначають його як метод ведення сільського господарства⁵, Т. В. Курман зазначає, що органічне сільське господарство має здійснюватися на сертифікованих земельних ділянках⁶.

perspektyvy-rozvytku-rynku-organichnoyi-produkciyi-v-sviti-ta-v-ukrayini

³ ДИНАМІКА ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ РИНКУ ОРГАНІЧНОЇ ПРОДУКЦІЇ В СВІТІ ТА В УКРАЇНІ <http://edclub.com.ua/analityka/dynamika-ta-perspektyvy-rozvytku-rynku-organichnoyi-produkciyi-v-sviti-ta-v-ukrayini>

⁴ Берлач Н.А. Правове визначення органічного сільського господарства в Україні / Н.А. Берлач // Держава і право : зб. наук. праць.

Юридичні і політичні науки. – К., 2009. – Вип. 46. – С. 230

⁵ Лукьянова А.Н. Экологическое сельское хозяйство: актуальные проблемы развития // Аналитический вестник совета Федерации ФС РФ. – 2003. - №21. – с.21-25

⁶ Курман Т.В. Принцип екологізації аграрного виробництва в аспекті співвідношення аграрного, земельного та екологічного права / Т.В. Курман, О.М. Туєва // Співвідношення екологічного, природоресурсного, земельного та аграрного права : матер. до круглого столу 9

Проте, на нашу думку, для потреб правового регулювання визначальним критерієм віднесення аграрного виробництва до органічного має бути законодавчо встановлена система сертифікації та контролю, оскільки, як правильно зазначає Н. А. Берлач, навіть, якщо продукція буде відповідати усім фактичним ознакам (технологія виробництва, вимоги щодо вмісту різноманітних речовин, методи обробки та ін.), але не пройде відповідної сертифікації, тоді в юридичному аспекті такі вироби назвати органічними не можна буде⁷.

Саме з метою належного правового регулювання та встановлення системи сертифікації органічного сільського господарства у спеціальній літературі неодноразово наголошувалося на необхідності прийняття спеціального закону України «Про органічне виробництво». 3 вересня 2013 року в Україні було прийнято Закон «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини». У пояснювальній записці до відповідного законопроекту було зазначено, що метою закону є визначення

правових, економічних та соціальних засад виробництва та обігу органічної сільськогосподарської продукції та сировини, заходів контролю та нагляду за такою діяльністю, а також забезпечення справедливої конкуренції та належного функціонування ринку органічної продукції та сировини, покращення основних показників стану здоров'я населення, збереження природного навколишнього середовища, раціонального використання ґрунтів, забезпечення раціонального використання та відтворення природних ресурсів, а також гарантування впевненості споживачів у продуктах та сировині, маркованих як органічні. Крім того, в записці було вказано, що закон розроблено з урахуванням вимог Постанови Ради (ЄС) №834/2007 від 28 червня 2007 року «Про органічне виробництво та маркування органічних продуктів та про скасування Регламенту (ЄЕС) № 2092/91», Постанови Комісії ЄС 889/2008 від 5 вересня 2008 р. «Детальні правила щодо органічного виробництва, маркування і контролю для впровадження Постанови Ради (ЄС) №834/2007 стосовно органічного виробництва і маркування

грудня 2011 р. / за заг. ред. А. П. Гетьмана та М. В. Шульги. – Х. : Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 141–147.

⁷ Берлач Н.А. Правове визначення органічного сільського господарства в Україні / Н.А. Берлач // Держава і право : зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. – К., 2009. – Вип. 46. – С. 228

органічних продуктів», Кодексу Аліментаріус «Керівні положення з виробництва, переробки, маркування та реалізації органічних продуктів». Проте реальний зміст прийнятого закону суттєво суперечив законодавству ЄС, первинною редакцією було передбачено запровадження складної багаторівневої системи реєстрації виробників сільськогосподарської продукції, централізованого контролю та нагляду за виробництвом, що за сучасних умов створювали високі корупційні ризики та в цілому перешкоджали нормальному розвитку органічного виробництва.

Серед найбільш недосконалих, сумнівних норм слід виділити наступні. Відповідно до ч. 4 ст. 13 Закону України «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини» фізичні або юридичні особи, що не занесені до Реєстру виробників органічної продукції (сировини), не мають права здійснювати виробництво органічної продукції та/або сировини. Вказана норма з моменту набуття чинності закону фактично заборонила всім сільськогосподарським товаровиробникам виробляти органічну продукцію, навіть, якщо вони не позначають її відповідним чином або експортують вказану продукцію відповідно до законодавства інших країн.

Замість того, щоб обмежитись виключно сертифікацією органічної продукції, як це передбачено законодавством ЄС, прийнятий закон додатково встановив необхідність реєстрації виробників органічної продукції (ст.13 Закону) та оцінки придатності земель (грунтів) для виробництва органічної продукції та сировини (ст.23).

Критичним недоліком прийнятого закону була відсутність механізмів гармонізації процедур сертифікації, нагляду та контролю з законодавством Європейського союзу, що фактично робило українських сільськогосподарських товаровиробників неконкурентними на головному експортному ринку української органічної продукції.

Внаслідок системних недоліків профільний закон фактично не запрацював, не були прийняті передбачені підзаконні акти, стала очевидною необхідність суттєвих змін.

12.02.2015 року Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція)» до Закону України «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини» були внесені окремі зміни,

спрямовані на скасування зайвих регулятивних процедур, зокрема оцінку придатності земель (грунтів) для виробництва органічної продукції та сировини. Статтю 24 доповнено частиною дванадцятою згідно якої продукція (сировина), сертифікована в державах-членах Європейського Союзу як органічна, розміщується на ринку України як органічна продукція (сировина) без жодної додаткової сертифікації.

Незважаючи на прогресивність змін, суттєві недоліки ще залишаються. Закон до сьогодні, в повній мірі, не узгоджений з Постановою Ради (ЄС) №834/2007 від 28 червня 2007 року «Про органічне виробництво та маркування органічних продуктів та про скасування Регламенту (ЄС) № 2092/91», особливо в частині системи контролю за виробництвом та обігом органічної продукції, що не дозволяє Україні скористатися, передбаченим ст.33 Постанови Ради (ЄС) №834/2007 від 28 червня 2007 року, яка передбачає механізм визнання виданих в Україні сертифікатів на органічну продукцію та включення України до переліку країн, система виробництва в яких дотримується принципів та правил виробництва, еквівалентних тим, що встановлені у ЄС, та заходи контролю в яких є настільки ж ефективними, як і ті, що встановлені у

Розділі V Постанови Ради (ЄС) №834/2007 від 28 червня 2007 року. Тим більш, що в Україні вже працює 16 сертифікаційних компаній-нерезидентів, які здійснюють сертифікацію сільськогосподарського виробництва за правилами органічного виробництва, прийнятими відповідно до Постанови Ради ЄС №834/2007.

Одним із напрямків адаптації національного законодавства до законодавства ЄС є побудова ефективної системи контролю, яка не тільки буде відповідати вимогам нормативних вимогам ЄС, але й буде захищеною від притаманних Україні корупційних ризиків.

Чинним законодавством України передбачено ускладнена, неефективна та обтяжлива для виробника органічної продукції система контролю, в яку, свідомо або несвідомо, закладені критичні корупційні ризики. Зокрема, Закон України «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини» передбачає наступні напрями державного регулювання (контролю, нагляду) за виробництвом, переробкою та обігом органічної сільськогосподарської продукції:

- оцінка придатності земель (грунтів) для виробництва

- органічної продукції та сировини здійснюється центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику із здійснення державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища, у галузі охорони земель (ст.23 Закону);
- оцінка відповідності виробництва органічної продукції (сировини) проводиться органом з оцінки відповідності згідно з правилами процедури підтвердження відповідності, які визначаються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері оцінки відповідності, та з детальними правилами виробництва та обігу відповідної органічної продукції (сировини) (ст.24 Закону);
 - реєстрація виробників органічної продукції (сировини), що здійснюється центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері безпеки та окремих показників якості харчових продуктів (ст.13 Закону);
 - здійснення державного нагляду (контролю) за діяльністю суб'єктів господарювання, які здійснюють виробництво, перевезення, зберігання, реалізацію органічної продукції (сировини), що здійснює центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері безпеки та окремих показників якості харчових продуктів, у сфері виробництва та обігу органічної продукції (сировини) (ст.9 Закону);
 - Державний нагляд (контроль) за виробництвом та обігом органічної продукції (сировини) здійснюється центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері безпеки та окремих показників якості харчових продуктів (ст.11 Закону).
- Узгодження національного законодавства з вимогами Постанови Ради ЄС №834/2007 дозволить здійснювати безперешкодний експорт органічної продукції, виробленої в Україні на підставі національних сертифікатів. Розгляне основні положення профільного закону, що мають бути змінені в межах імплементації законодавства ЄС.

**Problems of Determining the Characteristics of the Corpus Delicti of the Interference into the Activities of a Defense Attorney or a Representative of a Person
(the Art. 397 of the Criminal Code of Ukraine)**

Pavlo Berzin

*Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law and Criminology of the Faculty of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Ukraine*

Vladyslav Vlasiuk

*Degree-seeking student of the National Prosecution Academy of Ukraine, Director General of the Directorate for Human Rights, Access to the Courts and Legal Awareness of the Ministry of Justice of Ukraine,
Ukraine*

The main problems of the qualification of interference into the activities of a defense attorney or a representative of a person under the Art. 397 of the Criminal Code of Ukraine (CC) have been determined in this article. The main of these problems are associated with the following: what is the content of the wording under the Art. 397 of the Criminal Code “the commission of interference in any form to the exercise of lawful activities ... of a representative of a person for the provision of legal assistance” (Part 1), as well as “actions committed by an official using his official position” (Part 2)? What is the correlation of the notion stipulated in the Art. 397 of the Criminal Code “representative of a person for the provision of legal assistance” with the notion under the Art. 66 of the Criminal Procedural Code of Ukraine as providing legal assistance to a witness while testifying and participating in other procedural actions? What are the features of the correlation of “actions committed by an official using his official position” (Part 2 of the Art. 397 of the Criminal Code) with the provisions under the Art. 365 of the Criminal Code as abuse of power or official authorities by a law enforcement officer?

The clarification of these problems is based on the analysis of general provisions of the Art. 397 of the Criminal Code, analysis of the corpus delicti provided by this Article of the Criminal Code, as well as answers to the above stated questions.

The author of the article substantiates that the basis of determining the object of interference

into the activities of a representative of a person is the mechanism of the endeavor, which consists of several elements: the presence of a representative of a person; this representative is authorized to provide legal assistance; committed influence on his activities implies the necessity of carrying out such activities by the mentioned victim; awareness of the “legal content” of the endeavor’s conditions by the subject of a crime.

Проблеми визначення ознак складів втручання в діяльність захисника чи представника особи (ст. 397 Кримінального кодексу України)

Берзін Павло Сергійович

доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права та кримінології юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна

Власюк Владислав Вікторович

здобувач Національної академії прокуратури України, Генеральний директор Директорату з прав людини, доступу до правосуддя та правової обізнаності Міністерства юстиції України, Україна

Останнім часом в процесі кваліфікації втручання в діяльність захисника та представника особи, передбаченого ст. 397 Кримінального кодексу України ¹ (далі – КК), виникає чимало запитань. Найбільш типові з них зводяться до наступного:

1. Який зміст мають передбачені ст.

397 КК формулювання «вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності ... представника особи по наданню правової допомоги» (ч. 1), а також «дії, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища» (ч. 2)?

2. Яке співвідношення

¹ Кримінальний кодекс України: проект № 1029 від 12.05.1998 р., підготовлений комітетом з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією, Комітетом з питань правової політики.

– [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/web-proc4_1?pf3511=3865.

передбаченого у ст. 397 КК поняття «представник особи по наданню правової допомоги» з передбаченим у ст. 66 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) наданням правової допомоги свідку під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій?

3. Які особливості співвідношення «дій, вчинених службовою особою з використанням свого службового становища» (ч. 2 ст. 397 КК) з передбаченим у ст. 365 КК перевищенням влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу?

Відповіді на поставлені запитання надаються з урахуванням аналізу ознак складів злочинів, передбачених ст.ст. 397, 365 КК, як підстави кримінальної відповідальності, та зводяться до наступного.

I. Загальні положення про ст. 397 КК.

1.1. Про структуру ст. 397 КК, її «компоненти»:

Найменування ст. 397 КК визначене як «втручання в діяльність ... представника особи», а відповідні ознаки складу цього злочину позначаються у диспозиції ст. 397 КК поняттями: «вчинення», «перешкоди», «порушення ... гарантій їх діяльності». Окремі з цих ознак є конститутивними

(обов'язковими), деякі – альтернативними (про це див. нижче).

Водночас слід враховувати, що найменування статті Особливої частини КК не є «компонентом» диспозиції кримінально-правової норми та не може враховуватись у змісті відповідної підстави кримінальної відповідальності без (окремо від) змісту юридичних конструкцій, закріплених в диспозиції статті Особливої частини КК. Тобто співвідношення використаного у найменуванні ст. 397 КК формулювання з ознаками складу цього злочину, передбаченого у диспозиції цієї статті КК, для кваліфікації вчиненого (або у більш широкому розумінні – як підстави кримінальної відповідальності) повинно здійснюватися лише з урахуванням змісту ознак та форм діяння, передбачених у ч. 1 ст. 397 КК. Йдеться про те, що фактично поняття «втручання» виражається у ч. 1 ст. 397 КК у трьох альтернативних формах: «вчинення ... перешкод», «порушення встановлених законом гарантій» та «порушення ... професійної таємниці».

1.2. Про форми діяння, передбаченого ст. 397 КК:

У диспозиції ст. 397 КК альтернативно визначені три форми втручання в діяльність представника особи, а саме:

а) «вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності ... представника особи по наданню правової допомоги»;

б) «порушення встановлених законом гарантій ... діяльності» представника особи;

в) «порушення встановлених законом гарантій ... професійної таємниці» такого представника.

Таким чином, конкретизуються зазначені форми діяння, передбаченого ст. 397 КК, зміст втручання в діяльність представника особи, що передбачається ст. 397 КК. Водночас ст. 397 КК не містить будь-яких додаткових орієнтирів стосовно змісту кожної із зазначених форм (наприклад, стосовно визначення процесуальних форм кримінального або цивільного провадження, в яких бере участь представник особи).

Крім цього, у ч. 2 ст. 397 КК визначена кваліфікуюча ознака, що стосується будь-якої із зазначених форм діяння, зокрема, вчинення такого втручання в будь-якій формі «службовою особою з використанням свого службового становища».

II. Аналіз ознак складів злочину, передбаченого ст. 397 КК.

2.1. Об'єкт злочину

Утворення «усередині» об'єкта злочину певної шкоди (ушкодженості) в результаті вчинення передбачених ст. 397

КК діянь потребує встановлення наступних обов'язкових умов:

1) представник особи здійснює діяльність по наданню іншій особі правової допомоги та є, відповідно, учасником кримінального провадження (п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК);

2) діяльність такого представника є правомірною та пов'язується з наданням відповідному учаснику кримінального провадження правової допомоги;

3) вплив на таку діяльність, що в будь-якому випадку утворює істотну шкоду, про яку йшлося вище, здійснюється як втручання в діяльність та відповідає хоча б одній із наступних форм: а) були створені перешкоди у здійсненні такої діяльності; б) відбулось порушення будь-яких встановлених гарантій діяльності такого представника або в) гарантій його професійної таємниці.

Отже, за наявності вказаних умов утворення ушкодженості зазначеного об'єкта передбачає наявність у суб'єкта злочину обов'язку утриматись від будь-якого впливу на (втручання у) діяльність зазначеного представника особи. На порушення такого порядку здійсненим впливом орієнтує ст. 397 КК.

В основі такого розуміння об'єкта втручання в діяльність представника особи знаходиться механізм посягання,

який складається з декількох *елементів*, а саме:

1) **наявність представника особи** (у ст. 397 КК немає конкретизації того, що такий представник є вже допущеним до участі в кримінальному чи іншому провадженні);

2) **цей представник є уповноваженим надавати правову допомогу**, має відповідні гарантії (наділений гарантіями) його діяльності та утворює таку ознаку складу злочину як потерпілий;

3) **вчинений вплив (посягання) на його діяльність передбачає необхідність безпосереднього здійснення зазначеним потерпілим своєї діяльності** в межах або поза межами такої процесуальної форми правосуддя, як кримінальне провадження, тобто у ст. 397 КК прямо передбачається, що такий потерпілий здійснює правомірну діяльність саме як представник іншої особи, надаючи їй правову допомогу;

4) **усвідомлення суб'єктом злочину «юридичного змісту» зазначених вище умов посягання:** а) правового і процесуального статусу представника особи, який надає їй юридичну допомогу; б) загального обов'язку утриматись від будь-якого втручання у діяльність такого представника, яке (втручання) пов'язане зі створенням перешкод у його законній

діяльності як представника особи, що надає правову допомогу, а також порушення будь-яких гарантій його діяльності та професійної таємниці.

Важливо підкреслити, що у зміст об'єкта злочину, передбаченого ст. 397 КК, включаються всі визначені вище елементи механізму утворення істотної шкоди. Усі ці елементи мають нормативну (законодавчу) визначеність, яка полягає у наступному.

1) Представник особи.

У п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК визначається, що учасниками кримінального провадження є «свідок та його адвокат». Конкретного визначення стадій кримінального провадження, на яких свідок та його адвокат виступають учасниками кримінального провадження, ст. 3 КПК не містить. З огляду на це свідок та його адвокат можуть виступати учасниками кримінального провадження на досудовому розслідуванні, у судовому провадженні, а також у здійснюваних процесуальних діях (див. п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК).

Зв'язок між свідком та його адвокатом конкретизується у п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК при визначенні прав свідка, який має право «користуватися під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою адвоката, повноваження якого

підтверджуються згідно з положеннями статті 50 цього Кодексу».

Отже, виключно адвокат на досудовому розслідуванні може (здатний) забезпечити право свідка користуватися під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою. Це, у свою чергу, відповідає професійним правам адвоката, передбаченим у ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року, зокрема: «представляти і захищати права, свободи та інтереси фізичних осіб» (п. 2 ч. 1). Таким чином, професійні права адвоката, які стосуються прав, свобод та інтересів свідка на досудовому розслідуванні пов'язуються п. 2 ч. 1 ст. 20 названого Закону з представництвом його прав, свобод та інтересів.

2) уповноваження представника надавати правову допомогу, а також існуючі гарантії його діяльності визначаються у наведених вище положеннях КПК та Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»².

По-перше, йдеться про те, що у п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатською діяльністю визнається «незалежна професійна діяльність адвоката щодо

здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту». Отже, захист і представництво прав, свобод та інтересів особи визнаються самостійними видами адвокатської діяльності та (одночасно) видами правової допомоги клієнту.

Поняття представництва визначається у п. 9 ч. 1 ст. 1 зазначеного Закону як: «вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні реалізації прав і обов'язків клієнта в цивільному, господарському, адміністративному та конституційному судочинстві, в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами, прав і обов'язків потерпілого під час розгляду справ про адміністративні правопорушення, а також прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні». **Інші види правової допомоги** – «це види адвокатської діяльності з надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань, правового супроводу діяльності клієнта, складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру, спрямованих на забезпечення реалізації прав, свобод і законних інтересів клієнта, недопущення їх порушень, а також на

² Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р.

№ 5076-VI // Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 27. – Ст. 282.

сприяння їх відновленню в разі порушення» (п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Таким чином, у змісті представництва (п. 9 ч. 1 ст. 1 зазначеного Закону) такий учасник кримінального провадження як свідок прямо не вказується, але звертається увага на те, що **реалізація прав і обов'язків клієнта може забезпечуватись у державних органах**. При визначенні інших видів юридичної допомоги п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» обмеження видів адвокатської діяльності учасниками кримінального провадження взагалі відсутні, що дозволяє тлумачити зміст поняття «інші види правової допомоги» у широкому розумінні, зокрема, з урахуванням змісту п.п. 10, 25 ч. 1 ст. 3, п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК. Тобто представництво адвокатом прав, свобод та інтересів свідка як учасника кримінального провадження слід визнавати на підставі п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» **окремим видом правової допомоги**.

У тих випадках, коли свідок в кримінальному провадженні виступає клієнтом адвоката, передбачається можливість укладання договору про надання правової допомоги (про зміст такого договору див. п. 4 ч. 1 ст. 1 Закону

«Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

По-друге, **гарантії адвокатської діяльності**, пов'язаної з *представництвом* адвокатом прав, свобод та інтересів свідка як учасника кримінального провадження або, у більш широкому розумінні – *правовою допомогою* адвоката свідку, слід визначати з урахуванням ч. 1 ст. 23 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Такі гарантії пов'язуються із захистом професійних прав, честі й гідності адвоката на підставі положень Конституції та інших законодавчих актів, а саме: «1) забороняються будь-які втручання і перешкоди здійсненню адвокатської діяльності; 2) забороняється вимагати від адвоката, його помічника, стажиста, особи, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, а також від особи, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю, надання відомостей, що є адвокатською таємницею. З цих питань зазначені особи не можуть бути допитані, крім випадків, якщо особа, яка довірила відповідні відомості, звільнила цих осіб від обов'язку зберігати таємницю в порядку, передбаченому законом; 3) проведення стосовно адвоката оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, що можуть проводитися

виключно з дозволу суду, здійснюється на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя; 4) забороняється проведення огляду, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності; 5) адвокату гарантується рівність прав з іншими учасниками провадження, дотримання засад змагальності і свободи в наданні доказів та доведенні їх переконливості; 6) життя, здоров'я, честь і гідність адвоката та членів його сім'ї, їх майно перебуває під охороною держави, а посягання на них тягнуть відповідальність, передбачену законом; 7) адвокату гарантується право на забезпечення безпеки під час участі у кримінальному судочинстві в порядку, встановленому законом; 8) забороняється залучати адвоката до конфіденційного співробітництва під час проведення оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, якщо таке співробітництво буде пов'язане або може призвести до розкриття адвокатської таємниці; 9) забороняється втручання у приватне спілкування адвоката з клієнтом; 10) забороняється внесення подання слідчим, прокурором, а також винесення окремої ухвали (постанови) суду щодо правової позиції адвоката у справі; 11)

забороняється втручання у правову позицію адвоката; 12) орган або посадові особи, які затримали адвоката або застосували до нього запобіжний захід, зобов'язані негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону; 13) повідомлення про підозру адвоката у вчиненні кримінального правопорушення може бути здійснене виключно Генеральним прокурором, його заступником, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя; 14) забороняється притягати до кримінальної чи іншої відповідальності адвоката (особу, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю) або погрожувати застосуванням відповідальності у зв'язку із здійсненням ним адвокатської діяльності згідно із законом; 15) не можуть бути підставою для притягнення адвоката до відповідальності його висловлювання у справі, у тому числі ті, що відображають позицію клієнта, заяви у засобах масової інформації, якщо при цьому не порушуються професійні обов'язки адвоката; 16) забороняється ототожнення адвоката з клієнтом; 17) дисциплінарне провадження стосовно адвоката здійснюється в особливому порядку».

По-третє, згідно з ч. 3 ст. 23 зазначеного Закону «Про адвокатуру та

адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року «органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові і службові особи у відносинах з адвокатами зобов'язані дотримуватися вимог Конституції України та законів України, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та протоколів до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, практики Європейського суду з прав людини». Таким чином, визначення гарантій професійної діяльності адвоката як представника прав, свобод та інтересів свідка у кримінальному провадженні ґрунтується на таких джерелах (формах) права, як: Конституція України та закони України, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, а також практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Стосовно змісту цих джерел (форм) права слід зазначити наступне. Гарантії професійної діяльності адвокатів згідно з положеннями ст. 131² **Конституції України**³ полягають у: а) призначенні – «надання професійної правничої допомоги» (ч. 1), б) гарантіях незалежності (ч. 2), в) гарантіях здійснення представництва іншої особи у

судовому провадженні виключно адвокатом (ч. 4), г) гарантіях здійснення захисту від кримінального обвинувачення виключно адвокатом (ч. 4), д) встановленні будь-яких «винятків» із цих гарантій не інакше, як на підставі законодавчих актів (ч. 5).

У п. 3 ст. 6 **Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року**⁴ зазначається, що правом кожного обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення є в тому числі: захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя (пп. «с»).

Певним правозастосовчим орієнтиром при з'ясуванні змісту відповідних положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод стосовно тлумачення змісту ознак складів втручання в діяльність захисника чи представника особи, передбачених у ст. 397 КК, є **практика (рішення) ЄСПЛ**. Причому у своїх рішеннях ЄСПЛ тлумачить положення пп. «с» п. 3 ст. 6

³ Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁴ Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004

Конвенції з урахуванням **не буквального (текстуального) змісту приписів цього положення Конвенції, а незалежно від процесуального статусу, який має особа, яка потребує юридичної допомоги.**

Докладніше особливості роз'яснення і застосування цих положень Конвенції аналізуються нижче.

3) необхідність безпосереднього здійснення діяльності з надання правової допомоги свідку у межах такої процесуальної форми правосуддя як кримінальне провадження. У ст. 397 КК прямо передбачається, що потерпілий здійснює правомірну діяльність саме як представник іншої особи та надає такий «іншій особі» правову допомогу. Отже, одного лише уповноваження свідком адвоката для представництва його (свідка) прав, свобод та інтересів як учасника кримінального провадження ст. 397 КК не передбачає, а зобов'язує встановити підстави «набуття» адвокатом своїх повноважень як представником особи, а саме:

а) фактичні підстави загального характеру, що визначені Законом «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»:

- фактичне здійснення адвокатом будь-якого із видів адвокатської

діяльності, що передбачений у п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»;

- здійснення такої адвокатської діяльності саме в інтересах свідка як клієнта адвоката (це передбачається у п. 7 ч. 1 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»);

- зв'язок відповідного виду адвокатської діяльності з забезпеченням реалізації прав і обов'язків клієнта в державних органах (про це вказується в п. 9 ч. 1 ст. 1 цього Закону).

б) юридичні (процесуальні) підстави, які пов'язані з участю адвоката у представництві прав, свобод й інтересів свідка як учасника кримінального провадження та визначені відповідними положеннями КПК⁵:

- наявність свідка як фізичної особи, якій відомі або можуть бути відомі обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження, і яка викликана для давання показань (ч. 1 ст. 65 КПК);

- відсутність відводу представника, визначеного в ч. 1 ст. 78 КПК;

- відсутність випадків, у яких особа не має права брати участь у цьому ж кримінальному провадженні як

⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України

офіційне видання від 08.03.2013 – 2013 р., / № 9-10 /, стор. 474.

представник (ч. 2 ст. 78 КПК), зокрема: 1) якщо вона у цьому провадженні надає або раніше надавала правову допомогу особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулася з проханням про надання правової допомоги; 2) зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю (зупинення дії свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю або його анулювання) в порядку, передбаченому законом; 3) якщо вона є близьким родичем або членом сім'ї слідчого, прокурора, потерпілого або будь-кого із складу суду.

Зазначені фактичні та юридичні (процесуальні) підстави мають враховуватись при визначенні **правомірності** здійснюваної представником особи діяльності (йдеться про те, що діяльність представника особи, в яку втручається винний, має бути правомірною). Про таку правомірність прямо вказується у ст. 397 КК. Правомірність пов'язується з виконанням таким представником особи обов'язків (у даному разі – як учасника кримінального провадження). Проте, на відміну від обов'язків захисника (ст. 47 КПК), обов'язки представника свідка як учасника кримінального провадження в КПК не визначені. Тому для з'ясування їх змісту слід орієнтуватись на загальні положення КПК та Закону «Про

адвокатуру та адвокатську діяльність», які передбачають:

- відсутність випадків, у яких особа не має права брати участь у цьому ж кримінальному провадженні як представник (ч. 2 ст. 78 КПК), про що зазначається вище;

- підтвердження повноважень представника свідка лише свідоцтвом про право на зайняття адвокатською діяльністю, а також відповідним ордером, договором (ч. 1 ст. 50 КПК), про що вказується у п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК (згідно з ч. 2 ст. 50 КПК становлення будь-яких додаткових вимог, крім пред'явлення адвокатом документа, що посвідчує його особу, або умов для підтвердження повноважень представника чи для його залучення до участі в кримінальному провадженні не допускається);

- відсутність конфлікту інтересів, тобто суперечності між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час виконання адвокатом його професійних обов'язків, а також на вчинення чи невчинення ним дій під час здійснення адвокатської діяльності (п. 8 ч. 1 ст. 1 зазначеного Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»);

4) ставлення суб'єкта злочину до «юридичного змісту» зазначених вище

УМОВ ПОСЯГАННЯ означає, що винна особа *сприймає (розуміє)* правовий і процесуальний статус адвоката як представника особи, який надає їй юридичну допомогу в кримінальному провадженні, формальні та юридичні (процесуальні) підстави набуття такого статусу, а також загальний обов'язок утриматись від будь-якого втручання у діяльність такого представника, *передбачає*, що внаслідок вчинення перешкод правомірній діяльності такого представника по наданню правової допомоги та/або порушення гарантій його діяльності, вона (винна особа) незаконно втручається у діяльність такого представника, та бажає саме цього.

Таким чином, слід зазначити, що особа, яка надає правову допомогу свідку під час давання ним (свідком) показань та його (свідка) участі у проведенні інших процесуальних дій (ст. 66 КПК), може визнаватись потерпілим у складі злочину, передбаченого ст. 397 КК, тобто представником особи, який надає їй правову допомогу, має встановлені законом гарантії його професійної діяльності та здійснює таку діяльність правомірно.

Також слід відзначити, що ст. 397 КК має **бланкетний зміст**, для визначення

якого потрібно звернутися до наведених вище положень КПК та Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Тобто положень КПК, що стосуються участі у кримінальному провадженні представника свідка (таким представником є лише адвокат), прав свідка як учасника кримінального провадження, а також положень Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» стосовно видів правової допомоги та особливостей її надання в кримінальному провадженні адвокатом.

Такий підхід відповідає рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статті 58 Конституції України, статей 6, 81 Кримінального кодексу України⁶ від 19 квітня 2000 року № 6-рп/2000, яким передбачається наступне (п. 3 описової частини рішення). Бланкетна диспозиція кримінально-правової норми лише називає або описує злочин, а для повного визначення його ознак відсилає до інших галузей права. Основна особливість бланкетної диспозиції полягає в тому, що така норма має загальний і конкретизований зміст. Загальний зміст бланкетної диспозиції передається

⁶ Справа про зворотну дію кримінального закону в часі – [Електронний ресурс]. – Режим

доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-00>

словесно-документною формою відповідної статті Особливої частини КК України і включає положення інших нормативно-правових актів у тому вигляді, в якому вони сформульовані безпосередньо в тексті статті. Саме із загальним змістом бланкетної диспозиції пов'язане визначення кримінальним законом діяння як злочину певного виду та встановлення за нього кримінальної відповідальності. Конкретизований зміст бланкетної диспозиції передбачає певну деталізацію відповідних положень інших нормативно-правових актів, що наповнює кримінально-правову норму більш конкретним змістом. Зміни, що вносяться до нормативно-правових актів інших галузей права, посилення на які містить бланкетна диспозиція, не змінюють словесно-документну форму кримінального закону. Така диспозиція кримінально-правової норми залишається незмінною. Кримінальний закон і за наявності нового, конкретизованого іншими нормативно-правовими актами змісту бланкетної диспозиції кримінально-правової норми не можна вважати новим – зміненим – і застосовувати до нього положення частини першої статті 58 Конституції України.

2.2. Ознаки об'єктивної сторони складу злочину

А) про «втручання в діяльність захисника чи представника особи» та його окремі форми, визначені у ч. 1 ст. 397 КК.

Втручання в діяльність захисника чи представника особи здійснюється у трьох формах, що визначені у ч. 1 ст. 397 КК, а саме: 1) «вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги»; 2) «порушення встановлених законом гарантій їх діяльності»; 3) «порушення ... їх ... професійної таємниці».

Вчинення перешкод означає наявність будь-якого впливу (тиску), який «перекриває», ускладнює чи унеможлиблює правомірну діяльність зазначених учасників кримінального провадження, пов'язану з наданням правової допомоги.

Порушення встановлених законом гарантій діяльності цих учасників означає ігнорування будь-якими особами гарантій адвокатської діяльності, пов'язаної з представництвом адвокатом прав, свобод та інтересів свідка як учасника кримінального провадження. Різновиди таких гарантій визначені у ч. 1 ст. 23 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (про них див. вище).

Один із способів вчинення таких перешкод і порушення визначених у ч. 2 ст. 397 КК як «дії, вчинені службовою

особою з використанням свого службового становища» (про нього див. нижче).

Б) про врахування положень (рішень) ЄСПЛ, що стосуються застосування (тлумачення) п. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року, для кримінально-правової оцінки втручання в діяльність представника особи, визначеного у ст. 397 КК.

У п. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року зазначається, що правом кожного обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення є в тому числі: захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя (пп. «с»).

Певним правозастосовчим орієнтиром при з'ясуванні змісту відповідних положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод стосовно тлумачення змісту ознак складів втручання в діяльність захисника чи представника особи, передбачених у ст. 397 КК, є практика (рішення) ЄСПЛ.

У ч. 1 ст. 8 КПК принцип верховенства права пов'язується з

визнанням людини, її прав та свобод цінностями та зумовленням ними змісту і спрямованості діяльності держави. Застосування цього принципу у кримінальному провадженні забезпечує врахування практики ЄСПЛ (ч. 2 ст. 8 КПК). Крім цього, окремі характеристики принципу законності можуть визначатись з урахуванням положень ст. 9 КПК, зокрема, про застосування кримінального процесуального законодавства з урахуванням практики ЄСПЛ (ч. 5).

Рішення ЄСПЛ вважаються джерелом кримінального права. Положення цих рішень є обов'язковими на підставі положень п. 1 ст. 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, підписаної 4 листопада 1950 року та ратифікованої Законом України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 11 липня 1997 року, які стосуються обов'язкової сили рішень ЄСПЛ та їх виконання.

У прийнятому 23 лютого 2006 року Законі України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (далі – Закон від 23

лютого 2006 року)⁷ визнається, що рішення ЄСПЛ є обов'язковим для виконання Україною відповідно до ст. 46 Конвенції, а також передбачено обов'язкове застосування судами при розгляді ними справ положень зазначеної Конвенції та практики ЄСПЛ саме як джерела права (ст. 17). Причому «обмеження» галузей національного права, джерелом яких визнається Конвенція та практика ЄСПЛ, у ст. 17 Закону не встановлені взагалі. Крім цього, у ст. 18 цього Закону регламентований порядок посилання на положення зазначеної Конвенції та практику ЄСПЛ.

Варто відзначити й те, що нормативним орієнтиром обов'язковості застосування рішень ЄСПЛ є положення ч. 5 ст. 9 КПК про те, що така загальна засада (принцип) кримінального провадження, як законність, забезпечується в тому числі й застосуванням кримінального процесуального законодавства України з урахуванням практики ЄСПЛ.

Поняттям практики ЄСПЛ охоплюється також практика Європейської комісії з прав людини (абз. 5 ч. 1 ст. 1 Закону від 23 лютого 2006 року), а поняттям *рішення* ЄСПЛ – «а)

остаточне рішення ЄСПЛ у справі проти України, яким визнано порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; б) остаточне рішення ЄСПЛ щодо справедливої сатисфакції у справі проти України; в) рішення ЄСПЛ щодо дружнього врегулювання у справі проти України; г) рішення ЄСПЛ про схвалення умов односторонньої декларації у справі проти України» (абз. 6 ч. 1 ст. 1 Закону).

У Законі, що вказано, роз'яснюється, що виконанням рішень ЄСПЛ визнається у тому числі «вжиття заходів загального характеру» (абз. 9 ч. 1 ст. 1 Закону) як «заходів, спрямованих на усунення зазначеної в Рішенні системної проблеми та її першопричини, зокрема: а) внесення змін до чинного законодавства та практики його застосування; б) внесення змін до адміністративної практики; в) забезпечення юридичної експертизи законопроектів» (ч. 2 ст. 13 Закону). Отже, положення рішень ЄСПЛ у справах проти України суди України зобов'язані враховувати при розгляді конкретних кримінальних проваджень як різновид «вжиття заходів загального характеру», а також «внесення змін до практики застосування чинного законодавства».

⁷ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини. Закон України. – [Електронний ресурс] – Режим

доступу:
– <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>

Залежно від цього рішення ЄСПЛ, що прямо чи опосередковано пов'язуються з втручанням у діяльність представника особи в кримінальному провадженні, можуть *поділятися* на декілька груп:

1) рішення, які стосуються основоположних засад реалізації принципу законності в будь-якому кримінальному провадженні (цей принцип якраз і забезпечується

використанням у кримінальному провадженні відповідних рішень ЄСПЛ)⁸.

2) рішення, які пов'язуються з дотриманням вимог обов'язкового забезпечення юридичного представництва⁹.

При тлумаченні пп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції ЄСПЛ виходить із того, що право кожної особи, обвинувачуваної у вчиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист

⁸ Так, у п.п. 68, 69 рішення ЄСПЛ у справі «Ошурко проти України» від 8 вересня 2011 року (заява № 33108/05) роз'яснюється: «У низці справ Суд доходив висновку про існування позитивного обов'язку держави забезпечувати захист від нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження (див. рішення у справах «3. та інші проти Сполученого Королівства» (*Z et autres c. Royaume-Uni*) [ВП], № 29392/95, пункт 73, CEDH 2001-V, «М. С. проти Болгарії» (*M. C. c. Bulgarie*), № 39272/98, пункт 149, CEDH 2003-XII)» (п. 68), «Такий захист вимагає вжиття розумних та ефективних заходів з метою запобігання поганому поводженню, про яке органи влади знали чи повинні були знати (див. рішення від 12 жовтня 2006 року у справі «Мубіланзіла Матка та Канікі Мітунга проти Бельгії» (*Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*), № 13178/03, пункт 53)» (п. 69).

⁹ Так, у п. 87 свого рішення у справі «Яременко проти України» (заява № 32092/02) від 12 червня 2008 року ЄСПЛ роз'яснив, що порушення кримінальної справи за фактом заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, які спричинили смерть, а не за фактом вбивства, означає, що «перша кваліфікація стосувалась менш тяжкого злочину і тому не вимагала обов'язкового забезпечення юридичного представництва підозрюваного. Негайно після отримання зізнання у вчиненні злочину кваліфікацію змінили на вбивство, у вчиненні якого пред'явили обвинувачення заявників».

У цьому рішенні ЄСПЛ звернув увагу на те,

що органи досудового розслідування зобов'язані були враховувати вимоги ст. 59 Конституції України, а саме: «Кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура» (п. 45 рішення). У п. 63 рішення особливо наголошувалося на використанні заявником (засудженим) усіх можливих засобів юридичного захисту. У цьому пункті рішення особливо наголошується на тому, що позбавлення особи реальної юридичної допомоги під час досудового розслідування вважається незаконним засобом, а також одним із різновидів засобів залякування (з боку органів досудового розслідування): «Усі недоліки у вичерпанні національних засобів юридичного захисту пояснюються тим, що стверджені особи, які вдалися до незаконних заходів щодо нього, позбавили його реальної юридичної допомоги і застосували до нього інші засоби залякування». Водночас ЄСПЛ у цьому пункті рішення виходив з того, що усунення особи, яка надає юридичну допомогу, від участі у кримінальному провадженні є проявом залякування з боку слідчих органів, оскільки особа, яка потребує юридичної допомоги, побоюється скаржитися на погане поводження і змушена це робити лише після того, як відчула себе у відносній безпеці.

адвоката, офіційно призначеного в разі такої необхідності, не є абсолютним, воно становить одну з головних підвалин справедливого судового розгляду (див. «Кромбах проти Франції» (Krombach v. France), № 29731/96, п. 89, ECHR 2001-II). Ст. 6 Конвенції, на думку ЄСПЛ, як правило, вимагає надання обвинуваченому можливості скористатися допомогою захисника вже на початкових етапах допиту (п. 85 зазначеного рішення).

Окремо у даному разі слід висвітлити позицію ЄСПЛ, наведену у цьому рішенні, яка стосується представництва інтересів учасника кримінального провадження та тиску з боку органів слідства на особу (незалежно від її процесуального статусу) з тим, щоб вона відмовилась від послуг особи, яка надає їй юридичну допомогу та представляє її інтереси на досудовому слідстві. Так, у п. 87 ЄСПЛ «висловлює занепокоєння щодо обставин, за яких відбувався перший допит заявника ... Одна з підстав для забезпечення представництва в обов'язковому порядку є серйозність злочину, у вчиненні якого підозрюється відповідна особа, і, отже, ймовірність призначення їй покарання у вигляді довічного позбавлення волі. У цій справі правоохоронні органи, здійснюючи розслідування за фактом насильницької смерті особи, порушили кримінальну

справу за фактом заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, які спричинили смерть, а не за фактом вбивства. Перша кваліфікація стосувалась менш тяжкого злочину і тому не вимагала обов'язкового забезпечення юридичного представництва підозрюваного. Негайно після отримання зізнання у вчиненні злочину кваліфікацію змінили на вбивство, у вчиненні якого пред'явили обвинувачення заявникові». Отже, зміна кваліфікації вчиненого або попередньо неправильна кваліфікація злочину з тим, щоб у процесі досудового розслідування не допустити у провадження захисника для представництва інтересів підозрюваного, визнається ЄСПЛ порушенням положень п. «с» ч. 3 ст. 6 Конвенції, що стосуються можливості особи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд. Водночас у п. 88 зазначеного рішення ЄСПЛ зауважив: «Суд вражений тим фактом, що внаслідок заходів, до яких вдалися органи влади, заявник не зміг скористатися перевагами обов'язкового представництва і опинився в ситуації, в якій, як він стверджував, його примусили відмовитися від свого права на захисника та свідчити проти себе. При цьому слід нагадати, що заявник мав захисника в іншому на той час триваючому проти нього кримінальному провадженні, але все-таки відмовився від

свого права мати представника під час допиту стосовно іншого злочину. Ці обставини дають вагомі підстави припускати існування певної прихованої мети в попередній кваліфікації злочину. Той факт, що зізнання у вчиненні злочину було отримано від заявника за відсутності захисника, і те, що заявник одразу відмовився від свого зізнання, коли захисник вже був присутній, свідчать про уразливість його становища та реальну потребу у відповідній юридичній допомозі, якої його фактично позбавили ... завдяки тому способу, в який слідчий райвідділу міліції застосував свої дискреційні повноваження стосовно кваліфікації розслідуваного злочину».

Аналіз змісту п. 88 вказаного рішення ЄСПЛ дозволяє зробити наступні висновки, які безпосередньо мають значення для тлумачення змісту ознак складів злочину, передбаченого ст. 397 КК.

По-перше, створення органами досудового розслідування таких умов, коли особа не може скористатися перевагами представництва її інтересів, є протиправними «заходами» з боку органів розслідування та (одночасно) порушенням прав особи на юридичну допомогу.

По-друге, створення органами досудового розслідування таких умов, за яких відбувається відмова від юридичної допомоги, яка надається особі одночасно в кількох кримінальних провадженнях під час допиту, також означає порушення зазначеного права. Таке порушення може призвести до (за термінологією ЄСПЛ) «уразливості його становища та реальної потреби у відповідній юридичній допомозі, якої його фактично позбавили».

Такі висновки підтверджуються й іншими рішеннями ЄСПЛ. При цьому важливо підкреслити, що можливими наслідками «усунення» представника інтересів особи ЄСПЛ називає:

1. Реалізацію органами досудового розслідування мети подальшого засудження особи.

Зокрема, у рішенні у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» (заява № 42310/04) від 21 липня 2011 року ЄСПЛ роз'яснив¹⁰, що право на юридичну допомогу має забезпечуватись особам, стосовно яких застосовані заходи адміністративно-правового характеру. Тому докази, отримані в «адміністративному провадженні» в процесі допиту особи, дії якої згодом визнали злочином певного виду, а її процесуальний статус змінили, є

¹⁰ Справа «Нечипорук і Йонкало проти України» – Заява N 42310/04 – [Електронний

ресурс] – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_683

недопустимими. У цьому разі, на думку ЄСПЛ, «право на захист буде в принципі непоправно порушено, якщо викривальні показання, отримані під час допиту правоохоронними органами без доступу до захисника, використовуватимуться з метою її засудження» (див. П. 262 цього рішення ЄСПЛ). Така позиція ЄСПЛ, пов'язана з гарантуванням особі права на юридичну допомогу, представництво її інтересів або захист незалежно від «процесуального статусу» особи, що потребує допомоги, обумовлюється запобіганням порушенню процесуальної гарантії права не свідчити проти себе та гарантії недопущення поганого поведження з особою (незалежно від її процесуального статусу). Іншими словами, порушення таких процесуальних гарантій (вони передбачені нормами Конвенції) ЄСПЛ вбачає у будь-якому тиску органів досудового розслідування, коли з метою подальшого засудження особи змінюють її процесуальний статус та не допускають до представництва інтересів такої особи у «зміненому» процесуальному статусі (тобто такому, що не передбачає застосування відповідних заходів кримінально-

правового характеру) представника, який надає юридичну допомогу. Причому такий представник отримує «статус» захисника після того, як статус особи, яку позбавляють юридичної допомоги, буде змінено органом досудового розслідування¹¹.

2. Порушення справедливого судового розгляду як мети всієї ст. 6 Конвенції.

Тут важливо підкреслити, що порушення вимог ст. 6 Конвенції ЄСПЛ пов'язує з особливостями конкретного провадження та його обставин. Тобто поняття юридичної допомоги тлумачиться ЄСПЛ доволі широко і пов'язується із метою забезпечити справедливий судовий розгляд (див. п. 36 постанови ЄСПЛ у справі «Зайченко проти Росії» від 18 лютого 2010 року (скарга 39660/02), у якій оскаржувалось порушення права заявника на справедливий суд, оскільки він був засуджений на підставі пояснень, наданих їм у відсутності адвоката). Цією постановою ЄСПЛ роз'яснив, що порушення права на надання юридичної допомоги має визначатись з урахуванням особливостей кримінального провадження, передбачених

¹¹ Так, в п. 263 цього рішення ЄСПЛ вказав: «забезпечення доступу до захисника на ранніх етапах є процесуальною гарантією права не свідчити проти себе та основною гарантією недопущення поганого поведження, відмічаючи

особливу вразливість обвинуваченого на початкових етапах провадження, коли він потрапляє у стресову ситуацію і одночасно стикається з дедалі складнішими положеннями кримінального законодавства».

законодавством відповідної держави. Так, у цій постанові ЄСПЛ відзначив, що сутність скарги особи полягала в тому, що він був звинувачений на основі його попередніх показів, зроблених при неможливості навіть порадитись з юристом (п. 44). Тому спосіб, яким мають застосовуватись гарантії, передбачені підпунктом «с» п. 3 ст. 6 Конвенції під час проведення досудового провадження залежить від особливостей такого провадження та обставин справи, що оцінюються відносно національного провадження в цілому (п. 45). ЄСПЛ також відзначив, що особа-заявник формально не був заарештований або навіть допитаний у відділенні міліції. Він був зупинений для перевірки на дорозі, тобто у публічному місці у присутності двох понятих (п. 47). Тобто порушення права на юридичну допомогу ЄСПЛ вбачає навіть за таких обставин, коли формально (процесуально), в особи взагалі не був визначений процесуальний статус, але отримані таким чином (за відсутності представника його інтересів) порушувало право заявника не свідчити проти себе та уникати мовчання і, тим самим, порушувало справедливий судовий розгляд.

Зрештою, ЄСПЛ допускає обґрунтовану відмову органів досудового розслідування у представництві інтересів особи (незалежно від її процесуального

статусу) іншою особою, яка надає юридичну допомогу, навіть на ранніх стадіях кримінального провадження. Проте така відмова визнається ЄСПЛ необґрунтованою, насамперед у разі реальної небезпеки порушити таким шляхом (недопуском представника інтересів на досудовому слідстві) справедливий судовий розгляд. Причому процесуальний статус особи, яка потребує юридичної допомоги та представництва її інтересів на досудовому слідстві, ЄСПЛ не вважає визначальним для наявності такого порушення. Більше того, не є важливим навіть те, який саме процесуальний статус має такий представник інтересів, коли його не допускають у провадження. Головним для наявності порушення є те, щоб існувала реальна небезпека, що в подальшому такий представник не виконуватиме своїх повноважень у кримінальному провадженні саме як захисник підозрюваного чи обвинуваченого. Іншими словами, порушення права вважатиметься наявним тоді, коли з метою порушення справедливого судового розгляду «потенційний захисник» не допускається в провадження (незалежно від того, який саме був процесуальний статус особи, яку мав представляти такий «потенціальний захисник»), а також які саме процесуальні

дії вчинялись органом досудового розслідування).

3. Порушення обґрунтованого кримінального обвинувачення під час досудового провадження.

Зміст «справедливого судового розгляду» ЄСПЛ поширює на досудове провадження. Так, у рішенні в справі «Шабельник проти України» (справа № 16404/03) від 19 лютого 2009 року ЄСПЛ вказав¹²: «хоча основна мета статті 6 Конвенції стосовно розгляду кримінальних справ полягає в забезпеченні справедливого судового розгляду «судом», компетентним встановити обґрунтованість «будь-якого... кримінального обвинувачення», це не означає, що ця стаття не стосується досудового провадження. Таким чином, вимоги статті 6 (зокрема пункту 3) можуть також бути застосовними ще до того, як справу направлено на розгляд суду, якщо – і тією мірою, якою – недотримання таких вимог на самому початку може серйозно позначитися на справедливості судового розгляду» (п. 52 цього рішення). Крім цього, у п. 52 цього рішення зазначається: «Спосіб застосування пункту 1 і пункту 3(с) статті 6 на етапі досудового слідства залежить від особливостей відповідного провадження

та обставин конкретної справи. Момент, з якого стаття 6 застосовується в «кримінальних» справах, також залежить від обставин самої справи, оскільки провідне місце, яке займає в демократичному суспільстві право на справедливий судовий розгляд, спонукає Суд віддавати перевагу «матеріально-правовій», а не «формальній» концепції «обвинувачення».

У вказаному рішенні ЄСПЛ особливо наголосив, що дача свідком показань, які фактично вважаються зізнанням у вчиненні певного злочину, потребує вжиття необхідних заходів захисту як «обвинуваченого від неправомірного тиску з боку органів влади, що дає змогу уникати помилок при здійсненні правосуддя та реалізації цілей ст. 6 Конвенції» (п. 55), тобто цілей справедливого судового розгляду. У цьому разі ЄСПЛ визнав, що у цьому випадку заходи захисту є складниками справедливого судового розгляду. Тому в разі їх невжиття, такий справедливий судовий розгляд порушується:

а) «Стосовно використання доказів, здобутих із порушенням права затриманого на мовчання та права не свідчити проти себе, Суд нагадує, що це – загальновизнані міжнародні стандарти,

¹² Шабельник проти України (Заява N 16404/03) – [Електронний ресурс] – Режим

доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_457

http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_457

які є основними складниками поняття справедливого судового розгляду за статтею 6. Встановлення таких стандартів пояснюється, зокрема, необхідністю захисту обвинуваченого від неправомірного тиску з боку органів влади, що дає змогу уникати помилок при здійсненні правосуддя та реалізації цілей статті 6. Право не свідчити проти себе вимагає, зокрема, від сторони обвинувачення в кримінальній справі не допускати – при спробах доведення своєї версії проти обвинуваченого – використання доказів, здобутих за допомогою методів примусу чи тиску всупереч волі обвинуваченого» (п. 55 рішення);

б) «Суд зазначає, що з першого допиту заявника стало очевидним, що його показання були не просто показаннями свідка злочину, а фактично зізнанням у його вчиненні. З того моменту, коли заявник уперше зробив зізнання, вже не можна було стверджувати про відсутність у слідчого підозри щодо причетності заявника до вбивства. Існування такої підозри підтверджувалося тим фактом, що слідчий ужив подальших заходів для перевірки достовірності самовикривальних показань заявника, провівши відтворення обстановки і обставин подій, тобто слідчі дії, які зазвичай проводяться з підозрюваним. На

думку Суду, становище заявника стало значно вразливішим одразу після вжиття серйозних слідчих заходів з перевірки підозри стосовно нього та підготовки версії обвинувачення» (п. 57 рішення).

Таким чином, незважаючи на процесуальний статус особи як свідка, коли під час допиту його показання фактично є зізнанням у вчиненні злочину, ЄСПЛ вбачає у недопущенні представника такого свідка для надання юридичної допомоги ознаки порушення засад справедливого судового розгляду, оскільки у такому разі «свідок» фактично є підозрюваним, який має уразливий стан під час процесуальних дій, а відтак потребує захисту «від неправомірного тиску з боку органів влади», можливості «уникати помилок при здійсненні правосуддя», забезпечення права не свідчити проти себе. Тому докази, отримані при недопущенні представника такого свідка, ЄСПЛ прирівнює до «здобутих за допомогою методів примусу чи тиску всупереч волі обвинуваченого».

2.3. Суб'єктивна сторона складу злочину

Суб'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ст. 397 КК, характеризується умисною формою вини. Це означає, що інтелектуальна складова умисної форми вини має характеризуватись усвідомленням

суб'єктом злочину змісту вчинюваного діяння, обов'язковості для неї дотримання гарантій правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги. Усвідомлює особа такий обов'язок в силу того, що його наявність є умовою реалізації особою (службовою особою) її повноважень як учасника кримінального провадження. Враховуючи ці обставини, а також те, що при визначенні закріпленої у диспозиції ч. 1 ст. 397 КК ознаки «вчинення в будь-якій формі перешкод» враховується цілеспрямована діяльність винної особи (її цілями якраз і є названі перешкоди), то вчинюватись діяння, передбачені ст. 397 КК, у всіх зазначених вище формах втручання може лише з прямим умислом.

Неусвідомлення особою хоча б однієї з вказаних ознак може за певних обставин означати відсутність у його діянні складу злочину, передбаченого ст. 397 КК.

Помилка службової особи, яка є іншим учасником кримінального провадження, в обов'язковості передбаченого для представника іншої особи, який надає правову допомогу іншому учаснику кримінального провадження, порядку його допуску, повинна впливати на невизнання вчиненого умисним втручанням в діяльність представника особи та

кваліфікуватись за необхідних умов як службова недбалість за відповідною частиною ст. 367 КК.

Мета і мотиви втручання в діяльність представника особи у будь-якій із її форм на кваліфікацію впливати не повинні.

Крім цього, для інкримінування винному втручання в діяльність представника особи у будь-якій із її форм потрібно встановити те, що вказані вище усвідомлення й передбачення мають бути конкретними, а не абстрактними. Тобто представник особи в кримінальному провадженні має підтвердити свої повноваження, як це передбачається у п. 2 ч. 1 ст. 66, ст. 50 КПК.

Отже, прямий умисел особи має бути конкретно-визначеним, у зв'язку з чим особа має чітко розуміти: а) які саме вимоги висунуті для процесуального статусу представника особи, який надає правову допомогу в кримінальному провадженні; б) зміст фактичних і юридичних (процесуальних) підстав такого представництва.

2.4. Суб'єкт злочину

Суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 367 КК, є загальним, а за ч. 2 цієї статті КК – спеціальним, який є службовою особою. Тобто для кваліфікації вчиненого за ч. 2 ст. 397 КК потрібно встановлювати наявність службової особи.

III. Про особливості співвідношення «дій, які вчинені службовою особою з використанням свого службового становища» (ч. 2 ст. 397 КК) з передбаченим у ст. 365 КК перевищенням влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу.

3.1. У ч. 2 ст. 397 КК передбачена така кваліфікована ознака складу втручання в діяльність захисника чи представника особи, як «дії, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища». Використане у юридичній конструкції складу цього злочину поняття службової особи слід визначати на підставі положень п. 1 примітки до ст. 364 КК. Використання такою особою свого службового становища слід вважати різновидом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (див. з цього приводу абз. 3 п. 23 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 6 листопада 2009 року № 10). Окремим (спеціальним) різновидом зловживання владою або службовим становищем визнається передбачене ст. 365 КК перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу. Тобто

передбачене у ст. 365 КК перевищення влади або службових повноважень відтворює зміст спеціальної норми (норм) стосовно загальної (загальних), які передбачені у ст. 364 КК та визначають зловживання владою або службовим становищем. З урахуванням цього ст. 365 КК та ч. 2 ст. 397 КК є спеціальними нормами стосовно ст. 364 КК. Відтак, використання службовою особою свого службового становища (ч. 2 ст. 397 КК) може пов'язуватись з перевищенням службових повноважень (ст. 365 КК).

У той же час слід враховувати й відмінні ознаки у складах злочинів, передбачених ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК, а саме:

- у ч. 2 ст. 397 КК вказівка на працівника правоохоронного органу відсутня, тобто суб'єктом цього злочину за ч. 2 ст. 397 КК може бути будь-яка службова особа, службове становище якої пов'язане з діяльністю представника особи по наданню їй правової допомоги (у нашому випадку – в тому числі й працівника правоохоронного органу, який має повноваження учасника кримінального провадження);

- у ч. 1 і ч. 2 ст. 397 КК немає вказівки на суспільно-небезпечні наслідки у вигляді «істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам

юридичних осіб», як це має місце у ч. 1 ст. 365 КК;

у ч. 1 ст. 365 КК відсутня конкретизація повноважень, службового становища працівника правоохоронного органу, яка пов'язується з їх використанням (перевищенням) при втручанні у діяльність захисника чи представника особи в кримінальному провадженні (як учасника такого кримінального провадження).

3.2. У ч. 1 ст. 365 КК передбачена відповідальність за перевищення влади або службових повноважень. Зміст перевищення розкривається у ч. цієї статті КК та охоплює «умисне вчинення працівником правоохоронного органу дій, які явно виходять за межі наданих йому прав чи повноважень». Суб'єктом є лише працівник правоохоронного органу. В абз. 1 п. 1 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду та правоохоронних органів»¹³ від 23 грудня 1993 року правоохоронні органи – це органи прокуратури, Національної поліції, служби безпеки, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, Національне антикорупційне бюро України, органи охорони державного кордону, органи доходів і зборів, органи і установи виконання

покарань, слідчі ізолятори, органи державного фінансового контролю, рибоохорони, державної лісової охорони, інші органи, які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції.

Водночас при визначенні поняття працівника правоохоронного органу слід враховувати тлумачення, наведене КСУ у його рішенні у справі за конституційним зверненням громадянина Кузьменка Віталія Борисовича щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 364 Кримінального кодексу України (справа щодо застосування кваліфікуючої ознаки «працівник правоохоронного органу» до працівника державної виконавчої служби) від 18 квітня 2012 року № 10-рп/2012. У своєму рішенні КСУ визначив, що «у статті 364 КК не визначено, хто саме належить до працівників правоохоронного органу. Відсутні в законі про кримінальну відповідальність і посилання на відповідні положення інших законів України. Вказане унеможливорює застосування положень інших законодавчих актів, зокрема й Закону, для встановлення щодо спеціального суб'єкта злочину кваліфікуючої ознаки, передбаченої частиною третьою статті 364

¹³ Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів – Закон України. №3781-12 від 23.12.1993 – [Електронний ресурс] – Режим

доступу:

– <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3781-12>

Кримінального кодексу, – працівник правоохоронного органу». З урахуванням цього «КСУ вважає, що поняття «працівник правоохоронного органу» необхідно визначати відповідно до розуміння ознак цього суб'єкта злочину лише за змістом його застосування у КК. Із системного аналізу положень КК вбачається, що в ньому розмежовано поняття «працівник правоохоронного органу», «працівник державної виконавчої служби», «державний виконавець». Зокрема, у частині другій статті 342 КК передбачено кримінальну відповідальність за опір працівникові правоохоронного органу, державному виконавцю під час виконання ним службових обов'язків, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцеві під час виконання цими особами покладених на них обов'язків щодо охорони громадського порядку, а в частині першій статті 343 КК – за вплив у будь-якій формі на працівника правоохоронного органу чи працівника державної виконавчої служби з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків або добитися прийняття незаконного рішення». Отже, «на підставі викладеного КСУ дійшов висновку, що положення частини третьої статті 364 Кримінального кодексу не поширюється на державних виконавців та

інших працівників державної виконавчої служби».

3.3. Втручання в діяльність представника особи, вчинене працівником правоохоронного органу, має пов'язуватись з його (працівника) повноваженнями. Тобто втрутитись у діяльність представника особи (як потерпілого, передбаченого ст. 397 КК) може не будь-який працівник правоохоронного органу, а лише той, що наділений відповідними повноваженнями. Тому слід враховувати, що такі повноваження пов'язуються з участю працівника правоохоронного органу в кримінальному провадженні (тобто як учасника кримінального провадження). Це, у свою чергу, підтверджується положеннями п. «б» абз. 2 п. 1 ч. 1 ст. 2 Закону «Про державний захист працівників суду та правоохоронних органів», згідно з яким працівники правоохоронних органів, передбачені абз. 1 п. 1 ч. 1 ст. 2 цього Закону, беруть безпосередню участь відповідно у: а) розгляді судових справ у всіх інстанціях; б) кримінальному провадженні та провадженні у справах про адміністративні правопорушення; в) оперативно-розшуковій та розвідувальній діяльності; г) охороні громадського порядку і громадської безпеки; д) виконанні вироків, рішень, ухвал і постанов судів, постанов органів, що

здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, та прокурорів; е) контролі за переміщенням людей, транспортних засобів, товарів та інших предметів чи речовин через державний і митний кордон України; є) нагляді і контролі за виконанням законів.

3.4. Обов'язковою ознакою складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 365 КК, є суспільно небезпечні наслідки у вигляді істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб. Відповідно до п. 3 примітки до ст. 364 КК істотною вважається така шкода, яка в 100 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (далі – НМДГ). З урахуванням змісту ч. 2 ст. 22 Цивільного кодексу України збитки охоплюють такі «різновиди», як: 1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). Тобто при поєднанні положень п. 3 примітки до ст. 364 КК та ч. 2 ст. 22 ЦК для тлумачення поняття «істотна шкода» слід враховувати те, що зазначені «різновиди» збитків можуть

враховуватись у змісті такої істотної шкоди лише за умови, що вони **здатні обчислюватись у «грошових показниках»**, тобто у певній сумі кількості НМДГ.

3.5. При кваліфікації втручання в діяльність представника особи як учасника кримінального провадження шляхом використання іншим учасником кримінального провадження – працівником правоохоронного органу – свого службового становища слід враховувати **значення відмінних ознак** складів злочинів, передбачених ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК;

- ознака «службова особа» в ч. 2 ст. 397 КК є більшою та загальною за обсягом (змістом) стосовно працівника правоохоронного органу, тобто останній може за відповідних умов (службове становище, службові повноваження та ін.) визнаватись спеціальним різновидом службової особи. **З урахуванням цього поняття «службова особа» (ч. 2 ст. 397 КК) та «працівник правоохоронного органу» (ч. 1 ст. 365 КК) співвідносяться як загальне і спеціальне, а тому ч. 1 ст. 365 КК у контексті цих ознак є спеціальною нормою стосовно ч. 2 ст. 397 КК;**

- суспільно-небезпечні наслідки, які позначені у ч. 1 ст. 365 КК поняттям «істотна шкода охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян,

державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб», не виокремлені у складі злочину, передбаченого ч. 2 ст. 397 КК. Тому, якщо розглядати дезорганізацію порядку діяльності представника особи як результат (суспільно небезпечні наслідки) втручання, вчиненого службовою особою – працівником правоохоронного органу, – то цей результат (суспільно небезпечні наслідки) є загальним стосовно передбаченої в ч. 1 ст. 365 КК істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб. **З урахуванням цього ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК співвідносяться як загальне і спеціальне, у зв'язку з чим ч. 1 ст. 365 КК також є спеціальною нормою стосовно ч. 2 ст. 397 КК;**

- у ч. 1 ст. 365 КК не конкретизуються повноваження працівника правоохоронного органу, які він перевищує та які пов'язуються з його участю в кримінальному провадженні (як учасника такого провадження). Проте окремі орієнтири (їх «компоненти») повноважень учасника в тому числі кримінального провадження визначені у ч. 1 і ч. 2 ст. 397 КК, а саме такі повноваження, що пов'язуються зі «здійсненням правомірної діяльності представником особи по наданню

правової допомоги», «встановленими законом гарантіями ... діяльності» такого представника та його «професійної таємниці» (ч. 1). У ч. 2 ст. 397 КК така правомірна діяльність, її гарантії та професійна таємниця пов'язуються з повноваженнями службової особи та використанням нею свого службового становища. Отже, цих орієнтирів ст. 365 КК не містить, а тому **ч. 1 ст. 365 КК визнається загальною нормою по відношенню до спеціальної – ч. 2 ст. 397 КК.**

Таким чином, співставлення зазначених відмінних ознак ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК при розмежуванні передбачених ними складів злочинів дозволяє визначити подвійне співвідношення цих складів: з одного боку ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК співвідносяться як загальна та спеціальна, а з іншого, навпаки, – як спеціальна норма та норма загальна. Тому при кваліфікації вчиненого слід враховувати обидва варіанти, у зв'язку з чим кваліфікація лише за одною із таких норм буде неповною та невсебічною, тобто не буде враховувати спеціальні ознаки, передбачені в обох цих нормах. На цій підставі вважаю, що втручання в діяльність представника особи як учасника кримінального провадження, вчинене працівником правоохоронного органу шляхом використання ним його

службового становища, за наявності істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб може бути кваліфіковане за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК.

Висновки:

Проведене дослідження дозволяє дати наступні відповіді на запитання, поставлені на початку даної статті.

1. Поняття втручання в діяльність захисника чи представника особи (ст. 397 КК) охоплює будь-які прояви *протиправного впливу* на захисника та представника особи, що здійснюють правомірну діяльність по наданню такої правової допомоги (зокрема, в кримінальному провадженні), а саме: а) вчинення будь-яких перешкод до здійснення такої діяльності, порушення гарантій такої діяльності, що визначені, зокрема, у ч. 1 ст. 23 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», а також порушення професійної таємниці (зокрема, адвоката, який в кримінальному провадженні надає правову допомогу свідку та представляє його права, свободи та інтереси як учасника кримінального провадження). Вчинення такого втручання службовою особою, яка використовує своє службове становище, охоплює будь-які форми такого

втручання, що мають зв'язок з повноваженнями такої особи та використаним нею службовим становищем всупереч інтересам її служби.

2. Представником особи по наданню правової допомоги як потерпілим за ч. 1 ст. 397 КК визнається в тому числі адвокат, який надає правову допомогу свідку на підставі п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК. У п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК участь адвоката пов'язується з наданням ним правової допомоги свідку під час давання свідком показань та у проведенні інших процесуальних дій за участю свідка. При цьому на підставі вказівки у п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК повноваження адвоката мають бути підтвержені згідно зі ст. 50 КПК (ст. 50 КПК передбачає підтвердження повноважень захисника). Тобто підтвердження повноважень адвоката, який надає правову допомогу свідку на підставі п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК, є аналогічним (так би мовити «прирівняним») підтвердженню повноважень захисника. У цьому зв'язку потрібно звернути увагу на положення ч. 2 ст. 50 КПК, якими не допускається встановлення будь-яких додаткових вимог, крім пред'явлення захисником документа, що посвідчує його особу, або умов для підтвердження повноважень захисника чи для його залучення до участі в кримінальному провадженні. Порушення цієї «норми-заборони» (ч. 2 ст. 50 КПК) за певних

умов може визнаватись втручанням в діяльність представника особи та кваліфікуватись за ч. 1 ст. 397 КК. Отже, передбаченим в ч. 1 ст. 397 КК представником особи по наданню правової допомоги свідку в кримінальному провадженні є лише адвокат, який здійснює представництво прав, свобод та інтересів особи в державних органах (п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»), а також надання такій особі в кримінальному провадженні інших видів правової допомоги, які в п. 6 ч. 1 ст. 1 цього Закону передбачені, зокрема, як «надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань, правового супроводу діяльності клієнта, складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру, спрямованих на забезпечення реалізації прав, свобод і законних інтересів клієнта, недопущення їх порушень, а також на сприяння їх відновленню в разі порушення». Надання особі (свідку в кримінальному провадженні) правової допомоги, пов'язаної з представництвом її прав, свобод та інтересів в державних органах, а також надання інших видів правової допомоги є самостійними (окремими) видами адвокатської діяльності. Тому **поняття представника особи по наданню правової допомоги (ч. 1 ст. 397**

КК) охоплює в кримінальному провадженні такого його учасника як адвокат, який надає правову допомогу зазначених вище видів свідку під час давання показань та участі у провадженні інших процесуальних дій (п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК). Іншими представниками особи по наданню правової допомоги можуть бути, зокрема, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, представник персоналу органу пробації (п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК). Тобто поняття «представник особи по наданню правової допомоги» є більш широким за змістом ніж адвокат, який надає правову допомогу свідку на підставі п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК, та включає (охоплює) також інші види представництва в кримінальному провадженні.

3. При співвідношенні передбаченої ч. 2 ст. 397 КК ознаки «дії, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища» з відповідними ознаками перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу, передбаченими у ст. 365 КК, слід враховувати наступне:

1) передбачене у ст. 365 КК перевищення влади або службових повноважень відтворює зміст спеціальної норми (норм) стосовно загальної

(загальних), які передбачені у ст. 364 КК та визначають зловживання владою або службовим становищем. У свою чергу, ст. 365 КК та ч. 2 ст. 397 КК є спеціальними нормами стосовно ст. 364 КК, а тому використання службовою особою свого службового становища (ч. 2 ст. 397 КК) може пов'язуватись з перевищенням службових повноважень (ст. 365 КК);

2) ознака «службова особа» в ч. 2 ст. 397 КК є загальною стосовно працівника правоохоронного органу (ст. 365 КК), а тому поняття «службова особа» (ч. 2 ст. 397 КК) та «працівник правоохоронного органу» (ч. 1 ст. 365 КК) співвідносяться як загальне і спеціальне;

3) суспільно-небезпечні наслідки, які передбачені у ч. 1 ст. 365 КК як «істотна шкода охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб», не виокремлені у ч. 2 ст. 397 КК. Тому дезорганізація порядку діяльності представника особи як результат (суспільно небезпечні наслідки) втручання, вчинена службовою особою – працівником правоохоронного органу, – є загальним стосовно передбаченої в ч. 1 ст. 365 КК істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб. Тому ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК

співвідносяться як загальне і спеціальне, тобто ч. 1 ст. 365 КК є спеціальною нормою стосовно ч. 2 ст. 397 КК;

4) у ч. 1 ст. 365 КК не конкретизується повноваження працівника правоохоронного органу, які він перевищує та які пов'язуються з його участю в кримінальному провадженні (як учасника такого провадження). Окремі з орієнтирів повноважень учасника кримінального провадження конкретизовані у ч. 1 і ч. 2 ст. 397 КК, а саме такі повноваження, що пов'язуються з «здійсненням правомірної діяльності представником особи по наданню правової допомоги», «встановленими законом гарантіями ... діяльності» такого представника та його «професійної таємниці» (ч. 1). У ч. 2 ст. 397 КК така правомірна діяльність, її гарантії та професійна таємниця пов'язуються з повноваженнями службової особи та використанням нею свого службового становища. Тому при співвідношенні цих ознак складів злочинів ст. 365 КК є загальною нормою по відношенню до норми спеціальної – ч. 2 ст. 397 КК.

5) «подвійне» співвідношення цих складів ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК, у зв'язку з чим кваліфікація лише за одною із таких норм буде неповною та невсебічною. Відтак, втручання в діяльність представника особи як учасника кримінального провадження,

вчинене працівником правоохоронного органу шляхом використання ним його службового становища, за наявності істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб може бути за наявності інших необхідних обставин кваліфіковане за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК.

Die Gewährleistung der justiziellen Rechte im postsowjetischen Raum (Russland, Ukraine und Weißrussland) – eine vergleichende Analyse der gerichtlichen und administrativen Praxis am Massstab der EMRK

Oleg Schirinsky

Prof. Dr.

Lehrstuhl für Öffentliche Verwaltung

Juristische Fakultät der Staatsuniversität Minsk

Belarus

Die gegenläufigen Tendenzen in den drei Kernländern der ehemaligen UdSSR – Russland, Ukraine und Weißrussland – verursachen heutzutage tiefe Besorgnis in Europa. Die frühere klare Vorstellung über die Verhältnisse auf dem Staatsgebiet der ehemaligen Sowjetunion – wobei Russland ein Partnerland sei, die Ukraine als ein potenzieller Beitrittskandidat anzusehen sei und Weißrussland als ein Sorgenkind ohne wirklich große Probleme gelte – trifft nicht mehr zu.

Das heutige Bild ist fast das Gegenteil dessen, was noch vor ein paar Jahren selbstverständlich war: Weißrussland sucht jetzt eine Annäherung an die EU und den Europarat und spielt zudem eine konstruktive Rolle bei der Friedenssicherung im Osten der Ukraine. Umgekehrt droht Russland mit dem Austritt aus dem Europarat und hat die Rechtsbindung der

EGMR-Urteile in einem Beschluss auf Anfrage von Duma-Abgeordneten faktisch aberkannt¹. Die Ukraine hat zwar eine Assoziierung mit der EU fast zugesagt bekommen, muss jedoch dabei massenhafte Verletzungen der Menschenrechte auf ihrem Staatsgebiet hinnehmen. Die nicht mehr vorhandene Staatsintegrität infolge der Annexion der Halbinsel Krim und der Verlust der Grenzkontrolle in der Donbass-Region haben die Perspektive des EU-Beitritts für die Ukraine in weite Ferne gerückt, worüber offen gesprochen wird².

In diesem Beitrag soll auf die politischen Aspekte nicht näher eingegangen werden, vielmehr wird politisch neutral die Wirksamkeit des Menschenrechtsschutzes in den betroffenen Ländern untersucht. Die wichtigste Grundlage dafür stellt die EMRK dar. Die Ukraine und Russland sind der EMRK am 11.09.1997

¹ Beschluss des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation (RF) № 21-II/2015 vom 14.07.2015. Abrufbar in russischer Sprache unter: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision201896.pdf> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

² So zum Beispiel die Äußerung vom Vorsitzenden der EU-Kommission *Jean-Claude Juncker*. Abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/eu-juncker-schliesst-beitritt-der-ukraine-fuer-jahrzehnte-aus-14104445.html> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

entzogen werden. Art. 5 Abs. 1 Buchst. a) bis f) nennt diese Fälle abschließend und spricht jedes Mal von „rechtmäßiger Festnahme oder rechtmäßiger Freiheitsentziehung“ („*lawful arrest or detention*“). Die Rechtmäßigkeit einer freiheitseinschränkenden Maßnahme liegt etwa dann vor, wenn sie keinen Freiheitsentzug an sich, sondern eine unumgängliche Nebenfolge bei der Durchführung notwendiger Verfahrenshandlungen darstellt⁸. Fehlt es dabei an der Rechtmäßigkeit, liegt ein Verstoß gegen Art. 5 wegen *unlawful deprivation of liberty* vor.

Jeder festgenommenen Person muss nach Abs. 2 unverzüglich in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, aus welchem Grund ihre Festnahme erfolgte und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden. Über die Rechtmäßigkeit der Festnahme beziehungsweise über die Entlassung der festgenommenen Person entscheidet der Richter nach Abs. 3 und 4 innerhalb angemessener Frist. Schließlich hat jede Person, die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, Anspruch auf Schadensersatz, Art. 5 Abs. 5.

Rechtmäßige Festnahme oder rechtmäßige Freiheitsentziehung,

⁸ *Shimovolos v. Russia* (Application no. 30194/09, § 50). Abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2230194%2F09%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRAND-CHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-105217%22%5D%7D>

Art. 5 Abs. 1 Buchst. a) bis f)

Problematisch sind in dieser Hinsicht vor allem die Fälle von Festnahmen oppositioneller Politiker in Russland und Weißrussland sowie die massenhaften Festnahmen von Verdächtigen, die angeblich Straftaten gegen die Staatsgewalt in der Ost-Ukraine begangen haben sollen. Im neusten Fall *Kasparov*⁹ stellte der EGMR einstimmig die Verletzung von Art. 5 Abs. 1 fest. Ein Oppositionspolitiker wollte mit seinen Anhängern in die russische Stadt Samara zum EU-Russland Gipfel anreisen. Am Moskauer Flughafen *Sheremetyevo* wurde er von einem Polizeioffizier aufgehalten und aufgefordert, wegen Verdachts der Flugticket-Fälschung zur Befragung in die Polizeistation am Flughafen mitzukommen. Die Befragung war sehr intensiv und dauerte über 5 Stunden. Herr *Kasparov* verpasste seinen Flug. Sein Pass wurde beschlagnahmt. Obwohl keine offizielle Anklage gegen *Kasparov* erhoben wurde, nahm der EGMR trotzdem *deprivation of liberty* an. Zum einen hatte der Beschwerdeführer praktisch keine Wahl, als dem Polizeioffizier zu folgen. Er tat es angesichts des verpassten Fluges auch unfreiwillig. Zudem konnte er die Station nicht verlassen, da vor der Tür ständig ein bewaffneter Beamter stand und

[Letzter Zugriff am 5. März 2017]; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 6), § 21 Rn. 6 Fn. 28 m. w. N.

⁹ *Case of Kasparov v. Russia* (Application no. 53659/07, §§ 45-47, 55). Abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167094> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

den Ausgang versperrte. Das angeblich gefälschte Flugticket wurde mehrmals und intensiv vor den Augen des Klägers untersucht, so dass er annehme konnte, dass eine strafrechtliche Untersuchung gegen ihn eingeleitet wurde. Das Fehlen einer strafrechtlichen Anklage bedeute nach Auffassung des Gerichts nicht, dass es keine Festnahme und *deprivation of liberty* war. Im Gegenteil erfolgte die faktische Festnahme ohne jegliche Grundlage und wurde sogar nicht einmal registriert. Hierin lag ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK vor.

Im Falle eines anderen Oppositionspolitikers, *Alexei Navalny*, war der EGMR hingegen sehr zurückhaltend. Er wies die Behauptung des Beschwerdeführers zurück, seine zahlreichen Festnahmen und die darauffolgende Verurteilung zu fünf Jahren auf Bewährung wegen Veruntreuung seien politisch motiviert. Das Verfahren wurde zwar als unfair bemängelt, aber an sich als rechtmäßig anerkannt¹⁰. Daraufhin hob das Oberste Gericht RF in seiner Entscheidung vom 16.11.2016 das Urteil auf und verwies die Sache erneut zur Neubehandlung an das untere Gericht¹¹. Darin kann liegt ein deutlich Signal, dass sich Russland weiter zumindest teilweise an die Rechtsprechung des

EGMR halten will. Allerdings kann bei der erneuten Verhandlung die Freiheitsstrafe auf Bewährung in eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung umgewandelt werden. Solche Präzedenzfälle gab es schon in der russischen Rechtspraxis¹².

Der EGMR stellte in den letzten Jahren in der russischen Gerichts- und Verwaltungspraxis nicht nur einzelne Verletzungen des Rechts auf Freiheit aus Art. 5, sondern auch systematische Mängel fest. So erklärte er im Fall *Zherebin* die Bestimmungen der StPO RF, die die Verlängerung der Untersuchungshaft auf einen begründeten Antrag des Staatsanwalts hin ermöglichen, für konventionswidrig. Nach der heutigen Rechtslage muss die inhaftierte Person die vom Staatsanwalt angeführten Gründe für eine Verlängerung der Haft widerlegen. Die Verlagerung der Beweislast auf die inhaftierte Person ist nach Auffassung des EGMR nicht mit Art. 5 vereinbar. Ob es in diesem Zusammenhang zu einer Änderung der StPO RF kommen wird, ist angesichts der Erklärung der russischen Regierung über den nicht rechtsverbindlichen Charakter von EGMR Urteilen sehr zweifelhaft.

¹⁰ *Case of Navalnyy and Ofitserov v. Russia* (Applications nos. 46632/13 and 28671/14, §§ 119-121). Abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161060#%7B%22itemid%22:%5B%22001-161060%22%7D> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

¹¹ Entscheidung des Obersten Gerichts RF №155III16 vom 16.11.2016 (*Kirovles*). Abrufbar in russischer Sprache unter:

http://www.vsr.ru/vs_cases3.php?card=1&name_comp=%CD%E0%E2%E0%EB%FC%ED%FB%E9&number_comp=&search.x=22&search.y=11 [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

¹² Siehe zum Beispiel den Bericht der Zeitung „*Gazeta*“. Abrufbar unter: <https://www.gazeta.ru/social/2016/11/16/10335953.shtml#page3> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

Nicht nur Oppositionspolitiker, sondern auch die eigenen Polizeibeamten können in Russland ins Visier des *Federal Security Bureau (FSB)* geraten, das allmählich den alten Einfluss auf die gesamte Gesellschaft zurück zu erobern scheint. So wurde der russische Polizeibeamte *Oleynik* vom FSB aufgrund einer Anzeige festgenommen und von 18 Uhr bis 4 Uhr am Folgetag im FSB-Büro verhört. Dabei wurde seine Festnahme nicht registriert und keine offizielle Anklage erhoben. Der Rechtsstatus der festgenommenen Person konnte deswegen nicht bestimmt werden, was zur vollständigen Versagung seiner Verfahrensgarantien führte. Darin sah der EGMR einen gravierenden Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1¹³.

The Court therefore lent credence to Mr Oleynik's version of events according to which, as he was being questioned about the circumstances of the offence, he had not been free to leave and had been kept in detention at least from 6 p.m. on 3 February 2006 until 4 a.m. the following day. The Court also considered that **the absence of a report on the applicant's apprehension confirming his procedural status** during that period was to be regarded as an indication of unacknowledged detention, a situation that amounted to **a complete negation of the guarantees** that had to

be afforded to persons deprived of their liberty and constituted an extremely serious violation of Article

Den wachsenden Einfluss des russischen Geheimdienstes zeigt der Fall *Savchenko*, in dem es um einen möglichen Einsatz russischer Sicherheitskräfte auf fremdem Staatsgebiet geht. Die ukrainische Soldatin *Savchenko* wurde nach ukrainischer Version in der Nähe von ukrainischer Stadt *Lugansk* von Separatisten gefangengenommen und dann an die russischen Sicherheitskräfte übergeben. Die russische Regierung besteht hingegen darauf, dass die Festnahme *Savchenko's* in der Nähe von *Rostov*, also schon auf russischem Staatsgebiet stattfand. Der Fall wurde am 14.07.2014 vor den EGMR gebracht, der ihm Priorität einräumte.

The application, *Savchenko v. Russia* (no. 50171/14), was lodged with the Court on 14 July 2014, it has been granted priority. In her application Ms Savchenko relies on Articles 5 (right to liberty and security) and Article 6 (right to a fair trial within a reasonable time) of the European Convention on Human Rights¹⁴. Mittlerweile wurde *Savchenko* gegen zwei russische Militärgefangene ausgetauscht; der Fall wird jedoch weiter behandelt. Die Umstände des Falles müssen genau untersucht werden. Wenn es sich bestätigt, dass die Festnahme

¹³ *Case of Oleynik v. Russia* (Application no. 23559/07). Abrufbar unter: [http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22fulltext%22:\[%2223559/07%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22fulltext%22:[%2223559/07%22]) [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

¹⁴ *Case of Savchenko v. Russia* (Application no. 50171/14). Abrufbar unter: [http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22fulltext%22:\[%22Savchenko%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22fulltext%22:[%22Savchenko%22]) [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

Savchenko's auf fremdem Staatsgebiet stattfand, kann sie als *unlawful detention* qualifiziert werden. In einem ähnlich gelagerten Fall wurde die Festnahme auf dem Territorium eines fremden Staates ohne dessen Zustimmung als konventionswidrig angesehen¹⁵.

In der *Ukraine* hat sich die Situation mittlerweile so dramatisch entwickelt, dass es nicht nur zu Verstößen gegen einzelne Verfahrensgarantien kommt, sondern die Konventionsmäßigkeit des gesamten Gerichtssystems in Frage steht. Vor allem in den umkämpften Gebieten im Osten werden Menschen von ukrainischen Sicherheitskräften massenhaft wegen des Verdachts des Separatismus verhaftet. Ob die Beamten dabei mit der erforderlichen Sorgfalt vorgehen, ist zu bezweifeln. Angesichts der kurzen Zeit wurden noch keine Beschwerden vor den EGMR gebracht. In den nächsten drei Jahren ist allerdings mit einer Beschwerdewelle zu rechnen.

Was die Tätigkeit der Sicherheitskräfte in den selbst ausgerufenen *Volksrepubliken Donezk und Lugansk* angeht, kann sie gerichtlich kaum kontrolliert werden. In den von Separatisten besetzten Gebieten besteht ein grundsätzliches Problem der Gesetzmäßigkeit der rechtsprechenden Gewalt. Der EGMR sieht zwar diese vom internationalen Recht nicht anerkannten Gerichte unter besonderen Voraussetzungen

als „*established by law*“ an. Gleichzeitig legt er aber an diese Gerichte dieselben strengen Kriterien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit an wie bei „ordentlichen“ innerstaatlichen Gerichten. Entscheidend ist, dass eine konventionskonforme Rechtstradition bei der Einrichtung des Gerichtssystems zugrunde gelegt wurde und damit die Rechtsunterworfenen in den Genuss von Verfahrensgarantien der EMRK kommen können:

In certain circumstances, a court belonging to the judicial system of an entity **not recognised under international law** may be regarded as a tribunal “established by law” provided that it forms part of a judicial system operating on a “constitutional and legal basis” reflecting a judicial tradition compatible with the Convention, **in order to enable individuals to enjoy the Convention guarantees** (see, *mutatis mutandis*, *Cyprus v. Turkey*, cited above, §§ 231 and 236-37).

Ob die Gerichte der *Volksrepubliken Donezk und Lugansk* diesen Anforderungen noch genügen, ist äußerst fraglich. Die beiden Volksrepubliken knüpfen bei der Einrichtung ihrer Gerichtssysteme an die alte sowjetische Rechtstradition an. Die frühere Rechtsprechung des EGMR sah jedoch die nach dem sowjetischen Muster etablierten Gerichte der *Moldawischen Republik von Transnistrien*

¹⁵ *Case of Öcalan v. Turkey* (Application no. 46221/99, § 85). Abrufbar unter: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-69022%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-69022%22]}) [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

(MRT) nicht als konventionskonform an. Dabei war und ist die Lage im Transnistrien bei weitem nicht so dramatisch wie im Osten der Ukraine.

1. The Court notes that the parties were asked, with specific reference to its case-law, to comment on the question whether the “MRT courts” could order the applicant’s lawful arrest and detention within the meaning of Article 5 § 1 of the Convention. Moreover, they were asked to comment on the specific legal basis for the applicant’s detention in the “MRT”. The Moldovan Government commented briefly that the legal system of the “MRT” was based on the former Soviet system and that the “MRT” courts lacked independence and impartiality (see paragraph 130 above).

2. In sum, the Court concludes that its findings made in *Ilaşcu and Others* (cited above, §§ 436 and 460-462) are still valid with respect to the period of time covered by the present case. It therefore finds that the “MRT courts” and, by implication, any other “MRT authority”, could not order the applicant’s “lawful arrest or detention” within the meaning of Article 5 § 1 (c) of the Convention. Accordingly, the applicant’s detention based on the orders of the “MRT courts” was unlawful for the purposes of that provision.

Als eine mögliche Lösung kann auf die georgische Road-Map verwiesen werden. In Georgien versuchte die Staatsführung, den internen Konflikt in den Provinzen *Süd-Ossetien, Abkhazia und Adjaria* dadurch beizulegen, dass eine Verfassungsreform zur Verteilung der Kompetenzen zwischen dem Zentrum und den autonomen Provinzen eingeleitet wurde. Leider kam das Verfassungsänderungsgesetz nicht zustande.

3. On 20 April 2000 the Constitution was amended by a constitutional law which replaced the term “Ajaria” with “Ajarian Autonomous Republic” and added a third paragraph to Article 3 of the Constitution, which reads:

“The status of the Ajarian Autonomous Republic shall be determined by a constitutional law on the status of the Ajarian Autonomous Republic.”

On 10 October 2002 the Georgian Parliament enacted a constitutional law containing similar amendments and additions with respect to Abkhazia. It has not passed any similar legislation with respect to the Tskhinvali region (formerly, the “Autonomous District of South Ossetia”)¹⁶.

In der Ukraine besteht immer noch die Chance, im Rahmen der Minsker Abkommen eine Verfassungsreform durchzuführen. Allerdings

¹⁶ *Case of Assanidze v. Georgia* (Application no. 71503/01, § 109). Abrufbar unter: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61875%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61875%22]}) [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

kann sich der ukrainische Staat dadurch nicht von der Verantwortung befreien. Wie im Falle Georgiens muss auch in der Ukraine die Zentralgewalt im gesamten Staatsgebiet die Einhaltung der Konventionsrechte gewährleisten.

4. The Court thus emphasises **that the higher authorities of the Georgian State are strictly liable under the Convention for the conduct of their subordinates** (see *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, p. 64, § 159). It is only the responsibility of the Georgian State itself – not that of a domestic authority or organ – that is in issue before the Court. It is not the Court's role to deal with a multiplicity of national authorities or courts or to examine disputes between institutions or over internal politics (Case of *Assanidze v. Georgia*, Application no. 71503/01, § 149)¹⁷.

Freiheitsentziehungen bei Minderjährigen, Art. 5 Abs. 1 (d)

Zu spezifischen Fällen der Freiheitsentziehungen bei Minderjährigen zum Zweck überwachter Erziehung oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde nach Art. 5 Abs. 1 (d) gibt es nur wenig Spruchpraxis des EGMR. Angesichts der zunehmenden Wirtschaftskrise in allen drei Staaten ist davon auszugehen, dass die Anzahl von Kindern in Notsituationen ansteigen wird.

Russland hat versucht, Minderjährige in geschlossene Untersuchungshaftanstalten einzuweisen, anstatt sie in Spezialeinrichtungen mit geschultem Lehrpersonal zum Zweck überwachter Erziehung unterzubringen. Obwohl in den Haftanstalten geeignete Klassenräume vorhanden waren und entsprechende Verträge mit örtlichen Schulen über die Erteilung der nötigen Unterrichtsstunden abgeschlossen wurden, erklärte der EGMR diese Praxis für konventionswidrig. Neben einer Verletzung von Art. 5 Abs. 1 stellte er auch einen Verstoß gegen Art. 3 (Verbot der Folter) fest.

166. ...in the context of the detention of minors, the words “educational supervision” must not be equated rigidly with notions of classroom teaching: **in the context of a young person in local authority care, educational supervision must embrace many aspects of the exercise, by the local authority, of parental rights for the benefit and protection of the person concerned** (see *P. and S. v. Poland*, no. 57375/08, § 147, 30 October 2012; *D.G. v. Ireland*, no. 39474/98, § 80, ECHR 2002-III; and *Koniarska v. the United Kingdom*, (dec.), no. 33670/96, 12 October 2000)¹⁸.

Entscheidung über die Festnahme innerhalb angemessener Frist, Art. 5 Abs. 3

¹⁷ *Case of Assanidze v. Georgia* (Fn. 16).

¹⁸ *Case of Blokhin v. Russia* (Application no. 47152/06, § 166). Abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22full->

text%22:[%22blokhin%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-161822%22]} [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

Im Fall *Belousov/Bolotnaya Demonstranten*, in dem es um die Inhaftierung von Oppositionellen nach deren Protesten gegen Wahlfälschungen bei Parlamentswahlen ging, stellte der EGMR eine Verletzung von Art. 5 Abs. 3 fest. Die Festnahme und die monatelange Inhaftierung von *Belousov* aufgrund einer angeblich schweren Straftat war nach Auffassung des Gerichts nicht zu rechtfertigen. Die Schwere der Tat soll darin bestanden haben, dass bei den Protesten Parolen gerufen und kleine Gegenstände in Richtung der Polizeibeamte geworfen wurden, wobei allerdings niemand verletzt wurde. Als zusätzlicher Grund für einen Verstoß nannte der EGMR den kollektiven Charakter der Festnahme ohne individuelle Beurteilung der Situation.

5. Having regard to the material in its possession, the Court notes that the Government have not put forward any fact or argument capable of persuading it to reach a different conclusion in the present case. Indeed, the specific acts imputed to the applicant – shouting political slogans (classified as a grave offence) and throwing an unidentified yellow object which hit a police officer, causing no lasting harm (classified as a

medium-gravity offence), were not of a gravity justifying the pre-trial detention in itself, especially at the advanced stages of the proceedings (see *Kovyazin and Others*, cited above, § 84, and the cases cited therein). Moreover, the applicant's detention was extended by the same collective orders as those of his co-defendants, without any individual assessment of his situation (*ibid.*, §§ 92-93).

6. There has accordingly been a violation of Article 5 § 3 of the Convention¹⁹.

Anspruch auf Schadensersatz, Art. 5 Abs.5

Jede Person, die unter Verletzung des Art. 5 von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, hat gemäß Abs. 5 Anspruch auf Schadensersatz. Dieses Entschädigungsrecht wurde durch die Spruchpraxis des EGMR zu einem selbstständigen Recht²⁰. Die Konventionsstaaten verpflichten sich zur Auszahlung einer Entschädigung an die unrechtmäßig festgenommene Person unabhängig von der Schuld der Rechtspflegeorgane oder einzelner Amtsträger. Entsprechende Gesetze wurden erlassen²¹. Es gibt allerdings zwei Ausnahmetatbestände: wenn die betreffende Person sich

¹⁹ *Case of Belousov v. Russia* (Application no. 1748/02, §§ 137-138). Abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2260980/14%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22JUDGMENTS%22%2C%22RESOLUTIONS%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-166937%22%7D> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

²⁰ *Dmitro Luspenik* (ukr.), Art. 5 EMRK und die Gewährleistung des Rechts auf Schadensersatz

(Дмитро Луспенік. Стаття 5 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод і право на відшкодування шкоди у судовій практиці). Abrufbar unter: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1439> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

²¹ Zum Beispiel § 107 Abs. 2 Zivilkodex der RF und § 1176 Abs. 5 Zivilkodex der Ukraine sehen die Auszahlung eines Schadensersatzes im Falle einer rechtswidrigen Festnahme vor.

selbst für schuldig erklärt hat²² oder wenn von der Staatskasse bereits eine Entschädigung aufgrund eines rechtskräftigen Urteils geleistet wurde und der Betreffende gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel eingelegt hat. Aus letzterem Grund erklärte der EGMR im Fall *Razzakov*²³ die Beschwerde gegen seine an sich unrechtmäßige Festnahme für unzulässig.

As regards the complaint under Article 5, the Court found that Mr Razzakov could no longer claim to be a victim regarding his unlawful detention from 26-28 April 2009 as he had accepted the damages awarded to him by the Russian courts. Given that he had not appealed against the judgment awarding him the damages, it could be assumed that he was satisfied with the amount of compensation. The Court concluded that the compensation amounted to appropriate and sufficient redress. It accordingly declared the complaint under Article 5 inadmissible.

Die Einbindung von Weißrussland in das Rechtssystem der EMRK

Die schwere wirtschaftliche Krise und der drastische Einbruch der Handelsumsätze mit

Russland und der Ukraine ist Anlass für die weißrussische Staatsführung, eine Normalisierung der Beziehungen mit der EU und den USA anzustreben. Die Achtung der Menschenrechte ist dafür unerlässliche Voraussetzung. Die Freilassung aller politischen Gefangenen führte zur Anerkennung der weißrussischen Parlamentswahlen im September 2016²⁴. Dabei kam es erstmals seit 1996 zu offiziellen Kontakten zwischen dem weißrussischen Parlament und dem Deutschen Bundestag²⁵.

Die Gewährleistung des Rechts auf Freiheit und Sicherheit in Weißrussland unterscheidet sich derzeit kaum von der in anderen GUS-Staaten. Weißrussland steht hier nicht schlechter da als die übrigen Konventionsstaaten der ehemaligen UdSSR, die die übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht in vollem Umfang befolgen. Dabei können sogar die oppositionellen Massenmedien keinen Fall einer unrechtmäßigen Festnahme nennen, der mit Folter oder unmenschlicher Behandlung in Zusammenhang stünde. Die Aktivitäten der politischen Opposition in Weißrussland sind zurzeit sehr gering. Allerdings war es in der Vergangenheit zu Verhaftungen von Oppositi-

²² *Dmitro Luspenik* (Fn. 18) m. w. N.

²³ *Case of Razzakov v. Russia* (Application no. 57519/09, §§ 70-73). Abrufbar unter: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-150790%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-150790%22]}) [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

²⁴ Der letzte politische Gefangene nach Meinung der EU war *Nikolai Statkevich*, der vom weißrussischen Präsidenten am 22.08.2015 begnadigt war. Pressemittei-

lung. Abrufbar unter: <http://belsat.eu/ru/news/lukashenko-pomiloval-statkevicha-i-drugih-politzyaklyuchennyh/> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

²⁵ Pressemitteilung über den offiziellen Besuch der Abgeordnete des Bundestages *Oliver Kaczmarek* und *Ute Finckh-Krämer*. Abrufbar unter: <http://euroradio.fm/ru/bundestag-snyal-zapret-na-kontakty-s-beloruskim-parlamentom> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

onspolitikern aus erfundenen Gründen gekommen. So gab es bei einer Kundgebung der Opposition eine Reihe von Festnahmen wegen Störung der öffentlichen Ordnung, wobei die Demonstranten vor den Regierungsgebäuden lediglich applaudiert hatten²⁶. Da Weißrussland immer noch kein Konventionsstaat ist, kann dieser Sachverhalt nicht vor den EGMR gebracht werden. Aus der ständigen Rechtsprechung des EGMR lässt sich allerdings ableiten, dass es keinen Grund zur Festnahme applaudierender Menschen geben kann und darin sehr wahrscheinlich einen Verstoß gegen Art. 5 zu sehen ist.

Das weißrussische Justizsystem insgesamt braucht selbstverständlich eine Reform. Mangels Beitritts ist Weißrussland an die EMRK aber völkerrechtlich nicht gebunden. Immerhin hat das weißrussische Parlament seit dem Jahr 2004 wiederholt den Beitrittsantrag beim Europarat gestellt und die Bereitschaft zur Übernahme von in der EMRK enthaltenen völkerrechtlichen Verpflichtungen erklärt. Die innenpolitische Situation führte leider zu einer erneuten Ablehnung des Antrags²⁷. Hier soll eine Kompromisslösung vorgeschlagen werden, um auch Weißrussland an die Konventionsgarantien zu binden. Anstatt der vom Europarat

geforderten Unterzeichnung des Zusatzprotokolls Nr. 6 „Über die Abschaffung der Todesstrafe in Friedenszeiten“ könnte der weißrussische Präsident ein Moratorium für die Vollstreckung von Todesurteilen einführen, wozu er sich auch bereit erklärt hat. Dies kann Menschenleben retten und Weißrussland an die EMRK binden.

Gewährleistung des Rechts auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6

Das Recht auf ein faires Verfahren garantiert den Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen Gericht, das in einem geordneten Verfahren innerhalb einer angemessenen Zeit in der Sache verbindlich entscheidet.

Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts, Art. 6 Abs. 1

Die Unabhängigkeit des Gerichts setzt voraus, dass die handelnden Richter von außen nicht beeinflusst werden können (äußere Unabhängigkeit) sowie in den Beziehungen zueinander unabhängig sind (innere Unabhängigkeit). In der letzten Zeit ist jedoch in Russland und in der Ukraine infolge innerpolitischer Kämpfe in dieser Hinsicht eine Verschlechterung eingetreten. Zahlreiche Vereinigungen und Verbände, die eigentlich die Zivilgesellschaft stärken sollen, werden von etablierten

²⁶ Pressemitteilung. Abrufbar unter: http://naviny.by/rubrics/society/2011/07/20/ic_media_video_116_5802 [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

²⁷ Siehe Mitteilung des Europarats: "Belarus Parliament's request for restoration of special guest status rejected". Parliamentary Assembly session: 26 – 30

January 2004. Abrufbar unter: http://www.coe.int/T/E/Com/Files/PA-Sessions/Jan-2004/news_belarus.asp [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

Machtkreisen in der Praxis zur Verfolgung eigener Interessen instrumentalisiert. Das hat einen unmittelbaren Einfluss auf das ganze Justizsystem. Neue Entscheidungen des EGMR gegen die Ukraine zeigen dies deutlich. So fehlt es an Unabhängigkeit, wenn in einem Verfahren, in dem der Kläger Vorsitzender einer regionalen Richtervereinigung ist, der Vorsitzende Richter und seine Beisitzer dem Druck dieser Richtervereinigung ausgesetzt sind²⁸. Ebenso ist der Grundsatz der Unabhängigkeit verletzt, wenn in Disziplinarverfahren gegen Richter das zuständige Organ nur zu einem kleinen Teil mit Richtern besetzt wird, der Großteil der Entscheidungsträger hingegen direkt von Gesetzgebungs- oder Verwaltungsorganen ernannt wird. Der EGMR hielt in diesem Fall die strukturellen Probleme des ukrainischen Gerichtssystems für einen Verstoß gegen die richterliche Unabhängigkeit²⁹. Für Russland gilt dies ebenfalls seit 2014 mit der Verschlechterung seiner Beziehungen zur EU und zum Europarat infolge der ukrainischen Krise. Beide Staaten müssen diese Tendenzen überwinden. Sonst werden sie bald mit einer

Flut der Klagen vor dem EGMR zu rechnen haben.

Bei der Gewährleistung richterlicher Unparteilichkeit muss Russland zudem der Neigung russischer Richter, der Anklage zu folgen, vorbeugen. Für eine solche Neigung spricht zunächst der bis zu zehnmals kleinere Anteil der Freisprüche bei Berufsrichtern im Vergleich zu Geschworenen³⁰. Russische Richter verstehen sich als Teil des Staatsapparates und bilden nach ihrer Vorstellung gemeinsam mit den Untersuchungsführern und Staatsanwälten eine Front gegen die Kriminalität. Das führt oft dazu, dass die Richter die Aufgaben der Anklageseite übernehmen und nicht mehr unparteilich agieren. Der Fall *Ozerov* zeigt in typischer Weise die Defizite der Aufgabenzuordnung zwischen der Anklageseite und dem erkennenden Richter im russischen Strafverfahren. Richterliche Unparteilichkeit ist nicht mehr gegeben, wenn der Richter bei der Beweisaufnahme den Staatsanwalt ersetzt. In Russland ist das aber verbreitete Praxis³¹. Das gleiche gilt

²⁸ *Case of Gazeta Ukraina-Tsentr. v. Ukraine* (Application no. 16695/04, § 34). Abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2216695%2F04%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-99854%22%5D%7D> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

²⁹ *Case of Volkov v. Ukraine* (Application no. 21722/11, §§ 130-131). Abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2221722%2F11%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-115871%22%5D%7D> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

³⁰ *Khaldeev* (russ.), *Der Richter im Strafprozess* (Судья в уголовном процессе), Moskau 2000, 117.

³¹ *Case of Ozerov v. Russia* (Application no. 64962/01, §§ 50-54). Abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22:%5B%22%2F%22CASE%20OF%20OZEROV%20v.%20RUS-SIA%22%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-98531%22%5D%7D> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

court) als Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1.

Für Russland stellen die großen Entfernungen und die Erreichbarkeit von Gerichtsstandorten das Hauptproblem dar. Im Fall *Kormacheva*³⁸ setzte sich der EGMR mit der Frage der Organisation des russischen Gerichtssystems unter diesem Aspekt auseinander und stellte dabei bestimmte Defizite fest. Die mangelnde Finanzierung der Gerichte und die Verringerung ihrer Anzahl infolge der Wirtschaftskrise hat dieses Problem noch verschärft.

Für die Ukraine ist der Zugang zum Gericht in den abtrünnigen Provinzen der Donbass-Region nicht gewährleistet, worauf schon oben eingegangen wurde³⁹. Der Status der einst ukrainischen Halbinsel Krim muss zudem noch geklärt werden. Faktisch gehört die Krim jetzt zum russischen Staatsgebiet. Die internationale Gemeinschaft hat die Annexion der Halbinsel jedoch nicht anerkannt⁴⁰. In dieser Hinsicht stellt sich die Frage für den Zugang zum Gericht zumindest für diejenigen ukrainischen Staatsbürger auf der Krim, die die Annahme der russischen Staatsbürgerschaft verweigert

haben und nach wie vor die ukrainischen Gerichte anrufen wollen.

Weißrussland kennt zwar die Probleme großer Entfernungen oder des Separatismus nicht, hat aber trotzdem Probleme mit dem Zugang zum Verfassungsgericht. Nach Meinung des ehemaligen Vorsitzenden des Verfassungsgerichts *Grigorij Vasilevich* muss der Zugang für die klagenden Bürger erleichtert werden. Zurzeit haben weißrussische Kläger nämlich keinen direkten Zugang zum Verfassungsgericht. Ein Kläger muss seinen Antrag zuerst bei einem der obersten Staatsorgane (Präsident, Regierung, Oberstes Gericht, Parlament) einreichen, das dann über die Eröffnung des Verfassungsrechtsweges nach seinem Ermessen entscheidet⁴¹. In Weißrussland stand auch oft die Gewährleistung des Grundsatzes der Öffentlichkeit (*public hearing*) in der Kritik. Nach der Entscheidung des weißrussischen Obersten Gerichtes ist jetzt die Tonaufnahme des Verfahrens grundsätzlich erlaubt. Früher durfte sie nur mit der Erlaubnis des verhandelnden Richters stattfinden⁴².

Die Unschuldsvermutung, Art. 6 Abs. 2

³⁸ *Case of Kormacheva v. Russia* (Application no. 53084/99, §§ 54-55). Abrufbar unter: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22docname%22:\[%22Kormacheva%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-61606%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22docname%22:[%22Kormacheva%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-61606%22]}) [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

³⁹ Siehe oben S. 7 f.

⁴⁰ UNGA Resolution „Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol (Ukraine). Zum ersten Mal nennt die

UN-Generalversammlung die Krim als ein durch Russland besetztes Territorium.“ <http://www.unian.info/politics/1687011-un-general-assembly-votes-for-resolution-on-human-rights-in-crimea.html> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

⁴¹ Interview des Vorsitzenden des weißrussischen Verfassungsgerichts a. D. *Grigorij Vasilevich*. Abrufbar unter: <http://www.sb.by/articles/pravo-na-konstitutsionnoe-pravosudie-dolzno-byt-dostupnym.html>. [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

⁴² Entscheidung des Plenums des Obersten Gerichtes Republik Belarus vom 20.12.2013 №11. Abrufbar

Aufgrund ungehemmter Berichterstattung in den Massenmedien gerät die Unschuldsvermutung als eine der verfahrensrechtlichen Kerngarantien vor allem in Russland zunehmend unter Druck⁴³. Organisierte Kriminalität, Terrorismus und Söldnertätigkeit sind sensible Bereiche, in denen die öffentliche Meinung leicht zu beeinflussen ist. Dabei neigen auch Gerichte dazu, in „vereinfachten“ Verfahren die Schuld eines Angeklagten anzunehmen. So sah ein russisches Gericht die Schuld eines in einem früheren Strafverfahren Angeklagten als festgestellt an, obwohl das Strafverfahren gegen diesen Angeklagten wegen seines zwischenzeitlichen Todes eingestellt worden war. Seine Mitangeklagten mussten sich allerdings in einem anschließenden Zivilverfahren gegen eine Schadensersatzklage zur Wehr setzen. Die angenommene Schuld des verstorbenen (Haupt)Angeklagten belastete sie dabei schwer. Der EGMR sah darin eine Verletzung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung.

in russischer Sprache unter: http://court.by/jurisprudence/Post_plen/general/b508a0b355b551ef.html [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

⁴³ Siehe dazu: „EU strategic communications with a view to counteracting propaganda“. – In-depth analysis. Policy Department of the European Parliament. Abrufbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/578008/EXPO_IDA\(2016\)578008_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/578008/EXPO_IDA(2016)578008_EN.pdf) [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

⁴⁴ *Case of Vulakh and others v. Russia* (Application no. 33468/03, § 32). Abrufbar unter: [doc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Vulakh%20and%20Others%20v.%20Russia%20\(no.%2033468/03\)%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-108500%22\]} \[Letzter Zugriff am 5. März 2017\].

Court finds that the declarations by the Russian courts to the effect that Mr Vitaliy Vulakh had been the head of a criminal gang which had committed serious crimes under his leadership, before he was convicted, amounted to a breach of his right to be presumed innocent \(compare *Popovici v. Moldova*, nos. 289/04 and 41194/04, §§ 76-79, 27 November 2007\)⁴⁴.](http://hu-</p>
</div>
<div data-bbox=)

Die Offenlegung der Untersuchungsergebnisse bei der Aufklärung einer Straftat ist mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung nach Ansicht des EGMR nicht vereinbar. So bezeichnete ein Staatsanwalt in der russischen Stadt *Glazov*, als es um eine aufsehenerregende Straftat ging, noch im Vorfeld des Gerichtsverfahrens die angeklagten Zwillingbrüder in einer regionalen Fernsehsendung als „grausame und zur sinnlosen Gewalt neigende Kriminelle“ (*cruelty and meaningless brutality*). Der Staatsanwalt händigte zudem die Akten der Untersuchung an die örtlichen Journalisten aus. Dadurch konnte kein faires Verfahren mehr gewährleistet werden⁴⁵.

doc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Vulakh%20and%20Others%20v.%20Russia%20(no.%2033468/03)%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-108500%22]} [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

⁴⁵ *Case of Khuzhin and others v. Russia* (Application no. 13470/02, § 96). Abrufbar unter: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2213470/02%22\],%22itemid%22:\[%22001-89062%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2213470/02%22],%22itemid%22:[%22001-89062%22]}) [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

In der Ukraine sind solche Fälle offensichtlicher Verletzung der Unschuldsvermutung in letzter Zeit nicht bekannt geworden. Zudem wurden die einschlägigen Normen der Strafprozessordnung an die Anforderungen der EMRK weitgehend angepasst. Das Problem liegt mehr in der praktischen Umsetzung, wobei angesichts der weit verbreiteten Korruption nach wie vor große Defizite bestehen.

In Weißrussland ist unter dem Aspekt der Gewährleistung der Unschuldsvermutung der Fall des oppositionellen Präsidentschaftskandidaten *Nikolai Statkevich* zu nennen. Der Politiker wurde vom weißrussischen Präsidenten nach fünf Jahren Haft begnadigt, obwohl er kein Gnadengesuch eingereicht hatte. Anstelle einer Begnadigung hätte hier eigentlich ein Freispruch ergehen müssen. Eine solche Freilassung bei Verdrängung der Justiz durch die Politik bildet eine weitere Konstellation im Problemkomplex „*fares Verfahren*“. Allerdings verbessert ein solcher „Deal“ faktisch die Menschenrechtssituation in Weißrussland. Daher ist diese Lösung dennoch zu begrüßen.

*Die besonderen Garantien im Strafverfahren,
Art. 6 Abs. 3*

⁴⁶ Ausführlich zu den Verfahrensgarantien im Strafverfahren: *Oleg Schirinsky*, „Die Gewährleistung der Verfahrensgarantien aus Art. 6 EMRK in der russischen Rechtsordnung“. Dissertationsschrift. Heinrich-Heine Universität Düsseldorf 2006. Abrufbar unter: <http://docserv.uni-duesseldorf.de/servlets/DerivateServlet/Derivate-3561/1561.pdf> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

In Art. 6 Abs. 3 sind die Mindestrechte des Angeklagten aufgezählt, die ebenfalls Bestandteil des Grundsatzes des Rechts auf ein faires Verfahren aus Art. 6 Abs. 1 sind. Diese Mindestrechte sind ein Sonderfall der allgemeinen Garantie eines fairen Verfahrens und treten stark hinter sie zurück. Alle behaupteten Verletzungen von Art. 6 Abs. 3 müssen deshalb grundsätzlich unter Berücksichtigung des Art. 6 Abs. 1 geprüft werden. Eine Verneinung der Verletzung der Rechte des Angeklagten aus Art. 6 Abs. 3 schließt eine Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens aus Art. 6 Abs. 1 nicht aus. Diese Subsidiarität der Mindestgarantien im Strafverfahren gegenüber den allgemeinen Grundsätzen eines fairen Verfahrens macht sie nicht zu einem selbständigen Untersuchungsgegenstand in der vorliegenden Analyse⁴⁶. Ein in letzter Zeit in Russland und Weißrussland neu aufgetretenes Problem ist jedoch die verbreitete Praxis, dass Rechtsanwälte, die Oppositionspolitiker verteidigen und selbst in der Opposition sind⁴⁷, die Lizenz entzogen wird. Solche Anwälte genießen bei einem Angeklagten besonderes Vertrauen, können aber wegen des Lizenzentzugs das Mandat nicht übernehmen. Dabei wird das Recht des

⁴⁷ Siehe zum Beispiel Pressemitteilung: „Unabhängige Rechtsanwälte passen dem abhängigen Gerichtssystem nicht“ („Независимые адвокаты не вписываются в судебную систему“). Abrufbar in russischer Sprache unter: http://naviny.by/rubrics/society/2011/08/01/ic_articles_116_174590 [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

Angeklagten auf den Verteidiger seiner Wahl aus Art. 6 Abs. 3 (c) verletzt.

Verbot der Strafe ohne Gesetz, Art. 7

Zu Art. 7 gibt es nur wenig Rechtsprechung des EGMR. Hier sind Sonderkonstellationen zu nennen, bei denen offizielle Stellen bewusst in den Hintergrund treten oder machtlos erscheinen. In Russland wird zum Beispiel das Gewaltmonopol des Staates durch pseudopatriotische Gruppierungen mit nationalistischem Hintergrund verletzt. In letzter Zeit bekennen sich solche Gruppierungen sogar öffentlich zu Gewalttaten gegen Oppositionelle. Staatliche Stellen halten sich dabei zurück. Derartige „Bestrafungen“ werden jedoch von der Staatsgewalt geduldet, wenn nicht sogar inspiriert. In der Ukraine sind Fälle außergerichtlicher Strafmaßnahmen wie Zwangsarbeit in zerstörten Wohnvierteln von *Donezk* bekannt geworden. Problematisch sind auch Fälle von Festnahmen oppositioneller Demonstranten in Weißrussland, die allein wegen ihrer Beifallkundgebungen in der Öffentlichkeit zu administrativen Strafen verurteilt worden sind. Staatliche Verhaltensweisen, bei denen die Staatsgewalt jede Form des öffentlichen Protestes ohne ausreichenden Rechtsgrund unterdrückt (Weißrussland), sich praktisch machtlos erweist und Gesetzlosigkeit duldet (Ukraine) oder sich staatlich kontrollierter, aber privater Gruppierungen zur Bestrafung Oppositioneller bedient (Russland) sind mit Art. 7 EMRK kaum vereinbar.

Gewährleistung des Rechts auf wirksame Beschwerde, Art. 13.

Art. 13 kommt zur Anwendung, wenn es nicht um Gesetzgebungsakte oder Gerichtsentscheidungen geht. Er wird daher durch die Spezialbestimmungen der Art. 6 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 überlagert und kommt nur akzessorisch zur Anwendung. Gedacht ist hier an die Fälle, in denen sich betroffene Personen durch Handlungen der Behörden unterer Verwaltungsebenen in ihren Rechten verletzt fühlen. Kommunalbehörden und Organe der Selbstverwaltung handeln oft auf Anweisungen von „oben“, um das Leben „unbequemer“ Bürger schwer zu machen. Der Gerichtsweg ist dabei oft zu aufwendig und wenig erfolgversprechend. Solche Fälle kommen in allen drei Ländern vor. Dabei kann man kaum feststellen, ob es sich um einzelne Missstände in der Verwaltung oder um eine gesteuerte Staatspolitik handelt, die den Anforderungen des Art. 13 EMRK nicht entspricht.

GESAMTERGEBNIS

In Russland und in der Ukraine liegt die Gewährleistung der Verfahrensgarantien unter dem gesamteuropäischen Standard. Beiden Staaten müssen erhebliche Anstrengungen unternehmen, bevor mit einem Fortschritt gerechnet werden kann. Angesichts der katastrophalen Lage der Menschenrechte in der Türkei drohen die drei Mitglieder mit den größten Fallzahlen vor dem EGMR – Russland, Türkei

und Ukraine – aus dem System der EMRK herauszufallen. Die europäische Diplomatie muss jetzt enorme Anstrengungen unternehmen, damit die autoritären Staatsführungen in Russland und in der Türkei, und umgekehrt die sehr schwache Staatsgewalt in der Ukraine zurück in den gesamteuropäischen Rechtsraum finden. Mit der Anwerbung eines neuen Mitglieds – Weißrussland – könnte ein Gegenteil gesetzt werden. Die Einführung eines Moratoriums über die Vollstreckung von Todesurteilen durch das Staatsoberhaupt oder das Parlament könnte in dieser Hinsicht eine Kompromisslösung darstellen und damit eine klare europäische Perspektive für Weißrussland eröffnen⁴⁸. In Art. 24 Abs. 3 der weißrussischen Verfassung findet sich ohnehin ausdrückliche eine Feststellung des nur vorläufigen Charakters der Todesstrafe. Dies geht aus den Worten „... bis zu ihrer Abschaffung ...“ hervor. Eine völkerrechtliche Verpflichtung zur gesetzlichen Abschaffung der Todesstrafe kann erst nach dem Beitritt von Weißrussland zum Europarat und der Ratifikation der EMRK und des 6. Zusatzprotokolls entstehen.

⁴⁸ Entscheidung des weißrussischen Verfassungsgerichts vom 11.03.2004, Nr. 3-171/2004. Abrufbar in russischer Sprache unter:

<http://www.kc.gov.by/print.aspx?guid=10213> [Letzter Zugriff am 5. März 2017].

