**НАЦІОНАЛЬНИЙ АВІАЦІЙНИЙ УНІВЕРСИТЕТ**

**НАВЧАЛЬНО-НАУКОВИЙ ЮРИДИЧНИЙ ІНСТИТУТ**

**Кафедра кримінального права і процесу**

**ОПОРНИЙ Конспект лекцій**

з дисципліни «Міжнародні стандарти в галузі прав і свобод людини та проблеми їх реалізації в Україні (кримінально-правовий аспект)»

 для студентів \_081 «Право»\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

(шифр та назва напряму (спеціальності) підготовки

  Укладач д.ю.н., професор Лихова С.Я.

(науковий ступінь, вчене звання, П.І.Б. викладача)

Розглянуто та схвалено

на засіданні кафедри кримінального

права і процесу

Протокол № \_\_\_\_ від «\_\_\_»\_\_\_\_\_20\_\_р.

Завідувач кафедри\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Лекція1. Поняття, предмет і метод порівняльного законодавства щодо міжнародних стандартів у галузі прав і свобод людини**

Безпека людини – це стан, в якому небезпека і умови, які приводять до фізичної, психічної і матеріальних збитків контролюється заради збереження здоров’я та добробуту окремих людей і суспільства в цілому. Безпека є динамічним станом, який створюється при взаємодії людини з її фізичним, соціальним, культурним, технологічним, політичним, економічним і організаційним оточенням.

Безпека є основною і головною метою механізму правового регулювання. Практично, всі норми всіх галузей законодавства будь-якої держави спрямовані на забезпечення людині такого існування, коли її особистим правам, інтересам, цінностям, а також матеріальним благам не буде загрожувати небезпека. Відповідно до Конституції України безпека людини визнається однією з найвищих соціальних цінностей, а встановлення гарантії реалізації людиною своїх прав і свобод, як природних, так і набутих є головним обов’язком держави. Кожен має право будь-яким не забороненим законом способом захищати свої права від порушень і протиправних посягань. На утвердженні і забезпеченні прав і свобод людини і будується її безпека, гідні та безпечні умови її існування.

Поняття «безпека людини» вживається і у вузькому розумінні. Конституція України закріплює право людини на безпеку життя і здоров’я, безпеку в процесі вживання продукції та користування всіма видами робіт та послуг, безпечні умови праці тощо.

Враховуючи інтеграційні процеси, які сьогодні надзвичайно активно протікають у Європі, процеси гармонізації правових систем європейських держав, які стосуються не лише тих держав, які вступили до Європейського Союзу, а і тих держав, які прагнуть цього, процес європейської глобалізації, ми не можемо не звертатися до європейських норм і стандартів в галузі гарантій безпеки людини. Права і свободи людини мають реальну цінність лише тоді, коли існують реальні гарантії їх захисту і реалізації.

Щоб права і свободи особи були реальними і дотримувались в житті, необхідно не лише проголосити їх, але і забезпечити дійсними і дієвими гарантіями, тобто засобами захисту права від порушень, або якщо воно вже порушене, встановити засоби його відновлення і відшкодування заподіяної шкоди.

В Європейському Союзі, як і в окремих державах, система гарантій прав і свобод людини, її безпечного існування включає в себе три основні складові:

По-перше, інституційні гарантії, пов’язані із функціонуванням органів, діяльність яких спрямована на охорону і захист порушених прав;

По-друге, процесуальні гарантії , які реалізуються при здійсненні правосуддя, перед усім це стосується кримінального процесу;

По-третє, матеріальні гарантії у вигляді норм матеріального права, які спрямовані на компенсацію збитків і іншої шкоди, яка спричинена порушенням права.

Як відомо, найбільш суспільно небезпечні прояви посягання на безпеку людини шляхом порушення її прав і свобод і заподіяння суспільно небезпечних наслідків – матеріальної і моральної шкоди, передбачені у кримінальному законодавстві. Саме кримінальне законодавство створене для того, щоб охороняти безпеку людини від найбільш суспільно небезпечних посягань.

Вказані гарантії є загальними, тобто розповсюджуються, як правило, на всі права і свободи, в тому числі і на ті, які в міжнародних нормативних актах не набули статусу «основних» чи «основоположних». Поряд із загальними в юридичних нормах закріплені і спеціальні гарантії, які стосуються окремих прав і можуть носити самий різноманітний характер (наприклад, заборона смертної кари, як гарантія права на життя, заборона клонування людей, як гарантія права на цілісність особи тощо).

Це наукове дослідження розраховане на фахівців, які добре знають вітчизняне кримінальне право. Його норми ми розглядаємо як встановлення матеріальних гарантій безпеки людини. Тому ми не даємо кримінально-правову характеристику злочинів проти безпеки людини, а аналізуємо норми кримінального законодавства держав – учасниць Європейського Союзу.

Порівняння кримінального законодавства держав-учасниць ЄС щодо захисту безпеки людини дає можливість побачити як самобутність законодавства кожної з країн, так і зробити висновок про відповідність його основним стандартам щодо охорони прав людини.

До першої групи держав – учасниць ЄС слід віднести держави, які раніше входили до складу СРСР і, таким чином, розвивалися, як і Україна, під впливом соціалістичної правової традиції – Литва, Латвія, Естонія.

До другої групи входять держави – учасниці ЄС, які не входили до складу СРСР, так звані постсоціалістичні країни, але які в силу історичних і політичних обставин зазнали на собі вплив соціалістичного права – Польща, Румунія, Чеська Республіка, Угорщина, Болгарія, Словаччина, Словенія.

До третьої групи входять держави, які, по суті, утворили ЄС і право яких розвивалося поза впливом соціалістичної системи права – ФРН, Італія, Франція, Велика Британія, Нідерланди, Бельгія, Греція, Португалія, Австрія, Швеція, Данія, Ірландія, Фінляндія, Кіпр, Люксембург, Мальта. При проведенні порівняльного аналізу ми використовували лише джерела, які були офіційно опубліковані і перекладені на російську мову спеціалістами в галузі кримінального права, щоб уникнути сумнівів щодо достовірності перекладів і дати можливість перевірки достовірності інформації.

При цьому безпека людини розглядається нами у вузькому розумінні і дається кримінально-правова характеристика посягань на безпеку життя та здоров’я людини.

Посягання на безпеку життя та здоров’я людини поділяються на дві групи:

1. Особиста безпека;

2. Суспільна (спільна, колективна) безпека, під якою розуміється: екологічна безпека, громадська безпека, безпека виробництва, безпечність продукції послуг і робіт, безпека людства.

Ми намагалися розкрити специфіку законодавства окремих держав–учасниць ЄС., особливу увагу звертаючи на ті злочини проти безпеки людства, склади яких відсутні у вітчизняному законодавстві.

Необхідність проведення порівняльного дослідження законів та ефективності їх застосування на сучасному етапі розвитку суспільства викладена процесом глобалізації, який сьогодні торкається не лише економічних та політичних процесів, а і процесу законотворчості. Це вимагає від юристів різних країн об’єднання зусиль в розробці теоретичних основ законотворчості., що в кінцевому результаті має оформитися в сукупність знань про дію законів на основі світових правових традицій та досвіду окремих держав.

Як вказує В.В. Оксамитний, цьому процесу сприяє низка факторів, серед яких основними є такі:

* усвідомлення необхідності врахування накопиченого досвіду держав у цій галузі;
* розвиток систем універсальних, регіональних і локальних міжнародних організацій із власним законодавством;
* процес наближення правих систем різних країн в рамках сучасних інтеграційних процесів у світі;
* необхідність у цьому зв’язку гармонізації і уніфікації національних законодавств;
* наявність проблеми «модельних законодавчих актів» і законів міжнародних організацій.

Україна є стороною практично всіх міжнародних договорів про права людини загального характеру. Участь нашої держави у Раді Європи, і її прагнення стати учасницею Європейського союзу, ратифікації Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, яка, в свою чергу, є складовою Лісабонської угоди (Конституції для Європи) покладає на нашу країну зобов’язання дотримуватися європейських норм у галузі охорони безпеки людини, адже практично у конституціях всіх країн Європейського Союзу та міжнародних нормативних актах людина, її життя, свобода, здоров’я проголошені найвищими соціальними цінностями. Але проголосити, ще не значить захистити, тому, як вказує Н. Г. Шукліна, процес постійного збільшення потреб людини рухатися достатньо швидко. Зважаючи на це, враховуючи всі соціальні , політичні, економічні, екологічні та інші зміни в світі потрібно постійно працювати в напрямку розробки нових міжнародно-правових актів щодо захисту прав і свобод людини, які, відштовхуючись від існуючих міжнародних документів, запроваджували б нові гарантії та принципи.

Порівняльне правознавство як метод юридичної науки являє собою сукупність прийомів пізнання правових явищ. Ми використовуємо цей метод, щоб вивчити правопорядки різних країн світу шляхом їх співставлення. З якою метою ми це робимо?

1. З метою просто збагатити свої знання, стати більш грамотними, ерудованими. Але ця мета не задовольняє наших наукових потреб. Тож ми знаходимося на « споглядальному рівні». Дивимося, іноді дивуємося, кажемо (якщо знаємо, що у нас не так) , але не аналізуємо і не робимо наукових висновків, а тим більше пропозицій.

1. Мета – виявити можливі притаманні цим правопорядкам спільні риси і спільні закономірності історичного розвитку. – Це вже ближче до науки, бо ми можемо зробити певні узагальнюючі висновки і взяти із них щось корисне для власного законодавства.

До основних концептуальних прийомів порівняльно-правового дослідження слід віднести такі:

1. Мікропорівняння, інституційне порівняння і макропорівняння. Ці методи залежать від обсягу того матеріалу, який ми порівнюємо.(ви можете виділити і інші рівні, все це наукові підходи, досить умовно)

Мікропорівняння – це аналіз того, як на конкретну соціальну проблему реагують конкретні національні правопорядки. Потім треба порівняти результати і зробити висновки.

Наш законодавець просто не бачить цю соціальну проблему, і, відповідно, на неї не реагує.

Наприклад, на рівні мікропорівняння вивчається питання про відповідальність співучасників за діяння безпосереднього виконавця, який вийшов за межі спільного умислу. Акцесорна теорія – у нас ексцес виконавця!

Рівень інституційного порівняння розуміє під собою співставлення окремих інститутів права і концепцій, які лежать в їхній основі: наприклад, інституту вини, інституту незакінченої злочинної діяльності, інституту покарання тощо.

Макропорівняння охоплює конкретні галузі права чи навіть цілі правові системи. Марченко писав, що виділення різних рівнів порівняльно-правового дослідження є досить відносним за своїм характером.

Межа між макро- і мікрорівнями не є досить жорсткою. Іноді одне переходить в інше. Але все рівно, не слід забувати, що саме ви порівнюєте задля якої мети! Щоб не перетворити ваше порівняльне дослідження в просту констатацію фактів.

1. До основних концептуальних прийомів порівняльно-правового дослідження відносять діахронне і синхронне порівняння. Діахронне порівняння – це історичний аналіз тих правових систем, які існували раніше. Синхронне порівняння – це порівняння сучасних правових систем.
2. Порівняльно-правовий метод дослідження, окрім цих вказаних положень, розуміє під собою певну етапність в пізнанні правових явищ. При цьому першим етапом є вивчення власне іноземного права без намагання провести порівняльно-правові аналогії, співставлення, які самі по собі утворюють другий етап в компаративістиці. На першому етапі ви використовуєте такі прийоми (деякі їх називають методами) – історико-правовий, системний, лінгвістичний.

Перша фаза вашого компаративного дослідження носить описовий характер; ця фаза (цей етап) полягає в вивченні реакції низки правових систем на індивідуальну правову проблему. Другий етап (фаза, стадія) полягає у використанні результатів, отриманих на першому етапі.

Якщо перший етап носить унітарний, пасивний характер, то наступне, вже суто компаративістське дослідження є плюралістичним і активним.

Порівняльне правознавство в строгому його розумінні дистанціюється від вивчення іноземного права і розглядає його як самостійну рубрику правової науки. Це пов’язано із історією компаративістики, яка в епоху свого зародження розглядалася як передумова до створення «вселенського права», як це було задекларовано на Міжнародному конгресі з порівняльного права у 1900 році. Але зараз прийшло усвідомлення того, що створити таке «вселенське право» поки, що неможливо. Тому вивчення іноземного права слід розглядати як безумовну передумову для компаративного дослідження. Таке вивчення є складовою частиною предмета порівняльного правознавства, тим більше, що грань (межа) між цими двома етапами дуже неконкретна, невизначена, і ніколи неможливо сказати, є та чи інша наукова діяльність строго компаративізмом, чи просто вивченням кримінального права.

Раніше – знати мову, перекласти, цього замало, знати коли в яких умовах КК був прийнятий, чому саме в Німеччині така сувора боротьба з абортами і т. д. Зараз – все вже готове, другі вивчили, ви лише описуєте і порівнюєте.

Порівняльно-правовий метод включає (керується) низкою принципів, які лежать в його основі:

1.Потенційна порівнюваність (при мікропорівнянні і інституційному порівнянні) правових норм, що розуміє акцент не на нормативній складовій права, а на його функціональній стороні, тобто на тому, як воно вирішує конкретну соціальну проблему. Те, що гарантує можливість порівняння, обов’язково заключається в єдності проблеми, але не в однаковості мови норми. Іншими словами, в порівняльному правознавстві не можна ставити питання «Чи карається готування до вчинення злочину?» «Як визначається умисне вбивство?», тобто якщо ви так ставите питання, то ви привносите у процес порівняльного дослідження «»юридичну термінологію, яка може бути чужою даній правовій системі. Давайте переформуємо питання « В якому обсязі є караними діяння., які полягають у підготовці до злочину, який ще не виконується?» «Який злочин утворює умисне (бажане, усвідомлене) причинення смерті іншій людині»

Тим більше не можна розглядати проблему, яку ви вивчаєте через призму правопорядку великої країни. Тобто слід на певний час абстрагуватися від понять, доктрин, законодавчих побудов власного права. Наприклад, неможливо зрозуміти німецьку доктрину про структуру кримінального караного діяння, якщо підходити до нього з позиції чотирьох елементів злочинність діяння. Як це у нас.

Другий принцип компаративістики полягає в тому, що слід враховувати історичні і соціальні умови часу, коли з’явилася і розвивалася конкретна правова норма. В ряді випадків компаративістика зустрічає норми, які можна зрозуміти, лише звертаючись до ранньої стадії правової процедури серед німецьких (германських) племен чи до правових норм стародавнього Риму. Так, не можливо буквально витлумачити принцип *voluntas reputalitur pro facto* (в силу якого для засудження особи достатньо лише одного наміру вчинити злочинне діяння, хоча не було вчинено ніяких конкретних дій.) Але цей вираз, цей принцип іноді зустрічається в англійській доктрині кримінального права. При цьому слід знати, що цей принцип з’явився не з метою зверхкриміналізації людської думки, а він зумовлювався нерозвинутістю вчення про незакінчений злочин в середні віки і необхідністю обгрунтування подібного розуміння.

Так, ми повинні вивчати минуле, але як говорив один відомий вчений, ми повинні «остерегаться ловушки антикварности и помнить, что для наших целей единственный интерес в прошлом заключается в том свете, который оно проливает на будущее».

Третій принцип порівняльно-правової методології зводиться до необхідності критичного аналізу отриманих результатів, тому, що чисте описування фактів не може досягти наукового рівня без методичної класифікації.

При цьому подібно інструктуванню суду присяжних, необхідно по можливості побити аналіз.

Правову систему слід визначити як існуючий в конкретній державі феномен, взятий в єдності системи права, практики його вивчення, соціальної основи права, простої культури соціуму і організаційної структури правових інституцій.

**Лекція 2. Право Європейського Союзу і національне право держав-учасниць ЄС. Основи правового статусу людини і громадянина у ЄС**

Принцип, за яким право має захищати права людини, якими користуються окремі особи, від зловживань з боку урядів, можна простежити, починаючи принаймні з Джона Локка «Два трактати про державу», яка вийшла друком у 1690 році. Локк вважав, що першим в природному порядку речей з’явились права людини, а не держави:

Якщо людина в природному стані така вільна, як було сказано, якщо вона абсолютний господар своєї власної особи і володінь, рівний найбільш великим і нікому не підпорядкований, то навіщо відмовляється вона від цієї імперії і підпорядковує себе владі і керівництву якоїсь іншої сили? На це є очевидна відповідь, що хоча у природному стані вона має таке право, все ж користування ним є дуже непевним і постійно відкритим зазіханню з боку інших. Адже, оскільки всі є панами такою самою мірою, як і вона сама, і кожна людина є рівною їй, а більшість людей не суворо дотримується рівності і справедливості, то користування власністю, яку має людина, є дуже небезпечним, дуже не надійним. Це викликає в ній готовність припинити стан, який хоч і є вільним, та повен страхів і постійних небезпек; і тому не без причини вона шукає можливості і бажає приєднатись до суспільства тих, хто вже об’єднався чи має на думці об’єднатись заради взаємного збереження своїх життів, свобод і володінь, які я називаю загальним іменем «власність».

Праці Локка прославляють права англійців в умовах обмеженої урядової влади, завойовані у Славній революції 1688 року. Окремі переваги неписаної конституції Англії, особливо розподіл і перевага владних повноважень між виконавчою, законодавчою і судовою гілками державної влади, були висвітлені і популяризувалися французьким політичним філософом Монтеск’є у 1748 році у праці «Про дух законів». У 1762 році Жан-Жаком Руссо було проголошено революційний потенціал прав людини: «Людина народжена вільною, але усюди вона в кайданах». Незабаром по Америці і Європі прокотились демократичні революції .

4 липня 1776 року У Філадельфії побачила світ американська Декларація незалежності. Інтелектуальний вплив Локка, Монтеск’є і Руссо на документ Томаса Джефферсона було легко помітити. В гучному стверджені прав людини і обов’язку урядів захищати їх делегати тринадцяти Сполучених Штатів Америки проголосили:

Ми вважаємо самоочевидними ті істини, що всі люди створені рівними що вони наділені своїм Творцем певними невід’ємниим правами, серед яких право на життя, свободу і на прагнення до щастя;

Що для забезпечення цих прав між людьми створено уряди, справедлива влада яких грунтується на згоді керованих; що якщо будь-яка форма урядового правління стає руйнівною для цієї мети, народ має змінити або скасувати її і встановити новий уряд, закладаючи його основи на таких принципах і організовуючи його владу в такій формі, які, на думку народу, найбільш здатні забезпечити його безпеку і щастя.

З політичної точки зору останні десятиріччя ХVІІІ сторіччя були сприятливим періодом для утвердження прав людини. Коли в 1776 році готувалися конституції нових незалежних американських штатів, біллі про права поширилися на Європу. 12 січня 1789 року Джефферсон писав до Джеймса Медісона з Парижа: «Тут кожен пробує свої сили в складанні декларацій про права». Джефферсон відігравати свою роль, читаючи і критикуючи створений Лафаєтом проект документа, який 27 серпня 1789 року, через кілька тижнів після падіння Бастилії, став Декларацією прав людини і громадянина, проголошеною Національними зборами Франції. Те, що завдячувала собою філософії Руссо і філадельфійській практиці, було широко визнано.

Французька Декларація визнала і проголосила «перед лицем і з благоволінням Верховної Істини такі права людини і громадянина:

1. Люди народжуються і залишаються вільними і рівними у правах; суспільні відмінності можуть грунтуватися лише на основі загальної користі.
2. Метою кожного політичного об’єднання є збереження природних і невід’ємних прав людини; цими правами є свобода, власність, безпека і опір гніту.
3. Джерело всього суверенітету сутнісно бере свій початок в нації; жодна група, жодна особа не може здійснювати владу, яка прямо не витікає з нього
4. Свобода полягає у владі робити все, що не є шкідливим для інших; таким чином, здійснення природніх прав кожної людини має лише такі межі, які забезпечують іншим членам суспільства користуватися такими самими; такі межі можуть мати визначені лише законом.
5. Закон може забороняти лише ті дії, які є шкідливими для суспільства. Все, що не заборонено законом, те дозволено, і ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено.
6. Закон є виразом законної волі; всі громадяни мають право брати участь особисто або через своїх представників у його створенні; він повинен бути рівним для всіх, захищає він, чи карає. Усі громадяни, які рівні перед ним, однаковою мірою допускаються до всіх державних посад, місць і служб, відповідно до їх здібностей і без розрізнення іншого, ніж на основі чеснот і обдарованості.
7. Жодна людина не може бути обвинувачена, заарештована або затримана, крім випадків передбачених законом, і відповідно до форм, передбачених ним. Той, хто домагається видання свавільних наказів, сприяє їх виданню, виконує їх, або той, на чию вимогу вони виконуються, повинен бути покараний; але кожний громадян, викликаний чи затриманий на вимогу закону, мусить негайно коритися; він є винним, якщо чинить опір.
8. Закон може встановлювати лише ті покарання, які безумовно і очевидно необхідні; ніхто не може бути покараний інакше, ніж на підставі закону, ухваленого і обнародуваного до вчинення злочину, і правомірно застосованого.
9. Оскільки кожна людина вважається невинуватою, доки її не визнано винною, то у разі необхідності застосування арешту, будь-яка надмірна суворість для забезпечення охорони особи обвинуваченого повинна суворо каратися законом.
10. Ніхто не може зазнати утисків через вираження своїх поглядів, навіть релігійних, якщо їх вираження не порушує громадського порядку, встановленого законом.
11. Вільне повідомлення ідей і поглядів є одним із найцінніших прав людини. Як наслідок, кожен громадянин може вільно висловлюватись, писати і друкувати, але підлягає відповідальності за зловживання цією свободою у випадках, передбачених законом.
12. Забезпечення прав людини і громадянина передбачає необхідність застосування публічної сили; тому така сила встановлюється для блага усіх, а не в приватних інтересах тих, кому вона довірена.
13. Для утримання публічної сили і для витрат на управління обовязковим є загальний податок; він повинен стягуватись однаковою мірою з усіх громадян відповідно до статків.
14. Громадяни мають право встановлювати самостійно або через своїх представників необхідність державного податку, вільно погоджуватись на його частку, розмір, порядок сплати і тривалість.
15. Суспільство має право вимагати від кожного представника влади звітування про його управлінську діяльність.
16. Усяке суспільство, в якому не забезпечуються гарантії прав або не проведено розподілу влад, не має конституції взагалі.
17. Оскільки власність є священним і непорушним правом, ніхто не може бути позбавлений її інакше, ніжу разі законно встановленої суспільної необхідності і за умови справедливого і попереднього відшкодування».

25 вересня 1789 року, менш ніж за місяць після обнародування французької Декларації, перший Конгрес нового федерального уряду Сполучених Штатів Америки запропонував перші десять поправок до Конституції Сполучених Штатів. Набувши чинності після ратифікації десятим штатом (Вірджинією) 15 грудня 1791 року, вони склали Біль про права Сполучених Штатів:

1. Конгрес не може видавати закони про встановлення релігії чи заборону вільного її сповідування, про обмеження свободи слова чи преси або права людей мирно збиратись і звертатись доу ряду за задоволенням скарг.
2. Оскільки для безпеки вільної держави потрібна добре організована міліція право людей зберігати і носити зброю є непорушним.
3. у мирний час жоден солдат не повинен ставитись на постій у будь-якому домі так без згоди власника; а у воєнний час це допускається лише в порядку, передбаченому законом.
4. Право народу на недоторканість особи, житла, паперів та майна і їх захист від необгрунтованих обшуків і арештів є непорушним; ордери можуть видаватися лише за достатньої підстави, підкріпленої присягою або урочистою заявою, з конкретним описом місця, де має бути проведено обшук, і осіб чи речей, які підлягають арешту.
5. Ніхто не може бути притягнутий до відповідальності за такий, що передбачає смертну кару, чи інший безчесний злочин, окрім як за поданням або обвинувальним актом Великого Журі, за винятком винятків, які виникають у сухопутних або морських силах, або в міліції, на дійсній службі у час війни чи суспільної небезпеки; ніхто не може двічі за той самий злочин відповідати життям чи тілесною недоторканністю, ані бути примушеним у будь-якій кримінальній справі свідчити проти себе, ані бути позбавлений життя, свободи чи майна без належної майнової процедури; приватну власність не можна брати для суспільного користування без справедливого відшкодування.
6. В усіх випадках кримінального переслідування обвинувачений має право на швидкий і відкритий суд, проведений безсторонніми присяжними штату і округу, в якому було вчинено злочин, причому цей округ попередньо встановлюється законом, а також на те, щоб бути повідомленим про характер і підстави обвинувачення, на проведення очної ставки зі свідками проти ньо­го, на обов'язкову процедуру представлення свідка зі свого боку і на допо­могу адвоката для захисту.
7. У позовах на основі загального права, якщо спірна вартість перевищує двад­цять доларів, зберігається право на суд присяжних, і жоден факт, розглянутий судом присяжних, не може бути перерозглянутий у жодному суді Спо­лучених Штатів інакше, ніж відповідно до норм загального права.
8. Не можуть ані вимагатися надмірна застава, ані накладатися надмірні штра­фи, ані призначатися жорстокі та незвичні покарання.
9. Наведення певних прав у Конституції не може тлумачитись як заперечення ибо применшення інших прав, які зберігаються за народом.
10. Повноваження, які не надані цією Конституцією Сполученим Штатам і не заборонені нею для штатів, зберігаються за відповідними штатами або за народом.

Близькі за родом і суттю американська Декларація незалежності, французька Декларація прав людини і громадянина і Білль про права Сполуче­них Штатів становлять інтелектуальну і документальну основу XVIII сторіччя, на якій виросло два сторіччя правового захисту прав людини. Тепер конституційні гарантії прав людини є поширеними. Згідно з даними одного із досліджень, 82 відсотки національних конституцій, розроблених між 1949 і 1948 роками, і 93 відсотки конституцій, розроблених між 1949 і 1975 роками, передбачали певні права і свободи людини. Сьогодні більш як 100 націанальних конституцій чітко захищають права людини.

Однак, як і очікував Монтеск'є, історія додержання цих гарантій у різних країнах і в різний час є різною. Однією з можливих причин такої різниці в дієвості було покладання або ж не покладання на судовий розгляд дій виконавчої і законодавчої влад. У Сполучених Штатах ця традиція розвинулась, починаючи з 1803 року, у справі *«Марбурі проти Медісона»* згідно з якою суди могли проводити і проводили перевірку діяльності органів політичної гілок державної влади, коли ті порушували конституційні стандарти. В Англії, Франції і загалом на континенті поняттями верховенства законодавчої влади було продиктовано те, що діяльність всенародно обраних урядових органів не повинна була зазнавати обмежень з боку призначених на посаду суддів. Лише у 1920 році одна з європейських держав, Австрія, створила конституційний суд, який міг оголошувати нечинними акти законодавчого органу. Після Другої світової війни з’явилися нові конституційні суди, наприклад, у Федеративній Республіці Німеччини у 1951 році, в Італії у 1953 році, у Франції у 1958 році і в Іспанії у 1980 році. Але в інших державах, особливо у Сполученому королівстві, все ще переважає характерна для ХІХ сторіччя доктрина верховенства законодавчої влади, вільної від судового контролю.

**Лекція 3. Основні права, свободи і обов’язки людини і громадянина**

Як і Конвенція в цілому, положення про охорону приватного і сімей­ного життя у статті 8 є відображенням жахів фашизму, пережитих Євро­пою у 30 – 40-і роки. Під час дебатів на Консультативній Асамблеї часто говорилося про втручання фашистської держави у вирішення сім’ями своїх внутрішніх питань, зокрема, про нацистські закони, що встановлювали ра­сові обмеження на шлюб, а також політику тоталітарних урядів, відповідно до якої дітей забирали у їхніх батьків для політико-ідеологічної обробки.

Однак спосіб викладу положення про такий захист в Конвенції є унікальним. В той час як стаття 10 проголошує «право на свободу вира­ження поглядів», а стаття 11 – «право на свободу мирних зборів», стаття 8 безпосередньо не вказує на будь-які конкретні дії, що підлягають захисту. Скоріше у ній говориться про право на «повагу до... приватного і сімейно­го життя». Повага, як дотепно зауважив Дж.Е.С. Фосетт, «належить скоріше до сфери манер, а не права». Такий підбір формулювання явно свідчить про намір залишити договірним державам значну свободу дій у питанні регулювання приватних та сімейних відносин. Цей висновок підкріплюється історією підготовки проекту статті 8. Перший проект, за­пропонований Консультативній Асамблеї, просто включав статтю 12 За­гальної декларації прав людини, яка гласить, що «ніхто не може зазнавати свавільного втручання у його приватне і сімейне життя, порушення недо­торканності його житла чи таємниці кореспонденції». У наступному про­екті це формулювання було замінене проголошенням «права на невтручан­ня у сім’ю, недоторканність житла і таємницю кореспонденції». Далі це положення було пом’якшене і отримало той вигляд, у якому і було прий­няте. Ці зміни показують, що може, наприклад, бути втручання у сім’ю, яке не є посяганням на право на повагу до сімейного життя і за якого не виникає порушення *prima facie* Конвенції.

Чинний текст також свідчить про звуження кола питань, піднятих у статті 12 Загальної декларації. Крім проголошення права на правовий захист приватного життя, сім’ї, недоторканності житла і таємниці корес­понденції, це положення передбачає такий же захист і від «посягань на честь і репутацію». Хоча інтерес держави до захисту репутації тепер зна­ходить своє відображення у Європейській конвенції серед обставин, які виправдовують обмеження вільного вираження поглядів у п. 2 статті 10, він, на відміну від Загальної декларації, не передбачається як позитив­не зобов’язання держави.

Хоча закріплену у статті 8 групу інтересів цілком можна сприймати як таку, що стосується лише невиправданого публічного розголошення пи­тань, знати які повинна лише окрема особа або сімейний колектив, по­дальше тлумачення здійснювалося на більш широкій основі. Було зазна­чено, що повага до «приватного життя» вимагає невтручання у рішення людини про те, як їй скеровувати своє власне життя. Один з перших ко­ментаторів статті 8 висловив цей погляд особливо радикально, говорячи, що вона повинна захищати від «посягань на фізичну або психічну недо­торканність чи інтелектуальну свободу». Хоча Європейський суд з прав людини ніколи не давав настільки широкого визначення (як це буде вид­но далі), його розуміння цього права включає свободу робити особистий вибір щодо власного життя і, зокрема, стосовно статевої поведінки. Справді, коли випала нагода, Суд зазначив, що повага до приватного жит­тя може вимагати дуже формальних дій з боку держави. У справі Гаскіна Суд постановив, що статтю 8 було порушено відмовою державної устано­ви розкрити заявникові зміст конфіденційних документів, зв’язаних з йо­го дитинством, коли він перебував під опікою держави.

Зрозуміло, що перетворення статті 8 у загальну «хартію» особистої самостійності породжує чимало труднощів. Будь-яке обмеження особисто­го вибору можна критикувати як таке, що спричинює можливе порушен­ня цього права. Таке всеохоплююче право помітно контрастує з явно скромними цілями, які закладалися у це положення під час його підго­товки. Саму Конвенцію можна вважати переліком конкретних способів захисту свободи вибору та дій, і доповнення цього переліку такою широ­кою презумпцією свободи загрожує перетворити інші права на зайві. Од­на з найбільш спірних проблем, що постає перед Судом, – пошук шляхів (які не можна обгрунтувати на основі п. 2 статті 8) вироблення певних спеціальних, звужуючих характеристик права на повагу до приватного життя. Як показують матеріали, запропоновані у цій главі, претензії, ви­сунуті на основі статті 8, ставлять питання про тлумачення і визначення передбачених Конвенцією прав у їх найбільш гострій формі

Захист «сімейного життя» від втручання з боку правового регулюван­ня є першочерговою проблемою. Значною мірою «сім'я» (як і «шлюб») визначається нормами права. Як же можуть такі норми одночасно шко­дити інституту, який вони самі визначають? В окремій думці, яка не збігається з позицією більшості, у справі «Леві проти Луїзіани» і справі «Глона проти «Амерікан Гаранті Ко.», яка розглядалася в той самий час (у Верховному суді Сполучених Штатів), суддя Харлан наголосив на юридичному визначенні сімейних відносин:

Через певні незрозумілі мені причини сьогодні Суд постановив, що держава по­винна грунтувати своє умовне визначення категорії позивачів скоріше на ос­нові біологічних, а не юридичних відносин і біологічні відносини, ні визнання з юридичної точки зору не є показниками любові або економічної залежності, що може існувати між двома особами... Права, про які йдеться, ґрунтуються на існуванні сімейних відносин, і держава лише вирішила, що не визнаватиме сімейних відносин, доки не будуть виконані формальності шлюбу або визнання дитини даними батьками.

У справі Джонстона Суд дійшов висновку, що стаття 8 регулює державні норми про сімейний осередок, який складається з дитини і обох неодружених батьків. При цьому він керувався «самостійним тлумаченням терміна «сім’я» у статті 8. У справі Маркс Суд зробив висновок, що мати і її незаконнонароджена дитина становлять сім'ю, яка має право на повагу згідно зі статтею 8.

Верховний суд Ірландії, навпаки, обмежив термін «сім’я», даний у Конституції Ірландії, тими відносинами, які відповідають позитивним нормам права. Суд постановив, що положення, які зобов’язують держа­ву гарантувати охорону сім’ї і закріплюють права батьків на контроль за вихованням їх дітей, не поширюються на тих, хто став батьками поза шлюбом. Обидва моменти, як постановив Суд, стосуються сім’ї, створеної на основі інституту шлюбу, і в цьому контексті шлюб означає шлюб, дійсний з точки зору законодавства, чинного на даний час у державі. Хоча зрозуміло, що про неодружених осіб, які живуть спільно, і дітей, які народжуються від їхнього союзу, можна говорити як про сім’ю, і вони мо­жуть мати якщо не всі, то багато зовнішніх ознак сім’ї, і з точки зору конкретно даного закону можуть справді вважатися сім’єю. Проте з точки зору цих конституційних положень, про які йдеться, гарантії, що містяться в них, поширюються лише на сім'ї, створені на основі шлюбу.

Європейський суд зіткнувся з чимось протилежним до цієї проблеми у справі «Беррехаб проти Нідерландів». У цій справі заявник скаржився, що Нідерланди порушили статтю 8, оскільки розлучили його з дочкою, ко­ли відмовили продовжити візу і депортували його. Беррехаб, громадянин Марокко, проживаючи в Нідерландах, одружився на голландці. Майже два роки по тому, через кілька днів після розірвання шлюбу, у них народила­ся дитина. Протягом чотирьох років Беррехаб допомагав утримувати дити­ну і бачився з нею чотири рази на тиждень, щоразу кілька годин. Уряд відмовився продовжити йому дозвіл залишатися у Нідерландах, який було надано «з єдиною метою – дати йому змогу жити з його жінкою-голландкою». Після тривалих оскаржень і розглядів його було депортовано. Суд постановив, що навіть не цілком формальні юридичні відносини можуть створити prima facie сімейний осередок, який користується захистом.

Дитина, народжена від законного союзу, ipso jure є частиною цих відносин; звідси випливає, що з моменту народження дитини і на підставі самого цьо­го факту між нею і її батьками існує зв'язок, який являє собою «сімейне життя», навіть якщо батьки не живуть разом. Звичайно, подальші події мо­жуть розірвати цей зв’язок, але цього не сталося в даному випадку, коли заявник постійно відвідував свою дочку.

Суд постановив, що депортація була втручанням у здійснення права, яке користується захистом п. 1 статті 8, і хоча іміграційна політика, про яку йдеться, мала законну мету – стояти на сторожі «економічного добробуту країни», – ці заходи не були «необхідними у демократичному суспільстві». Роблячи такий висновок, Суд враховував, наскільки важливою була депортація Беррехаба для держави і наскільки серйозної шкоди було завдано йо­го сімейному життю. Обставини тривалих відносин заявника з його дочкою розглядалися Судом головним чином у зв'язку з цим висновком, а не для вирішення насамперед того, чи мало місце втручання у сімейне життя.

Результати справ Маркс, Джонстона і Беррехаба підводять до виснов­ку, що фактичні сімейні відносини користуються захистом, навіть якщо не закріплені юридично, а формальні, законні сімейні відносини користуються захистом, навіть якщо не мають фактичного наповнення. Обидва ці моменти посприяли висновку Суду у справі «Кіган проти Ірландії» про те, що усиновлення немовляти без відома або згоди біологічного батька є порушенням статті 8. Це було так, навіть коли мати і батько не перебува­ли в шлюбі і коли батько не встановив особистих відносин з дитиною. Справа Кігана стосувалася дитини, яка народилася після того, як її бать­ки жили спільно протягом двох років, а тоді розійшлися, і була віддана до майбутніх названих батьків у віці семи тижнів. Батько-заявник бачив дитину наступного дня після народження, але потім йому не дозволяли її бачити. Посилаючись на справу Джонстона, Європейський суд зауважив, що відносини де-факто, як і відносини, які грунтуються на основі шлю­бу, можуть вважатися сімейним життям у значенні статті 8. Він зробив висновок, що відносини між батьками до народження дитини мали всі ознаки сім’ї. «Дитина, народжена поза такими відносинами *ipso iure* є частиною «сімейного» осередку від моменту свого народження і за самим цим фактом» (цитується рішення у справі Беррехаба). Той факт, що сімейні відносини розпалися незадовго до народження дитини «не міняє цього висновку більше, ніж у разі законно одруженої пари за таких самих обставин».

Верховний суд Сполучених Штатів постановив, що біологічний бать­ко позашлюбної дитини, який встановив батьківські відносини з нею, згідно з положенням Чотирнадцятої поправки про належну процедуру має право на те, щоб його повідомили і вислухали перед тим, як його ди­тина буде передана під опіку держави. Однак неодружений батько, який не встановив таких відносин і знехтував реєстрацією у державному «реєстрі передбачуваних батьків» не користується правом на те, щоб його повідомили і вислухали у зв’язку з процедурою усиновлення.

Палата лордів постановила, що чинні закони відмовляють неодруже­ному батьку дітей у праві на повідомлення і фактично у праві на оскар­ження дій місцевих органів влади, спрямованих на передачу його дітей на виховання і усиновлення. Такі процедурні права поширюються лише на батьків, опікунів і осіб, на яких покладається догляд за дитиною. Але згідно з відповідним законом, батьківські права на позашлюбних дітей повністю належать матері. У промові лорда Брендона (виголошеній перед ухваленням страсбурзьким Судом рішення у справі Кігана) вислов­лювалося припущення, що такий результат може суперечити статтям 6 і 8 Конвенції, але робився висновок, згідно з яким, «хоча англійські суди будуть прагнути у разі можливості тлумачити закони як такі, що відповідають зобов’язанням Сполученого Королівства за Конвенцією, проте вони зобов'язані забезпечувати впровадження позбавлених дво­значності законів відповідно до умов, передбачених цими законами, навіть якщо вони й суперечать Конвенції».

У справі Маркс Суд встановив факт порушення статті 8 також і стосов­но баби дитини, юридичні відносини якої постраждали через статус дити­ни як незаконнонародженої. Проте це порушує вже інше питання про ви­значення «сім’ї», життя якої користується захистом статті 8. Суд зазначив, що близькі родичі, такі як баба, «можуть відігравати важливу роль у сімей­ному житті» (пункт 45). Рішення Верховного суду Сполучених Штатів ок­реслили ту сферу автономії сім’ї, яка користується захистом від втручання відповідно до положень П’ятої і Чотирнадцятої поправок про належну про­цедуру. Він також вирішив, що захист поширюється на відносини між діда­ми і бабами, з одного боку, та їх внуками, з іншого. У справі *«Мур проти Східного Клівленду»* Верховний суд визнав нечинним розпорядження про поділ на зони, згідно з яким внукові не дозволялося жити в одному сімей­ному домі з його бабою. Більшість зазначила, що традиція, відповідно до якої «дядьки, тітки, двоюрідні брати і сестри і особливо діди й баби живуть разом з батьками і дітьми, має коріння, яке так само слід шанувати і яке так само заслуговує на конституційне визнання».

2. Конкретні обставини, справи, заявником у якій висупав Джефрі Даджен, піднімають питання про значення терміна «приватне життя». Суд встановив, що «протягом певного часу Даджен та інші вели кампанію, спрямовану на приведення північноірландського права у відповідність з правом, чинним у Англії і Уельсу» Хоча він не зробив ніяких висновків щодо статевої орієнтації самого Даджена, в одній з наступних справ, яка стосувалася положень ірландського права про содомію, заявник, член ірландського сенату, був охарактеризований як «активний гомосексуаліст i борець за права гомосексуалістів». Таким чином, втручання у приватне життя, про яке тут йдеться, не могло складатися з дій держави, спрямоване на публічне розголошення фактів, які заявники бажали зберегти в таємниці. Швидше, як вважав Суд, повага до приватного життя включає повагу до статевого життя заявника, під якою Суд, звичайно, повинен розуміти статеве життя, яке обрав собі сам заявник. Тому слово «приватне» повинно сприйматись не як таке, що стосується питань розголошення чи нерозголошення, а права обирати певні інтимні аспекти свого власного життя, без регламентування з боку уряду.

Таке визначення, звичайно, передбачає певне уявлення про межі, в яких автономність окремої особи користується захистом. Суд не розглянув цього питання вичерпно. Однак у дещо іншому контексті він запропонував досить широке поняття «приватного життя». Суд вирішив, що стаття 8 забезпечує контроль не лише над обшуком «житла» особи, про що конкретно згадується у статті у статті 8, але й приміщень, в яких ведеться ділова діяльність. Остання категорія входить сюди тому, що такі обшуки становлять втручання у право на повагу до «приватного життя»:

29. Суд не вважає можливим або необхідним намагатися дати вичерпне визначення поняття «приватне життя». Однак було б надмірним обмеженням зводити це поняття до «внутрішньо кола», в якому окрема особа могла б жити своїм власним життям на власний вибір, і повністю виключати з нього зовнішній світ, не охоплений цим колом. Повага до приватного життя повинна також включати певною мірою і право встановлювати і розвивати відносини з іншими людьми.

Крім того, здається, немає принципових підстав сприймати це розуміння поняття «приватне життя» як таке. Що виключає діяльність професійного і ділового характеру, оскільки зрештою, саме у ході свого трудового життя більшість людей має значну, якщо не найбільшу можливість розвивати відносини з зовнішнім світом. Такий погляд підтримується тим, що, як правильно підкреслила Комісія, не завжди можна чітко відрізнити, який з видів діяльності особи становить частину її професійного або ділового життя, а який – ні. Тому, особливо у тому разі, коли людина має вільну професію, її робота в даному контексті може становити невід’ємну частину її життя такою мірою, що стає неможливо визначити, саме як хто вона діє в той чи інший момент.

У більш приватному плані тлумачення понять «приватне життя» і «житло» як таких, що включають певні види професійної і ділової діяльності або приміщення, де ведеться ділова діяльність, було б співзвучним з основним предметом і метою статті 8, а саме: захистом окремої особи від свавільного втручання з боку органів державної влади. Таке тлумачення не створює належних перепон для договірних держав, оскільки вони зберігатимуть своє право «втручатися» в межах, дозволених пунктом 2 статті 8; це право може бути ширшим, коли справа торкається професійних чи ділових видів діяльності або приміщень, ніж в інших випадках.

Найбільш відомий випадок застосування сучасної американської док­трини захисту права на приватне життя стосувався права жінки зробити аборт. У справі *«Ро проти Уейд»* було вирішено, що штат не може забо­ронити проведення абортів у перші три місяці вагітності і що протягом других трьох місяців він може регламентувати проведення абортів лише тією мірою, якою це обгрунтовано зв’язано зі станом здоров’я матері. У наступних справах такий критерій застосовувався до оцінки різних за­конів штатів, де одні визнавалися чинними, а інші скасовувалися.

В останньому на даний час рішенні щодо питання про аборт Верхов­ний суд переформулював граничний критерій визначення чинності обме­жень на проведення абортів. Три судді, чиї голоси були вирішальними для прийняття того чи іншого рішення, відкинули необхідність аналізу даного питання з точки зору тримісячних періодів. До усього періоду вагітності має застосовуватися один критерій: «Тільки тоді, коли держав­не регулювання покладає надмірний тягар на можливість жінки зробити це рішення (про аборт) влада штату торкається суті цієї свободи». Ці судді визначили «надмірний тягар» як такий, чия мета або наслідок про­являється у «створенні суттєвих перепон на шляху вибору жінки». Інтерес держави щодо охорони здоров’я і потенційного життя має оцінюватися у цих рамках. Чотири судді приєдналися до окремої думки, яка могла б відмінити рішення у справі Ро. Ці судді засудили перевірку з точки зору «надмірного тягара», як такого, якому «притаманна можливість маніпулю­вання, і який виявиться безнадійно непридатний на практиці».

У 1988 році Верховний суд Канади оголосив нечинною статтю 251 Кримінального кодексу Канади, яка обмежувала проведення абортів ли­ше тими, які проводяться у лікарнях, що отримали на це дозвіл, і якщо лікарняна комісія засвідчила, що такий аборт необхідний для припинен­ня вагітності, яка ймовірно може створити загрозу для життя або здо­ров'я вагітної жінки. Суд дійшов висновку, що це положення порушує статтю 7 Канадської хартії прав і свобод, яка забороняє позбавлення «особистого життя, свободи або безпеки... крім випадків, які відповіда­ють принципам фундаментального правосуддя». По-перше, Суд зробив висновок, що заборона проведення абортів може становити суттєву за­грозу для «особистої безпеки». Далі він постановив, що закон не відповідає «принципам фундаментального правосуддя», оскільки перед­бачені ним процедури ведуть до запобігання абортів навіть серед тих жінок, які відповідно до встановлених стандартів, за визначенням Пар­ламенту, мають достатні підстави для проведення аборту. Більшість не вважала необхідним вирішувати, чи основні підстави, які мав Парла­мент для встановлення обмежень на аборти, перебували у відповідності з «фундаментальним правосуддям».

Хоча Європейська комісія з прав людини вказала, що регламенту­вання проведення абортів може бути втручанням у приватне життя, Суд ще не розглядав справи, яка б стосувалася заяви про право на аборт. Однак Суд чітко вказав, що стаття 8 забезпечує захист «фізичної і мо­ральної недоторканності» особи. У справі «*Оупен Дор*» і «*Даблін Уел Вумен проти Ірландії*» Суд постановив, що видача ірландськими судами судової заборони на повідомлення інформації про можливості прове­дення абортів у Сполученому Королівстві була невиправданим втручан­ням у право на вільне вираження поглядів відповідно до статті 10. Од­нак у тій справі Суд обережно уник висловлення думки щодо того, «чи право на аборт гарантується Конвенцією або чи на зародок поши­рюється дія права на життя, закріпленого у статті 2». Подібним чином він відмовився вирішити, чи захист права «інших людей», згаданий у пункті 2 статті 10, поширюється на ще ненароджених. Однак він поста­новив, що відповідно до цього положення ірландська заборона на про­ведення абортів мала законну мету – «захист моральності, одним із ас­пектів якого в Ірландії є захист права на життя ще ненародженої дити­ни». Цей висновок грунтувався на «глибоких моральних цінностях, які торкаються природи життя і які отримали своє відображення у поглядах більшості ірландського народу.

Поняття «приватний» у найбільш очевидному розумінні означає здатність людини зберігати в таємниці певну інформацію. Держава, здійснюючи передані їй широкі регулятивні повноваження, має постійну необхідність отримувати, контролювати й оцінювати інформацію. Найгостріше зіткнення цих конфліктуючих напрямів відбувається під час розслідування і переслідування кримінальних правопорушень. Зрозуміло, що стаття 8, яка наполягає на повазі до приватного життя, недоторканності житла і таємниці кореспонденції, обмежує слідчі повноваження дер­жавних органів. Звичайно, в п. 2 визнається законна необхідність вживан­ня таких заходів «в інтересах національної безпеки, громадського спокою або для охорони порядку і запобігання злочинам».

У своїх рішеннях Суд намагався примирити між собою реальні по­греби державних чиновників і приватний характер життя окремих осіб, наполягаючи на тому, щоб проведення обшуків контролювалося певною процедурою незалежного попереднього схвалення та нагляду. У справі «Функе проти Франції» Суд визнав правові норми, які регулюють про­ведення митницями обшуків, недосконалими:

Насамперед через відсутність будь-якої вимоги щодо наявності судового орде­ра, обмеження і умови, передбачені законом є надто м’якими і повними можливостей для втручання у здійснення заявником законних прав, і не мо­жуть суворо відповідати поставленій законній меті. Слід зазначити, що хоча в статті 8 названо лише одне місце – жит­ло, – Суд витлумачив цей термін широко, розуміючи під ним також місце роботи людини, зауваживши, зокрема, що у французькому тексті використовується слово «domicile», яке має «широке значення». У будь-якому разі, враховуючи широке розуміння Судом терміну «приватне життя», місце роботи особи також захищене від обшуків.

Четверта поправка до Конституції Сполучених Штатів утверджує «право народу на недоторканність особи, житла, паперів та майна» від «необгрунтованих обшуків і арештів». Уявлення про те, що вважається об­шуком, згідно з сучасним судовим тлумаченням, залежить від того, чи могла потерпіла особа «обгрунтовано розраховувати на забезпечення не­доторканності» місця, де було проведено обшук. Таким чином, просте спостереження або прослуховування поза домом не потрапляє під дію Поправки, проте проникнення у зайняте ким-небудь житло, як правило, потрапляє під її дію. Більш того, Верховний суд Сполучених Штатів, як і Європейський Суд, визнав, що особа може обґрунтовано розраховувати на забезпечення недоторканності місць поза домом, включаючи приміщення, які використовуються в комерційних цілях. Згідно з По­правкою, обшук або арешт не є «необґрунтованим», якщо він санкціоно­ваний ордером після того, як «нейтральний і безсторонній суддя» визна­чив існування «достатніх підстав» вважати, що буде виявлено контрабан­ду або доказ злочину. Однак є багато винятків щодо вимоги про на­явність ордера, зв’язаних з вимогами ситуації. Так, поліція може без ор­дера обшукати автомобіль, який в іншому разі буде швидко переміщений. Однак і в цьому випадку необхідно довести, що у службовців були дос­татні підстави для обшуку. Верховний суд постановив, що докази, отри мані під час неконституційного обшуку, не можуть бути подані під час су­дового розгляду кримінальної справи, хоча тут знову ж може бути багато винятків. Найголовніший виняток полягає в тому, що докази, отри мані під час обшуку, який проведений сумлінно на підставі ордера, виданого компетентним органом, можуть бути використані, навіть якщо виявиться, що ордер було видано без достатніх підстав.

Стаття 8 Канадської хартії прав та свобод також забороняє проведен­ня необгрунтованих обшуків і арештів, і, як і американський суд, Верхов­ини суд Канади постановив, що вирішальним фактором під час встановлення неконституційності обшуку є ігнорування того, що особа обгрун­товано розраховує на забезпечення недоторканності. Так, обшук на кор­інні може бути виправданий підставами менш, ніж достатніми, оскільки малоймовірно, що ті, хто подорожує, мають вагомі підстави розраховує на забезпечення недоторканності. Крім того, канадський суд слідом за Верховним судом Сполучених Штатів вирішив, що головний засіб запобігання необгрунтованим обшукам – це вимога попередньої згоди незалежного судді, що грунтується на встановленні достатніх підстав. Використання незаконно отриманих доказів у Канаді регулюється статтею 24(2) Хартії, яка передбачає, що такі докази повинні виключатися тільки у тих випадках, коли їх прийняття «створить погану репутацію здійснен­ню правосуддя». Роблячи такий висновок, Верховний суд зазначив, що і у ні повинні враховувати характер самих доказів, характер поведінки, шляхом якої вони були отримані, і наслідки виключення доказів. Знову ж слідом за нормами американського права канадські суди визнали, що, оцінюючи другий фактор, слід враховувати сумлінність переконання поліції у тому, що вона діяла законно.

Європейський суд з прав людини також недвозначно заявив, що прослухонування телефонних розмов може становити втручання у приватне життя і кореспонденцію і таким чином порушувати статтю 8. Однак у справі «Класс та інші проти Німеччини» Суд дійшов висновку, що існуючиій у Німеччині порядок отримання дозволу на таке прослуховування, хоча і не передбачає судового нагляду, включає в себе суворі адміністративні процедури санкціонування такої діяльності і визначає, для яких цілей може використовуватися така інформація і, отже, відповідає статті 8. З ішого боку, під час розгляду справи «Мелоун проти Сполученого Королівства» Суд встановив факт порушення у прослуховуванні телефон­них розмов заявника, на яке він подав скаргу. На відміну від ситуації в Німеччині, дії уряду Сполученого Королівства не регулювалися єдиним і загальним детальним зводом норм. Ці дії регулювалися різними закона­ми та положеннями загального права. Справді, Суду було незрозуміло, які правові норми застосовуються до оскарженого прослуховування у випад­ку даного заявника. Через це Суд зробив висновок, що втручання у здійснення прав, закріплених у статті 8, не може бути виправдане згідно з п. 2 статті 8, оскільки воно не було «передбачене законом». До такого самого висновку Суд дійшов, розглянувши французькі норми про прослу­ховування, сформовані на основі низки судових рішень за відсутності за­гального і чіткого порядку, який регулював би ці питання.

У Сполучених Штатах дане питання деякий час викликало сумніви, однак тепер зрозуміло, що прослуховування телефонних розмов вва­жається «обшуком» і, таким чином, потрапляє під дію Четвертої поправ­ки. Зокрема, за звичайних умов необхідно, щоб на підключення до лінії заздалегідь давався дозвіл нейтральним і безстороннім суддею. У справі «Сполучені Штати проти федерального окружного суду Сполучених Штатів» Верховний суд визнав необгрунтованим прослуховування теле­фонних розмов, санкціоноване тільки Генеральним аторнеєм у випадку, що як стверджувалося, був зв’язаний із загрозою національній безпеці. Уряд стверджував, що в таких випадках конституційні повноваження президента закріплюють таке право (передбачене законом, який регу­лює прослуховування телефонних розмов). Верховний суд, як і Євро­пейський суд у наведених справах, зосередив свою увагу на принциповій вимозі – незалежному контролі за даним рішенням:

Свободи, передбачені Четвертою поправкою, не можуть бути гарантовані належ­ним чином, якщо заходи щодо контролю за національною безпекою здійснюються лише на розсуд виконавчої гілки влади. Четверта поправка не передба­чає, що посадові особи виконавчих органів уряду є нейтральними і не заінтересованими суддями, їх обов'язок – забезпечувати виконання законів, здійснювати розслідування і переслідування... Але ті, на кого покладено такі обов'язки, не повинні бути єдиними суддями, які вирішують, коли використовувати делікатні з конституційної точки зору засоби для розв’язання своїх зав­дань. Історичне рішення, яке відповідає Четвертій поправці, полягає в тому, шо виконавча влада, яка безконтрольно діє на власний розсуд, дуже легко мо­же піддатися тиску, щоб отримати інкримінуючі докази і проігнорувати можливість посягання на приватне життя і захищену свободу слова.

Ми не можемо прийняти аргумент уряду про те, що питання національної безпе­ки надто делікатні та складні для судової оцінки. Суди регулярно розглядають найскладніші питання життя нашого суспільства. Немає причин вважати, що федеральні судді виявлять нерозважливість чи нерозуміння, розглядаючи спра­ви, зв'язані зі справами, які стосуються питань національної безпеки. Зро­зуміло, суди можуть визнати, що контроль за національною безпекою зв’яза­ний з іншими міркуваннями, ніж контроль за "звичайною злочинністю". Якщо загроза надто делікатна або складна для того, щоб наші старші посадові осо­би правоохоронних органів могли переконати суд у її важливості, можна підда­ти сумніву те, чи здійснення контролю має під собою достатні підстави.

Верховний суд чітко зазначив, що його рішення стосується лише питань національної безпеки. Розслідування, зв'язані з зовнішніми відно­синами, можуть включати інші міркування.

Американська конституційна доктрина розрізняє небезпеку для приватного життя, зв'язану з прослуховуванням телефонних розмов, і ту, що зв'язана з іншими видами обшуків та арештів. У справі *«Бергер проти Нью-Йорка»* Верховний суд визнав нечинним закон штату Нью-Йорк, який передбачав надання дозволу на прослуховування телефон­них розмов на певний час. Він визнав, що такий дозвіл подібний до за­гальних ордерів у їх широкому розумінні:

«...Мета передбаченої Четвертою поправкою вимоги про наявність достатніх підстав – не допускати державу в конституційно захищені сфери, доки у неї не виникнуть підстави вважати, що вчинено або вчиняється конкретний зло­чин, – таким чином, повністю відкидається. Відсутність у законі чітко­го визначення, які розмови підлягають прослуховуванню, дає посадовій особі загальне повноваження «перехоплювати» будь-які розмови. Санкціону­вання прослуховування протягом двох місяців рівнозначне серії втручань, обшуків і арештів, проведених після тільки одноразового наведення дос­татніх підстав... Протягом такого тривалого і безперервного (цілодобового) періоду) будуть без розбору перехоплюватися розмови усіх без винятку осіб, які потрапляють в межі дії пристрою, без урахування їх зв'язку зі злочином, який розслідується. Закон не встановлює дати припинення прослухову­вання після того, як перехоплено необхідну розмову. Це повністю залишається на розсуд посадової особи. І, нарешті, передбачена законом проце­дура – оскільки її успіх залежить від її секретності – не передбачає повідомлення, необхідного під час видачі звичайних ордерів, і не усуває цього недоліку встановленням певної вимоги щодо наведення конкретних фактів. Навпаки, він допускає несанкціоноване проникнення без вказівки на на­гальні обставини. Під час прослуховування, із властивою йому небезпекою, така вказівка на нагальні обставини – для уникнення необхідності повідом­лення, – очевидно, важливіша, ніж та, яка вимагається у разі використан­ня звичайних процедур обшуку та арешту. Іншими словами, передбачений законом необмежений дозвіл на прослуховування позбавлений належного су­дового контролю або запобіжних процедур.

Верховний суд Канади слідом за американськими рішеннями поста­новив, що електронне стеження становить обшук або арешт у значенні статті 8 Канадської хартії прав і свобод. Суд зробив висновок, що ме­та заборони необгрунтованих обшуків і арештів полягає у захисті обґрунтованих очікувань щодо запобігання приватного характеру життя, а такі очікування порушуються, коли третя сторона прослуховує теле­фонну розмову без відома або згоди її учасників. На відміну від Вер­ховного суду Сполучених Штатів, який постановив, що спостереження, яке проводиться зі згоди одного учасника, не є обшуком або арештом у значенні Четвертої поправки, Верховний суд Канади відмовився про­водити таке розрізнення.

Стаття 8 недвозначно передбачає повагу до таємниці кореспонденції. Справді Суд грунтував свої рішення, які стосувалися прослуховування телефонних розмов, частково на принципі захисту приватного життя, а частково – на своєму висновку, що телефонні комунікації є певного фор­мою кореспонденції. Суд звертався до цього аспекту статті у зв’язку з кількома справами, які стосувалися кореспонденції осіб, позбавлених волі державою. У справі *«Девільд, Оме і Версіп проти Бельгії*» Суд постановив, що у разі затримання особи за бродяжництво загальне право державних органів контролювати пошту ув’язнених або застосовувати до неї цензуру виправдане, оскільки воно необхідне для «охорони порядку і запобігання злочинам, охорони здоров’я або моральності або для захисту прав і свобод інших осіб» згідно з п. 2 статті 8. Однак у справі *«Голдер проти Об’єднаного Королівства»* він встановив порушення у відмові властей дозволити ув'язненому звернутися до соліситора для порушення справи про наклеп:

Щоб довести «необхідність» втручання, оскарженого Голдером, уряд висунув ар­гумент про охорон) порядку і запобігання злочинам і, певною мірою, на інте­реси громадського спокою безпеки і захист прав і свобод інших осіб. Навіть з урахуванням меж свободи розсуду, відведених для договірних держав, Суд не може визначити, яким чином ці міркування, враховуючи їх трактування «у демократичному суспільстві», могли зобов'язати міністра внутрішніх справ відмовити Голдерові у праві листування із соліситором з метою вчинення по­зову про наклеп проти Лерда. Суд ще раз наголошує на тій обставині, що Гол­дер намагався заперечити звинувачення, висунуте проти нього цим тюремним службовцем, при виконанні ним своїх обов'язків, і яке стосувалося інциденту у в'язниці. За цих обставин бажання Голдера звернутися до соліситора було обгрунтованим. Сам міністр внутрішніх справ не мав повноважень – як сьо­годні їх не має і суд – оцінювати перспективи запланованого позову; саме соліситор повинен був повідомити заявника про його права, а потім суд пови­нен був винести рішення щодо будь-якого позову, який міг бути поданий.

Рішення міністра внутрішніх справ виявляється ще менш «необхідним у демокра­тичному суспільстві», оскільки переписка заявника із соліситором становила б підготовчий етап для порушення судового розгляду і, таким чином, для здійснення права, закріпленого у іншій статті Конвенції, тобто у статті 6.

Так само у справі *«Шьоненбергер і Дурмаз проти Швейцарії»* Суд встановив факт порушення статті 8, коли прокурор відмовився переда­ти ув’язненому, який перебував під вартою до суду, лист адвоката з про­позицією своїх послуг і повідомленням ув'язненому про його право відмовитися відповідати на запитання. Суд дійшов такого висновку: враховуючи, що ув’язнений, безсумнівно, мав таке право згідно зі швей­царським законом, дане втручання у листування не створювало загрози нормальному ходу переслідування, і тому дії прокурора не були необхідними для «охорони порядку і запобігання злочинам». Суд ще раз підтвердив свій суворий підхід до будь-якого втручання у листування між ув’язненими та їх юристами у справі «Кембелл проти Сполученого Ко­ролівства», у якій він постановив, що посадові особи можуть відкри­ти лист адвоката до ув'язненого тільки тоді, коли є розумні підстави вва­жати, що він містить заборонене вкладення. Але навіть у цьому разі лист не може бути прочитаний, якщо органи влади «не мають обґрунтованої підстави вважати, що відбувається зловживання даним правом, оскільки зміст листа загрожує безпеці в'язниці чи спокою інших осіб або інакшим чином має кримінальний характер».

Як і у випадку з прослуховуванням телефонних розмов, Суд також наполягає, щоб чітке повідомлення про обмеження листування робило­ся заздалегідь. У справі «Герцегфальви проти Австрії» він постановив, що обмеження на доставку листів від заявника, поміщеного у психіатрич­ний заклад, було необгрунтованим відповідно до статті 8. Хоча таке об­меження могло бути належним для захисту здоров'я подавача апеляції, у даному разі рішення про те, які листи слід відсилати, приймав на влас­ний розсуд тільки «куратор» або законний опікун подавача апеляції. Та­ке безконтрольне повноваження означало, що обмеження не було «пе­редбачене законом».

І, нарешті, розглядаючи справу *«Силвер та інші проти Сполученого Ко­ролівства»*, Суд лист за листом розглядав випадки втручання англій­ських посадових осіб у листування ув’язнених відповідно до різних в’яз­ничних правил, і визнав деякі з них (наприклад, ті, які стосувалися листів, що містили погрози застосувати насильство) необхідними відповідно до п. 2 статті 8, а інші (наприклад, ті, які стосувалися листів журналістові) не­виправданими.

У Сполучених Штатах було визнано, що довірені пошті запечатані листи або бандеролі повністю захищені відповідно до Четвертої поправ­ки. Стосовно пошти ув’язнених, Верховний суд постановив, що офіційна цензура може порушити передбачені Першою поправкою пра­ва адресата, який перебуває поза в'язницею.

**Лекція 4. Кримінально-правова охорона особистих (громадянських) прав і свобод. Політичні права і свободи**

В КК Литовської Республіки передбачена окрема глава ХІХ «Злочини, пов’язані із небезпекою для здоров’я та життя людини». Ця глава складається із чотирьох статей. В ст. 142 КК Литовської Республіки «Незаконне проведення аборту» передбачена відповідальність за проведення аборту лікарем, який мав на це право і який робив це по проханню пацієнтки, але при умові, що проведення аборту було протипоказаним або ця операція була проведена не в медичному закладі. Цей злочин карається громадськими роботами або позбавленням права виконувати певну роботу або займатися визначеним видом діяльності, або обмеженням волі, або позбавленням волі на строк до двох років.

В ч. 2 цієї статті передбачена відповідальність спеціаліста по охороні здоров’я, який на прохання пацієнтки провів цю операцію в медичному закладі. Покаранням за це діяння є громадські роботи або позбавлення права виконувати певну роботу чи займатися визначеним видом діяльності, або обмеженням волі, або позбавленням волі на строк до трьох років.

В ч. 3 цієї статті встановлена кримінальна відповідальність особи, яка не мала права проводити операцію аборту, але перервала вагітність на прохання самої жінки. Покаранням за цей злочин є арешт або позбавлення волі на строк до чотирьох років.

В ст. 143 КК Литовської Республіки «Примушування до незаконного проведення аборту» передбачена кримінальна відповідальність особи, яка шляхом застосування фізичного чи психічного насильства, примусила жінку до незаконного проведення аборту. Карається цей злочин громадськими роботами або обмеженням волі, або арештом, або позбавленням волі на строк до двох років.

Порівняння відповідних норм литовського кримінального законодавства із нормою, яка міститься в ст. 134 КК України «Незаконне проведення аборту» дає змогу встановити як спільні риси, так і відмінності. В КК Литовської Республіки кримінальну відповідальність несе більш широке коло осіб і в ньому міститься склад злочину, якого немає в КК України, а саме «Примушування до незаконного проведення аборту». В КК Литовської Республіки не передбачена кримінальна відповідальність за незаконне проведення аборту, якщо це діяння спричинило такі наслідки, як тривалий розлад здоров’я, безплідність або смерть потерпілої. Очевидно, литовський законодавець вважає, що такі наслідки свідчать не стільки про те, що особа поставлена в небезпечне становище, скільки про реальне нанесення шкоди життю чи здоров’ю жінки. Якщо ж порівнювати санкції, то слід дійти висновку, що не дивлячись на те, що в КК Литовської Республіки відповідальність встановлена за менш суспільно небезпечне діяння, карається воно більш суворо. В КК України лише в ч. 2 ст. 134 передбачене покарання у вигляді позбавлення волі.

В Кримінальному законі Латвійської Республіки теж передбачена відповідальність за незаконне проведення аборту (ст. 135), але він містить більше різновидів цього злочину, аніж кримінальне законодавство України та КК Литовської Республіки. В ч. 1 ст. 135 передбачена відповідальність за проведення аборту особою, яка має на це право, але проводить аборт поза лікарнею або іншим закладом охорони здоров’я або в закладі охорони здоров’я, але без законних підстав. Карається цей злочин арештом або грошовим штрафом з позбавленням права займатися лікарською практикою на строк до п’яти років чи без такого.

В ч. 2 цієї статті передбачена кримінальна відповідальність за проведення аборту спеціальним суб’єктом – особою, яка не має на це права, або в антисанітарних умовах. Є очевидним, що в даному випадку нанесення шкоди здоров’ю жінки стає більш реальним і тому за вчинення даного діяння передбачене покарання більш суворе – позбавлення волі на строк до трьох років або арешт, або грошовий штраф з позбавленням права займатися лікарською практикою на строк до п’яти років або без такого.

В ч. 3 цієї статті передбачено кваліфікований склад злочину – незаконне проведення аборту, вчинене повторно. Карається це діяння позбавленням волі строком до п’яти років з позбавленням права займатися лікарською практикою на строк до п’яти років.

Незаконне проведення аборту всупереч волі вагітної або таке, що спричинило смерть вагітної чи інші тяжкі наслідки (ч. 4 ст. 135) тягне покарання у вигляді позбавлення волі на строк від п’яти до п’ятнадцяти років з позбавленням права займатися лікарською практикою на строк до п’яти років чи без такого.

Очевидним є той факт, що незалежно від ступеню тяжкості злочину і його наслідків законодавець Латвійської Республіки передбачає факультативне додаткове покарання на один і той же термін – до п’яти років.

Якщо порівнювати законодавство Латвійської Республіки та КК України, то слід дійти висновку, що в Латвії проведення аборту, що потягло смерть або інші тяжкі наслідки, вважається більш суспільно небезпечним діянням. Ні в КК України, ні в КК Литовської Республіки не передбачена відповідальність за проведення аборту всупереч волі вагітної.

Як і в КК Литовської Республіки, в Кримінальному законі Латвійської Республіки передбачена кримінальна відповідальність за примушування до проведення аборту. Але за Кримінальним законом Латвійської Республіки кримінальна відповідальність настає при наявності наслідку – проведення аборту (ст. 136 Кримінального закону Латвійської Республіки). Карається цей злочин позбавленням волі на строк до двох років або арештом, або примусовими роботами, або грошовим штрафом. Як вже вказувалося, і в Литві, і в Латвії передбачена кримінальна відповідальність за примушування жінки до проведення аборту, в той час як вітчизняне кримінальне законодавство не передбачає відповідальності за подібні діяння.

Слід відмітити, що в Кримінальному законі Латвійської Республіки злочини, що посягають на особисту безпеку людини не виділені в окрему главу, а містяться в главі 13 Особливої частини Закону «Злочинні діяння проти здоров’я особи».

Що стосується такого складу злочину як погроза вбивством, то він міститься в диспозиції ст. 132 Кримінального закону Латвійської Республіки, але за цією статтею настає кримінальна відповідальність не лише за погрозу вчинити вбивство, а і за погрозу спричинити тяжке тілесне ушкодження. Як і в КК України (ст. 129) відповідальність настає за умови, якщо були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози. Покарання за цей злочин передбачене у вигляді позбавлення волі на строк до одного року або арешту, або примусових робіт, або грошового штрафу. Кваліфікуючих ознак цього злочину законодавство не передбачає. Практично таким же чином сформульована і диспозиція ст. 145 КК Литовської Республіки, але вона, на відміну від законодавства Латвії і України, має свої особливості.

В ч. 1 ст. 145 КК Литовської Республіки передбачена відповідальність за погрозу вчинити вбивство або спричинити тяжку шкоду здоров’ю, якщо були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози. Покаранням за цей злочин є громадські роботи, штраф, або обмеження волі, або арешт, або позбавлення волі на строк до двох років.

Але в диспозиції ч. 2 цієї статті міститься склад злочину, який відсутній і в КК України, і в Кримінальному законі Латвійської Республіки: «Той, хто тероризував людину, погрожуючи вибухом, підпалом або вчиненням іншого діяння, яке загрожує життю, здоров’ю або майну, або систематично залякував людину, застосовуючи при цьому психічне насильство – карається позбавленням волі на строк до чотирьох років».

І хоча покарання за цей злочин достатньо суворе, в ч. 3 ст. 145 КК Литовської Республіки міститься норма, відповідно до якої за діяння, передбачені в ч. 1 і 2 цієї статті, особа несе кримінальну відповідальність лише у випадку, коли є скарга потерпілого або заява його законного представника, або вимога прокурора.

До злочинів, які створюють загрозу особистій безпеці людини, законодавець України відносить і діяння, склади яких передбачені в диспозиціях ст. 135 та ст. 136. аналогічні склади злочинів передбачені в Кримінальному законодавстві Литви та Латвії.

В ст. 144 КК Литовської Республіки „Залишення без допомоги при погрозі небезпеки життю людини” встановлена відповідальність особи, яка мала обов’язок піклуватися про потерпілу особу, мала можливість надати першу допомогу у випадку загрози життю людини, але такої допомоги не надала або сама створила таку загрозу. Ця стаття, на відміну від вітчизняного законодавства, не містить різновидів складів злочинів з обтяжуючими обставинами, складається із однієї частини і покаранням за вчинення такого злочину є штраф або обмеження свободи, або арешт, або позбавлення волі на строк до двох років.

Якщо в КК України передбачена кримінальна відповідальність як за залишення в небезпеці, так і за ненадання допомоги, то в кримінальному законодавстві Литовської Республіки встановлена відповідальність за залишення в небезпеці, тоді як в ст. 141 Кримінального закону Латвійської Республіки «Ненадання допомоги» передбачена відповідальність за ненадання допомоги особі, яка знаходиться в небезпечному для життя становищі. Ця допомога має бути необхідною і терміновою, крім того особа повинна мати можливість надати таку допомогу без серйозної небезпеки для себе та інших осіб і якщо ненадання допомоги потягло смерть людини чи інші тяжкі наслідки. Суб’єктом цього злочину може бути будь-яка особа і карається злочин, склад якого передбачений в ч. 1 ст. 141 Кримінального закону Латвійської Республіки примусовими роботами або грошовим штрафом.

В ч. 2 цієї статті передбачено склад злочину із спеціальним суб’єктом. В ч. 1 передбачена відповідальність за завідоме ненадання допомоги особі, яка знаходиться в небезпечному для життя та здоров’я становищі і позбавлена можливості застосувати заходи до самозбереження по причині малолітства, старості, хвороби або своєї безпомічності, якщо винна особа мала можливість надати потерпілому допомогу і була зобов’язана піклуватися про потерпілого або сама поставила його в небезпечне для життя становище.

По суті, і КК Литовської Республіки і Кримінальний закон Латвійської Республіки передбачає кримінальну відповідальність за аналогічні діяння, які ставлять в небезпеку життя і здоров’я особи. В санкції ч. 2 ст. 141 Кримінального закону Латвійської Республіки передбачені такі покарання як позбавлення волі на строк до двох років або арешт, або примусові роботи, або грошовий штраф. Але диспозиція ст. 141 Кримінального закону Латвійської Республіки носить більш описовий характер, а в ст. 144 КК Литовської Республіки ознаки складу злочину викладені більш лаконічно. Ступінь суспільної небезпеки цих злочинів в кодексах обох країн практично однаковий. Слід відмітити, що законодавство цих країн не передбачає кримінальну відповідальність за неповідомлення про те, що особа знаходиться в небезпечному стані, а також, практично, не виділяє окремі категорії потерпілих, як це робить вітчизняний законодавець.

Що стосується особистої безпеки такої категорії потерпілих як діти, то слід відмітити, що в КК Литовської Республіки в Особливій частині передбачена спеціальна глава ХХІІ «Злочини та кримінальні проступки проти дитини та сім’ї». Серед злочинів, які ставлять під загрозу безпеку життя та здоров’я дитини, слід, на нашу думку, розглянути два склади злочинів. Це діяння, відповідальність за які передбачена в ст.ст. 158 та 163 КК Литовської Республіки. Ці склади злочинів кореспондують ст. 137 КК України «Неналежне виконання обов’язків щодо охорони життя та здоров’я дітей». Відповідно до норми, яка передбачена в ст. 158 КК Литовської Республіки «Залишення дитини» батько, мати або опікуни, або інший законний представник дитини, який залишив без необхідного догляду нездатну піклуватися про себе неповнолітню дитину з метою позбавитися її карається громадськими роботами або обмеженням волі, або арештом, або позбавленням волі на строк до двох років.

В диспозиції ст. 163 КК Литовської Республіки передбачено склад злочину «Зловживання батьківськими, опікунськими або правами та обов’язками піклувальника, або правами та обов’язками інших законних представників неповнолітнього». Суб’єктами цього злочину є батьки, матері, піклувальники, опікуни та інші законні представники неповнолітніх. Об’єктивна сторона виражається у застосуванні фізичного чи психологічного насильства над неповнолітніми, у жорстокому способі поводження із ними, у залишенні їх надовго без нагляду. В санкції цієї статті передбачені такі покарання як штраф або обмеження волі, або арешт, або позбавлення волі на строк до п’яти років.

Що стосується Кримінального закону Латвійської Республіки, то в Особливій частині кримінального закону теж передбачена окрема глава XVII «Злочинні діяння проти сім’ї та неповнолітніх». Серед злочинів, які посягають на безпеку життя та здоров’я неповнолітнього слід вказати на діяння, відповідальність за яке передбачена у ст. 174 «Жорстокість і насильство по відношенню до неповнолітнього». В диспозиції статті передбачені ознаки цього складу злочину – жорстоке або насильницьке поводження із неповнолітнім, який знаходиться в матеріальній чи іншій залежності від винного, що спричинило йому фізичні чи психічні страждання. Цей злочин карається позбавленням волі на строк до трьох років або арештом, або примусовими роботами.

В главі ХІІІ Кримінального закону Латвійської Республіки передбачені злочини, які ставлять в небезпеку життя і здоров’я людини і які пов’язані із зараженням вірусом імунодефіциту людини (ст. 133) та зараженням венеричною хворобою (ст. 134). Зараження вірусом імунодефіциту людини карається позбавленням волі на строк до восьми років.

Ст. 134 «Зараження венеричною хворобою» містить дві частини. Умисне зараження особи венеричною хворобою карається позбавленням волі на строк до двох років або арештом, або грошовим штрафом (ч. 1 ст. 134), а умисне зараження венеричною хворобою неповнолітньої особи тягне більш тяжке покарання – позбавлення волі на строк до чотирьох років. Як бачимо, диспозиції відповідних статей у Кримінальному законі Латвійської Республіки сформульовані надзвичайно лаконічно. В КК України диспозиції статей, які містять склади відповідних злочинів сформульовані більш розгорнуто. Кримінальна відповідальність за зараження чи свідоме поставлення особи в небезпеку зараження невиліковною інфекційною хворобою в Кримінальному законі Латвійської Республіки не передбачена взагалі.

Що стосується інших злочинів, які створюють небезпеку для життя та здоров’я особи, то слід вказати, що в Кримінальному законі Латвійської Республіки передбачена відповідальність за «Незаконне лікарювання» (ст. 137). Кримінальна відповідальність настає за умови порушення здоров’я потерпілого. Санкція ч. 1 ст. 137 передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк до двох років або арешту, або грошового штрафу з позбавленням права займатися лікарською практикою на строк до трьох років або без такого.

В ч. 2 ст. 137 міститься склад злочину незаконного лікарювання, яке потягло з необережності винного смерть потерпілого або спричинення йому тяжкого тілесного ушкодження. Ступінь суспільної небезпеки цього злочину набагато вищий і тому в санкції ч. 2 ст. 137 передбачене більш суворе покарання – позбавлення волі на строк до десяти років або арешт з позбавленням права займатися лікарською практикою на строк до п’яти років чи без такого.

В Кримінальному законі Латвійської Республіки міститься дві статті, які передбачають кримінальну відповідальність медичних працівників (за КК України передбачена відповідальність і фармацевтичних працівників) які своїми діяннями посягають на особисту безпеку особи. Ст. 138 «Неналежне виконання медичними працівниками професійних обов’язків» складається із двох частин.

В ч. 1 ст. 138 передбачена відповідальність за невиконання або недбале виконання медичним працівником професійних обов’язків, яке потягло з необережності винного спричинення потерпілому тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження. Це діяння карається позбавленням волі на строк до двох років або грошовим штрафом з позбавленням права займатися лікувальною практикою на строк до трьох років або без такого.

В ч. 2 ст. 138 передбачена відповідальність за це ж діяння, але яке потягло зараження потерпілого вірусом імунодефіциту людини або його смерть. Цей злочин карається позбавленням волі на строк до п’яти років з позбавленням права займатися лікарською практикою на строк до п’яти років.

Ще одним злочином, який посягає на особисту безпеку людини можна вважати діяння, склад якого передбачено в диспозиції ст. 139 Кримінального закону Латвійської Республіки «Незаконне вилучення тканин і органів людини». Ця стаття, на відміну від ст. 143 КК України, складається із однієї частини. Диспозиція цієї статті сформульована таким чином: незаконне вилучення тканин і органів живої і мертвої людини з метою їх використання в медицині, вчинене медичним працівником.

Карається цей злочин позбавленням волі на строк до п’яти років з позбавленням права займатися лікарською практикою на строк до п’яти років.

Що стосується формулювання, які містяться в диспозиції цієї статті, то виникають певні сумніви щодо їх редакції, адже вилучення тканин і органів у мертвої людини, очевидно, не може поставити в небезпеку життя і здоров’я людини.

Якщо порівнювати кримінальне законодавство України та Литовської Республіки і Латвійської Республіки, то слід відзначити, що особиста безпека за вітчизняним кримінальним законодавством захищається більш ґрунтовно. Це проявляється і в тому, що в КК України передбачена відповідальність за більшу кількість злочинів, які створюють небезпеку для життя і здоров’я особи, а також в тому, що в диспозиціях відповідних статей КК України більш точно і детально описані ознаки складів відповідних злочинів.

2. В КК Республіки Польща статті, які містять в своїх диспозиціях склади злочинів проти колективної (загальної) безпеки видалені в окрему главу 20 Особливої частини.

В § 1 ст. 163 встановлена відповідальність особи, яка викликає подію, що погрожує життю чи здоров’ю багатьох людей або майну в великому розмірі. Вчинюється цей злочин способами, які вичерпно перераховані в диспозиції статті: пожежі, руйнування будівель, затоплення або обвал землі, гірських порід або снігу, вибуху вибухових або швидко займистих речовин або іншого стрімкого вивільнення енергії, розповсюдження отруюючих, задушливих речовин, речовин, які викликають опіки, стрімкого вивільнення ядерної енергії або вивільнення іонізуючого випромінювання. Хоча, є підстави розглядати ці ознаки складу злочину і як можливі наслідки події, що може створювати загрозу колективній безпеці. Цей злочин карається позбавленням волі на строк від одного року до десяти років. Якщо ці діяння вчинені неумисно, то покарання є значно нижчим – позбавлення волі на строк від трьох місяців до п’яти років (§ 2 ст. 163 КК Республіки Польща). Слід відмітити, що мова в § 1 іде про делікт створення небезпеки. Самі формулювання, які законодавець вживає в диспозиції статті і структура вже заслуговують на окреме дослідження. Адже мова іде про дії, які можуть викликати пожежу, вибух тощо. Тобто сама пожежа ще не діяння. Очевидно, це і пояснює таке формулювання «як той, хто викликає подію»

В § 3 та § 4 цієї статті передбачені кваліфіковані різновиди цього злочину, але сформульовані вони вже не як делікти створення небезпеки, а як злочини із матеріальним складом, в яких як кваліфікуючі ознаки передбачені смерть людини або спричинення тяжкої шкоди здоров’ю багатьох людей.

В ст. 164, яка складається із двох параграфів передбачена відповідальність особи, яка створює умови для того, щоб така подія відбулася, тобто за діяння, які роблять таку подію можливою. Якщо такі дії вчиненні умисно, то вони караються позбавленням волі на строк від шести місяців до восьми років, а якщо з необережності – позбавленням волі на строк до трьох років.

Особливістю кримінального законодавства Республіки Польща є те, що законодавець вживає багато термінів і термінологічних зворотів, які потребують тлумаченні і не сприймаються однозначно. Так, в даному випадку, незрозумілим є, що законодавець розуміє під зворотом «викликає небезпеку події» – готування до вчинення злочину чи закінчений злочин. Можливо, проблему тут слід шукати в перекладі і мовних засобах передачі інформації.

За такою ж схемою, а саме створення небезпеки для людей, вказівка на конкретні способи, на різні форми вини, формулювання кваліфікованих складів побудована і ст. 165, яка складається із чотирьох параграфів.

В § 1 ст. 165 КК Республіки Польща передбачена відповідальність особи, яка викликає небезпеку для життя і здоров’я багатьох людей (тобто це, також, злочини проти колективної безпеки), або майну у великих розмірах і діє такими способами: викликає епідеміологічну погрозу чи розповсюджує інфекційну хворобу або інфекційне захворювання тварин і рослин виготовляє або вводить в обіг шкідливі для здоров’я речовини, продовольчі товари або інші товари загального використання, а також фармацевтичні засоби, які не відповідають умовам якості, викликає пошкодження або зупинку обладнання громадського користування, особливо обладнання, яке забезпечує водою, світлом, теплом, газом, енергією, або обладнання, яке охороняє від настання суспільної небезпеки, або обладнання, передбачене для усунення суспільної небезпеки, порушує, перешкоджає або іншим способом діє на накопичення або пересилання інформації, діє іншим способом при особливо небезпечних ситуаціях. На відміну від попередньої статті, перелік способів створення колективної небезпеки в ст. 165 не є вичерпним. Покаранням за цей злочин є позбавлення волі на строк від шести місяців до восьми років.

Як бачимо, в одному складі злочину міститься, по суті діяння, які посягають на екологічну, медичну, громадську безпеку. Але польський законодавець, на нашу думку, безпосереднім об’єктом вважає комплексну безпеку.

Особа, яка захопила водне або повітряне судно, застосовуючи обман або насильство, або створює безпосередню погрозу застосувати насильство і тим самим викликає безпосередню небезпеку життю і здоров’ю багатьох осіб, підлягає покаранню у виді позбавлення волі на строк не менше трьох років (§ 2 ст. 166 КК Республіки Польща).

Але кримінальна відповідальність, пов’язана із створенням небезпеки шляхом використання транспорту не вичерпується складом злочину, передбаченому в § 2 ст. 166 КК Республіки Польща. В ст. 167 передбачена відповідальність за розміщення на водному або повітряному судні засобів або речовин, які погрожують безпеці людей або майну, яке має значну вартість (§ 1 ст. 167). Карається це діяння позбавленням волі на строк від трьох місяців до п’яти років.

Такому ж покаранню підлягає особа, яка знищує, пошкоджує або робить непридатним для використання навігаційне обладнання або перешкоджає його обслуговуванню, якщо це ставить під загрозу безпеку людей.

Якщо діяння, які створюють загрозу колективній безпеці людей вчиняються умисно, то готування до таких злочинів (ст. 163 § 1, ст. 165 § 1, ст. 166 § 1, ст. 167 § 1) є злочином, покаранням за який є позбавлення волі на строк до трьох років. Щодо розглянутих вище злочинних діянь, слід відмітити, що у ст. 169 міститься заохочувальна норма, відповідно до якої не підлягає покаранню особа, яка добровільно відвернула загрожуючи небезпеку. Крім того, кримінальний закон надає суду можливість застосувати надмірне пом’якшення покарання, якщо винна особа добровільно відверне небезпеку, яка загрожує життю і здоров’ю багатьох людей.

На перший погляд здається, що не варто ставити на один рівень безпеку життя і здоров’я людей і їх майнові інтереси, але думається, що певний сенс в цьому є. Адже певні матеріальні блага служать для забезпечення колективної безпеки життя і здоров’я, їх відсутність, їх знищення чи пошкодження також саме по собі може ставити під загрозу безпеку життя і здоров’я людей.

На нашу думку, до злочинів, які загрожують колективній безпеці законодавець Польщі правильно відносить і діяння, яке, по суті, можна вважати готуванням до піратства, і хоча, як ми вже вказували, статті в КК Республіки Польща назв не мають , самі діяння, описані в диспозиції ст. 170 свідчать саме про готування до піратства – «Хто озброює і прилаштовує морське судно до здійснення на морі грабежів або поступає на службу на таке судно підлягає покаранню у виді позбавлення волі на строк від одного до десяти років.»

Суспільна небезпека злочину, склад якого передбачений в § 1 ст. 171 КК Республіки Польща полягає в посяганні на колективну безпеку. Кримінальна відповідальність в даній нормі встановлена за низку суспільно небезпечних діянь із предметами, які мають підвищену небезпеку, без відповідного дозволу або із порушенням норм такого дозволу. Мова іде про виготовлення, накопичення, володіння, використання чи продаж вибухових речовин або вибухових пристроїв, радіоактивних матеріалів, пристроїв іонізуючого випромінювання або діяння із іншими предметами, які можуть викликати небезпеку для життя або здоров’я багатьох людей. Карається цей злочин позбавленням волі на строк від шести місяців до восьми років.

У § 2 цієї статті встановлена відповідальність суб’єкта, яким є особа, яка всупереч своїм обов’язкам, допускає вчинення цього діяння, а у § 3 встановлена відповідальність особи, яка продає вказані предмети особам, які не мають на це дозволу. Ступінь суспільної небезпеки діянь, передбачених у трьох параграфах цієї статті однаковий, бо у § 2 і § 3 встановлений той-же вид і розмір покарання, що і в § 1 ст. 171 КК Республіки Польща.

Завершує цей розділ ст. 172, в якій встановлена відповідальність особи, яка перешкоджає діянням, спрямованим на відвернення небезпеки для життя і здоров’я багатьох людей (або майну у великих розмірах). Покаранням за цей злочин є позбавлення волі на строк від трьох місяці в до п’яти років.

Але не слід вважати, що діяннями, які містяться в главі 20 Особливої частини вичерпуються всі злочини, які посягають на колективну безпеку.

В главі 21 Особливої частини КК Республіки Польща «Злочини проти безпеки руху» в § 1 ст. 173 встановлена відповідальність за вчинення діяння, яке посягає на транспортну безпеку, а саме, хто викликає катастрофу при русі сухопутного, водного або повітряного транспорту, яка загрожує життю або здоров’ю багатьох людей (майну у великих розмірах) підлягає покаранню у виді позбавлення волі на строк до десяти років. Якщо-ж винна особа діє неумисно, то її діяння караються не так суворо, а саме позбавленням волі на строк від трьох місяців до п’яти років.

В § 1 ст. 174 КК Республіки Польща передбачена відповідальність особи, яка викликає безпосередню небезпеку катастрофи під час руху сухопутного, водного або повітряного транспорту. Якщо це діяння вчинюється умисно, то воно карається позбавленням волі на строк від шести місяців до восьми років, а якщо неумисно – позбавленням волі на строк до трьох років.

Особливу увагу привертає до себе норма, яка міститься в ст. 178а КК Республіки Польща. До кримінальної відповідальності притягається особа, яка знаходячись в стані алкогольного сп’яніння або під впливом одурманюючих речовин, управляє механічним сухопутним, водним або повітряним транспортним засобом. Покаранням за цей злочин є штраф, обмеження волі або позбавлення волі на строк до двох років.

У § 2 ст. 178а передбачена відповідальність за аналогічні дії, але пов’язані із управлінням іншим транспортним засобом на дорозі або на заселеній території. Карається це діяння штрафом, обмеженням волі або позбавленням волі на строк до одного року.

У випадку засудження за ці діяння суд може винести постанову про доведення змісту винесеного вироку до громадськості.

На нашу думку, враховуючи ту кількість дорожніх пригод, які кожного дня відбуваються в нашій країні і в інших країнах, не слід встановлювати кримінальну відповідальність вже тоді, коли в результаті злочину людині нанесені тілесні ушкодження або смерть. В Україні керування транспортним засобом в стані сп’яніння не тягне кримінальну відповідальність і у вітчизняному законодавстві відсутня адміністративна прелюдія. Але, на нашу думку, ні в кого не викличе заперечення теза про те, що керування будь-яким транспортним засобом в стані алкогольного чи іншого сп’яніння створює серйозну небезпеку життю і здоров’ю людей. Ступінь суспільної небезпеки цього діяння досягає ступеня суспільної небезпеки злочину невеликої тяжкості. Тому, на думку автора, такий європейський досвід слід оцінити як позитивний і повністю сприйняти вітчизняним законодавцем.

В ст. 179 передбачена відповідальність особи, яка допускає до експлуатації механічний або інший засіб пересування в стані, який загрожує безпеці руху, або допускає до управління таким транспортним засобом особу, яка знаходиться в стані сп’яніння, або особу, яка не має відповідних прав на управління транспортним засобом. Карається цей злочин штрафом, обмеженням волі, або позбавленням волі на строк до двох років.

Відповідно до ст. 180 підлягає кримінальній відповідальності особа, яка знаходячись в стані алкогольного сп’яніння або під впливом одурманюючих речовин, виконує роботу, пов’язану із забезпеченням безпеки руху механічних засобів пересування. Карається це діяння позбавленням волі на строк від трьох місяців до п’яти років.

Екологічна безпека людей забезпечується нормами, що містяться в главі 22 Особливої частини КК Республіки Польща «Злочини проти оточуючого середовища». В даному випадку колективну безпеку слід розглядати як додатковий безпосередній об’єкт екологічних злочинів.

В ст. 182 передбачена відповідальність за забруднення води, повітря чи землі шкідливими речовинами або речовинам із іонізуючим випромінюванням в такій кількості і в такому вигляді, що це може загрожувати життю і здоров’ю людей (або привести до знищення рослинного або тваринного світу в значних розмірах). Карається це діяння позбавленням волі на строк від трьох місяців до п’яти років. Якщо ж це діяння було вчинено неумисно, то покаранням є штраф, обмеження волі або позбавлення волі на строк до двох років (§ 2 ст. 182).

Кримінальна відповідальність передбачена, також, за складування, знищення, переробку, обеззаражування або переробку відходів або речовин в таких умовах і таким способом, який може загрожувати життю або здоров’ю багатьох людей (або знищення рослинного чи тваринного світу в значних розмірах (§ 1 ст. 183). Карається це діяння позбавленням вола на строк від трьох місяців до п’яти років.

Таке ж покарання передбачене за перевезення, збирання, складування, викидання або залишення без відповідного забезпечення безпеки радіоактивних матеріалів або інших джерела іонізуючого випромінювання, якщо це може загрожувати життю та здоров’ю людей (або потягти знищення рослинного чи тваринного світу в значних розмірах) (§ 1 ст. 184 КК Республіки Польща).

На нашу думку, до екологічних злочинів, які в той же час створюють колективну небезпеку є діяння, склади яких передбачені в диспозиціях ст. 186 КК Республіки Польща. Хоча прямо в текстах диспозицій, які містяться в § 1 і § 2 цієї статті про це і не сказано. Склад злочину, відповідальність за який передбачена в § 1 ст. 186 сформульований таким чином: «Хто всупереч обов’язкам не утримує в належному стані або не використовує пристрої, які охороняють від забруднення воду, повітря, землю або пристрої, які охороняють від радіоактивного або іонізуючого випромінювання, підлягає штрафу, обмеженню волі або позбавленню волі на строк до двох років».

Такому ж покаранню підлягає особа, яка передає будівельний об’єкт або комплекс об’єктів або всупереч обов’язкам допускає використання таких об’єктів особами, які не мають пристроїв, вказаних у § 1 цієї статті (§ 2 ст. 186 КК Республіки Польща).

Очевидним є те, що порушення правил користування пристроями, які забезпечують чистоту та придатний для існування стан природного середовища, створюють загрозу колективній безпеці життя і здоров’я людей.

До складів злочинів проти трудових прав людини, які містяться в главі 28 Особливої частини КК «Злочини проти трудових прав» польський законодавець включив і склади злочинів, які посягають на безпеку виробництва. Як відомо, в КК України трудові правовідносини і правовідносини, що виникають в процесі забезпечення складають зміст різних родових об’єктів злочинів і розміщені в різних розділах.

В ст. 220 передбачена кримінальна відповідальність особи, уповноваженої забезпечувати безпеку та гігієну праці, яка не виконує свої обов’язки і цим створює безпосередню небезпеку втрати життя або причинення тяжкої шкоди здоров’я людини. Карається це діяння позбавленням волі на строк до трьох років (§ 1 ст. 220). Якщо вина особа діє неумисно, то передбачене покарання, відповідно, є більш м’яким – штраф, обмеження волі або позбавлення волі (§ 2 ст. 220). В § 3 цієї статті передбачена заохочувальна норм – не підлягає покаранню особа, яка добровільно усунула небезпеку, що загрожувала потерпілому.

За кримінальним законодавством Республіки Польща відповідальність несе і зобов’язана особа, яка не повідомила у встановлений термін компетентний орган про нещасний випадок на роботі або про професійне захворювання. Суспільна небезпека цього діяння полягає в створення загрози життю або здоров’ю особи, яка отримала каліцтво на виробництві або захворіла на професійну хворобу, а невчасне реагування компетентних органів на ці факти може створити негативний вплив на відновлення трудової функції людини. Це діяння передбачене в ст. 221 КК Республіки Польща і карається штрафом або обмеженням волі.

На перший погляд викликає подив, що, наприклад, за цей злочин не передбачене таке покарання як позбавлення права займати певну посаду або займатися певною діяльністю. Але це пояснюється однією із особливостей законодавства Республіки Польща. Заходи кримінально-правового реагування на вчинення суспільно небезпечних діянь поділяються на покарання, а саме вони передбачені в санкціях статей і кримінально-правові заходи, які суд може призначити на власний розсуд, виходячи із характеру злочину і беручи до уваги покарання та його строки, які призначаються за вчинення злочину.

Особливу частину КК Республіки Польща відкриває глава 16 «Злочини проти миру, людяності і військові злочини». Реалізуючи положення ст. 9 Конституції Польської держави щодо того, що республіка «дотримується норм міжнародного права, які її зобов’язують (Устав ООН, Міжнародний акт про громадянські і політичні права 1966р., чотири Женевські конвенції 1949р. і два додаткові протоколи до них 1977р., Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод тощо) польський законодавець в цій статті встановив відповідальність за діяння, які передбачені конвенційними та іншими нормами міжнародно-правових актів, в тому числі і нормами міжнародного гуманітарного права.

В ст.ст.118 і 119 цієї глави встановлена кримінальна відповідальність за різновиди геноциду. Практично в цих статтях відтворений склад геноциду відповідно до Римського Статуту, але різні дії, які охоплюються поняттям «геноцид» польський законодавець вважає більш чи менш суспільно небезпечними і встановлює різні покарання за них. На нашу думку, це створює певні проблеми, суміжні із проблемами модельних законів, що розуміє під собою однакове відтворення в диспозиціям національного законодавства складів окремих конвенційних злочинів. І хоча в міжнародних нормативних актах вказано, що покарання, його вид і розмір, кожна країна може обирати, виходячи із власних національних правових традицій, ми особисто вважаємо, що такі конвенційні злочини як геноцид, тероризм, піратство, злочинні діяння, пов’язані із незаконними діями із зброєю та наркотичними засобами, мають не лише однаково відтворюватися в диспозиціях, тобто мати однакові склади, а і каратися однаково, адже ступінь їх суспільної небезпеки вже визнаний всіма країнами, що ратифікували відповідні договори і конвенції. Саме цей підхід і означає уніфікацію законодавства у його найкращому, позитивному розумінні.

У § 1 ст. 118 встановлена відповідальність за вчинення вбивства або причинення тяжкої шкоди здоров’ю осіб, які належать до тієї чи іншої національної, етнічної, расової, політичної, релігійної групи або груп з певним світоглядом з метою повного чи часткового знищення такої групи. Карається таке діяння позбавленням волі на строк не менше дванадцяти років, позбавленням волі на строк двадцять п’ять років або довічним позбавленням волі.

Менш тяжким злочином польський законодавець вважає суспільно небезпечне діяння, яке теж вважається геноцидом – створення для осіб, які належать до вказаних у § 1 груп умов життя, які загрожують такій групі біологічним знищенням, застосування заходів, які можуть обмежувати народжуваність в межах групи, примусове відібрання дітей у осіб, які належать до таких груп. Карається цей злочин позбавленням волі на строк не менше п’яти років або позбавленням волі на строк двадцять п’ять років. Метою вчинення цих суспільно небезпечних дій є мета геноциду – повне або часткове знищення групи людей.

У § 3 ст. 118 передбачене покарання за готування до діянь, відповідальність за які передбачена у § 1 і § 2 цієї статті.

Відповідальність за діяння, які по своїй суті можна вважати різновидом геноциду встановлена в ст. 119 – «Хто застосовує насильство чи протизаконну погрозу стосовно групи осіб або окремої особи на підставі її належності до національної, етнічної, расової, політичної, релігійної групи або в зв’язку із тим, що особа не належить до таких груп підлягає покаранню позбавленням волі на строк від трьох місяців до п’яти років (§ 1 ст. 119)». Такому ж покаранню підлягає особа, яка публічно закликає до вчинення злочину, склад якого передбачений у § 1 ст. 119 КК Республіки Польща.

До злочинів проти безпеки людства польський законодавець відносить і такий злочин як застосування засобів масового знищення, що заборонено міжнародним правом. Карається цей злочин позбавленням волі на строк не менше десяти років, позбавленням волі на строк двадцять п’ять років або довічним позбавленням волі (ст. 120 КК Республіки Польща).

В § 1 ст. 121 КК Республіки Польща встановлена відповідальність за заборонені нормами міжнародного права або положеннями закону дії із зброєю масового знищення: виготовлення, збірка, придбання, збут, зберігання, перевезення, пересилання. В цьому-ж параграфі встановлена відповідальність за незаконні досліди, які мають на меті виготовлення зброї масового знищення або застосування заборонених засобів ведення війни. Карається це діяння позбавленням волі на строк від одного до десяти років. Такому ж покаранню підлягає особа, яка допомагає вчиненню діянь, передбачених § 1 цієї статті (§ 2 ст. 121).

На думку таких відомих білоруських вчених як Олексій Лукашов та Елла Саркісова, Польща не в повній мірі реалізувала в цій главі положення міжнародних актів щодо відповідальності за міжнародні злочини та злочини міжнародного характеру. Що стосується теми нашого дослідження, то слід відмітити відсутність кримінальної відповідальності за екоцид. Погоджуємося ми також із цими авторами, які вважають, що піратство, відповідальність за яке передбачене в ст. 170 КК Республіки Польща слід помістити саме в цю главу „Злочини проти миру, людяності і військові злочини”. До речі, цю обставину врахував наш вітчизняний законодавець і ст. 446 міститься в розділі 20 Особливої частини КК України «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку». Інша справа, що в КК України ця глава завершує Особливу частину Кримінального кодексу, що, на нашу думку, є неправильним, адже саме в цьому розділі містяться злочини, які вважаються майже у всіх країнах Європейського Союзу найбільш суспільно небезпечними і цей розділ має стояти на першому місці в Особливій частині КК України, адже ці злочини посягають на міжнародний правопорядок і створюють небезпеку для існування всього людства.

Але, як свідчить законодавство Болгарії, не у всіх країнах поділяють нашу думку.

В КК Республіки Болгарія Особлива частина також завершується главою 14 «Злочини проти миру і людства». Розділ третій цієї глави «Знищення груп населення (геноцид) і апартеїд складається із трьох статей, в яких передбачена відповідальність за діяння, які вчиняються з метою знищення всієї або частини певної національних, етнічної, расової або релігійної групи (ст. 416). В цій же статті передбачена відповідальність за готування до геноциду і за явне і безпосереднє підбурювання до геноциду. Якщо за геноцид передбачене покарання у виді позбавлення волі від десяти до двадцяти років або довічне позбавлення волі, то за готування до геноциду – позбавлення волі на строк від двох років, а за підбурювання до геноциду – позбавлення волі на строк від одного до восьми років.

В ст. 415 (1) КК Республіки Болгарія передбачена відповідальність за порушення норм міжнародного права щодо ведення війни і за використання чи віддання наказу про використання застосувати ядерну, хімічну зброю або недозволені способи і засоби ведення війни. Карається це діяння позбавленням волі на строк від трьох до десяти років. В ч. 2 цієї статті передбачений кваліфікований різновид цього злочину – якщо в результаті цього діяння наступили особливо небезпечні наслідки, то це діяння карається позбавленням волі на строк від десяти до дванадцяти років або довічним ув’язненням без заміни.

До злочинів, які ставлять в небезпеку народне здоров’я за КК Республіки Болгарія слід віднести діяння, відповідальність за яке передбачена в ст. 349, а саме за умисне поміщення шкідливої для життя чи здоров’я речовин в колодязь, джерело, водопровід або в інше місце, яке передбачене для загального користування. Карається цей злочин позбавленням волі на строк від двох до восьми років. В цій же статті встановлена відповідальність за розповсюдження збудників епідемічних захворювань. До злочинів проти народного здоров’я болгарський законодавець відносить і порушення правил, встановлених для отримання і надання людських органів і тканин для трансплантації. Карається цей злочин позбавленням волі на строк від одного до трьох років. На нашу думку, це діяння слід вважати злочини проти особистої, а не колективної безпеки людини.

До злочинів проти колективної безпеки слід віднести діяння, яке полягає у виготовленні харчових продуктів, які передбачені для загального вжитку, таким чином, що в них утворюються небезпечні для здоров’я речовини. В цій же ст. 350 КК Республіки Болгарія передбачена відповідальність за продаж або розповсюдження іншим чином таких харчових продуктів або напоїв. Карається це діяння позбавленням волі на строк до п’яти років.

Також встановлена відповідальність за нанесення шкоди екологічній безпеці. В ст. 352 передбачена відповідальність за забруднення води, басейнів, підґрунтових вод, територіальних або внутрішніх морських вод, ґрунту і повітря, якщо ці дії створили небезпеку для людей. Карається це діяння позбавленням свободи на строк до п’яти років або штрафом. Злочином проти колективної безпеки слід вважати і діяння, яке вчинюється посадовою особою і полягає в розголошення неправдивої інформації про стан оточуючого середовища і його компонентів, чим спричинить шкоду екологічній безпеці людини, її життю і здоров’ю. Карається це діяння позбавленням волі на строк до п’яти років або штрафом (ст. 353а).

До злочинів, що посягають на колективну безпеку слід віднести і злочин, передбачений ст. 355 КК Республіки Болгарія і який полягає в порушені постанови, яка видана для попередження розповсюдження або появи інфекційних хвороб серед людей, а також яка полягає в порушення постанови, виданої для попередження харчових отруєнь. Карається це діяння виправними роботами або штрафом. Слід відмітити, що всі ці діяння передбачені в статтях, які містяться в розділі ІІІ «Злочини проти народного здоров’я», главі ХІ «Загальнонебезпечні злочини» Особливої частини КК Республіки Болгарія.

Злочином проти безпеки виробництва слід вважати діяння, відповідальність за яке передбачена в ст. 356 – «Хто порушить встановлені будівельні, санітарні або протипожежні норми при проектуванні, керівництві чи виконанні будівництва, чим поставить в небезпеку чиє-небудь життя, карається позбавленням волі на строк до двох років».

Окремий розділ 5 глави 11 «Загально небезпечні злочини» містить склади злочинів, вчинені при використані атомної енергії в мирних цілях (розділ має саме таку назву).

В ч. 2 ст. 356б встановлена відповідальність посадової особи, яка віддала розпорядження чи допустила початок дій, пов’язаних із використанням атомної енергії, якщо цим створена небезпека для життя чи здоров’я людини. Карається це діяння позбавленням волі на строк до трьох років.

В ч. 1 ст. 356а передбачена відповідальність особи, яка створить загрозу життю і здоров’ю людей шляхом пошкодження ядерного матеріалу, ядерної споруди або іншого джерела іонізуючого випромінювання. Карається це діяння позбавленням волі на строк від п’яти до п’ятнадцяти років. Інші злочини, пов’язані із заподіянням шкоди в зв’язку із використанням атомної енергії містять матеріальні склад злочинів і відповідальність передбачена не за створення небезпеки життю і здоров’ю людини, а за реальні наслідки у виді заподіяння смерті чи тяжкої шкоди здоров’ю.

Проаналізувавши кримінальне законодавство окремих країн, які зазнали на собі вплив соціалістичної правової системи, ми вважаємо, що слід погодитись із авторами, які вважають, що, не зважаючи на те, що дані правові системи відходять від соціалістичного минулого, їм є притаманним відбиток ідеалізованої правової системи. Фактично, слід дійти висновку, що одночасно із природними процесами правового розвитку пострадянських держав відбувається підвищення пріоритету міжнародного і європейського права для національного права, яке супроводжується застосуванням міжнародних та європейських принципів, понять і норм в національному законодавстві. В першу чергу, як приклад, можна розглянути укріплення законодавчої бази по правам людини, відмітити як позитивні тенденції закріплення на конституційному рівні права людини як на особисту, так і на колективну, в тому числі, і екологічну безпеку. Слід відмітити і той факт, що більшість правових систем в силу історичних, релігійних, ментальних особливостей намагаються гармонізувати своє законодавство.

Крім того, проблемним є питання про структуру Особливої частини кримінальних кодексів. Як вказує М.І. Хавронюк структуру Особливої частини кримінальних кодексів європейських держав варто розглянути передусім з точки зору їх досконалості. Цей автор, зокрема, вказує, що загалом цілком досконалу структуру Особливої частини створити неможливо: намагаючись суворо дотримуватись підходу щодо поділу злочинів на групи за їх родовим об’єктом, слід було б спочатку дійти повної згоди щодо виключного переліку об’єктів кримінально-правової охорони (але у вітчизняній доктрині дискусійним залишається питання про поняття цих об’єктів, а у зарубіжній – проблема об’єкта злочину взагалі ігнорується) і виключити із КК усі «статті-близнюки» відмінність між диспозиціями яких полягає лише, наприклад, у специфічному предметі злочину або потерпілому. Але бажано, щоб цей автор, звернув увагу, зокрема на те, що кожна країна має свої традиції і навряд-чи коректно давати подібні «вказівки» зарубіжному законодавцю, особливо, коли це стосується країн, які мають більш презентабельну історію розвитку законодавства, аніж Україна. Крім того, в своїй монографії, яка носить скоріше характер коментарю, аніж глибокого наукового дослідження, М.І. Хавронюк не завжди послідовний, особливо, коли це стосується відбору критеріїв для аналізу кримінального законодавства окремих країн, що позбавляє сучасності і актуальності його монографію, а використання неперевірених джерел або джерел, які взагалі не існують в даній історичній дійсності, можуть привести до невірних висновків (зокрема мова іде про кримінальне законодавство Греції).

Більш правильною, сучасною і науковою є позиція, викладена В.Н. Додоновим, який, зокрема, пише, що результатом інтернаціоналізації кримінального права є гармонізація національних кримінальних законодавств, тобто їх певне зближення на основі загальних міжнародно-правових приписів в тій мірі, в якій диктується потребами міжнародного співробітництва і визначається прихильністю до загальних гуманітарних цінностей. При цьому, однак, важливо підкреслити, що мово іде про змістовну сторону кримінально-правового регулювання, оскільки формальні (тобто такі, які відносяться до самої форми права) відмінності між основним правовими системами, які мають корінне в глибинних пластах правової культури, залишаються непорушними і навряд-чи коли-небудь зникнуть. Це твердження не означає, що синтез різних правових систем не можливий. Наприклад, всі універсальні акти міжнародного кримінального права, такі, як Римський Статут Міжнародного кримінального суду, неминуче являють собою «сплав» континентальної і англо-американської систем, тобто певний компроміс між ними.

**Лекція 5. Економічні, соціальні і культурні права кримінального права охорона економічних, соціальних і культурних прав**

Стаття 45 Договору про діяльність ЄС передбачає, що працівники мають право вільного пересування у межах ЄС, що включає заборону будь-якої дискримінації, яка ґрунтується на національності працівника, а також щодо працевлаштування, заробітної плати та інших умов праці й відносин з роботодавцем.

Свобода вільного пересування працівника включає (ст. 45 Договору про діяльність ЄС):

а) право приймати пропозиції щодо працевлаштування, оголошені в будь-якій державі-члені ЄС;

б) право вільно пересуватися територією держав-членів з метою працевлаштування;

в) право перебувати в державі-члені з метою працевлаштування;

г) право залишатися в державі-члені після закінчення трудових відносин.

Право вільного пересування працівників, однак, може бути обмежено на підставі охорони публічного порядку, державної безпеки та громадського здоров’я. Ці права з вільного пересування працівників не поширюються на відносини працевлаштування у так званій «державній службі».

Слід зазначити, шо, хоча роль ЄСП у розвитку доктрини вільного пересування працівників є великою, все ж таки судову практику у цій сфері опрацьовано значно меншою мірою, ніж з вільного руху товарів. Принцип вільного пересування працівників більш врегульовано на "законодавчому" рівні, тому більше уваги треба приділити відповідним регламентам та директивам. Це, зокрема. Директива 2004/58 (права громадян ЄС і членів їх родини вільно пересуватись та мешкати в ЄС), Регламент 1612/68- (доступ та умови працевлаштування), Регламент 1251/70 (право залишатися в країні після закінчення строку працевлаштування). Директива 2004/58 фактично прирівнює права громадян ЄС та членів їх родини до прав працівників та членів їх родини щодо їх вільного пересування і умов проживання та виїзду з території держави-члена перебування.

Коло осіб, що можуть користуватися правом вільного пересування працівників.

Право вільного пересування працівників та членів родини (що передбачено ст. 45 Договору про діяльність ЄС та вторинним законодавством, яке імплементує ст. 45 Договору про діяльність ЄС) надається працівникам та їх родинам.

Договір про Співтовариство не визначає термін *"працівник",* але ЄСП тлумачить його досить ліберально, підкреслюючи, однак, шо головною рисою відносин праці є те, що «у певний проміжок часу особа виконує роботу (надає послугу) для та під керівництвом іншої особи, а в обмін отримує винагороду». У кожному разі статус працівника визначається виключно правом Співтовариства, а не національним законодавством держав-членів. Сфера праці, так само, як і природа юридичних відносин між роботодавцем та працівником (публічно-правовий статус чи приватно-правовий договір), є несуттєвими. Під поняття "працівник" підпадають також і працівники, що зайняті частково, за умови, що вони залучені у реальну та ефективну економічну діяльність, навіть якщо їх зарплата є меншою, ніж розмір мінімальної заробітної плати у відповідній державі. Але економічна діяльність не повинна мати «додатковий характер» до загальної діяльності працівника ЄСП визнав, що до категорії «працівників» входять: професійні спортсмени; професійні учні; сантехніки релігійної громади, проститутки тощо.

До категорії «працівників» у законодавстві Співтовариства входять також особи, які шукають роботу. Проміжок часу, протягом якого працівникові дозволяється залишатися у державі- члені, шукаючи роботу, різний для різних держав-членів ЄС (залежить від національних приписів законодавства), але не може бути меншим, ніж З місяці (але у випадках, коли працівник залежить від соціальних виплат, йому може бути запропоновано виїхати раніше, ніж після закінчення тримісячного періоду). Якщо після закінчення цього строку у працівник строку може довести, що він має реальні перспективи працевлаштування, його не може бути депортовано з держави-члена ЄС.

Директива 2004/58 визначає, що свобода вільного пересування громадян ЄС (працівників і не працівників) поширюється на членів їх сімей. Стаття 2 Директиви 2004/58 дозволяє родині приєднатися до громадянина ЄС, який, знаходиться в іншій державі-члені. Членами родини громадянина ЄС, які мають право приєднатися до нього, вважаються інший з подружжя включаючи зареєстроване партнерство, якщо воно визнається державою-членом перебування фомадянина ЄС, родичі громадянина ЄС та іншого з подружжя за низхідною лінією (тобто діти, онуки тощо) молодші 21 року або якщо вони є утриманцями, і родичі громадянина ЄС та іншого з подружжя за висхідною лінією (тобто батьки, дід, баба тощо), які є утриманцями.

Крім того, Директива 2004/58 закликає держави-члени полегшувати пересування територією ЄС членів родини, яких не включено до кола близьких родичів. Згідно з ч. 2 ст. З Директиви 2004/58 до кола родичів, яких перелічено вище можна додати: утриманців громадянина ЄС або осіб, що мешкали разом з громадянином ЄС у країні, де родина мешкала до переїзду, або тяжко хворі особи, які потребують опіки громадянина ЄС та зареєстровані партнери.

При цьому національність (громадянство) членів родини громадянина ЄС, на відміну від національності самого громадянина ЄС, не має значення (якщо, наприклад, громадянин Великої Британії влаштувався на роботу в Італії, він може переїхати до Італії зі своєю дружиною – громадянкою України та її неповнолітніми дітьми, навіть якщо останні не мають дозволу на проживання у Великій Британії). Ключовим, однак, в таких випадках завжди є транскордонний елемент – факт пересування громадянина ЄС з однієї держави-члена ЄС до іншої. Отже, громадяни ЄС не можуть посилатися на право ЄС щодо вільного пересування громадян ЄС для переселення членів своєї родини – негромадян ЄС до власної держави крім випадків, коли громадянин ЄС працював протягом певного часу в іншій державі-члені й потім повертається працювати до рідної країни (наприклад, якщо після перебування в Італії цей працівник повертається працювати у Велику Британію, британський уряд не може перешкоджати в’їзду разом з ним його дружини та її дітей – громадян України). Проте в таких випадках суди, як правило, прискіпливо перевіряють, чи немає зловживань з боку працівників та членів їх родин при користуванні нормами з вільного пересування осіб.

Під терміном «інший з подружжя (чоловік/дружина) у праві ЄС розуміється будь-яка особа, яка перебуває в законному шлюбі з працівником, при чому це включає також стан розведення (сепарації), але не стан розлучення. Співмешканці прирівнюються до чоловіка/дружини, тільки якщо в державі- члені, про яку йдеться, імміграційне законодавство прирівнює статус співмешканців до статусу подружжя».

Щодо «дітей» ще не існує чіткого визначення співвідношення понять «утриманців» та «родичів по низсхідній лінії» у практиці ЄСП, але існує тенденція досить ліберального тлумачення ЄСП цих понять. Часто «дітьми» вважаються члени родини, що не є в буквальному розумінні родичами по низсхідній лінії.

Право громадян ЄСна вільне пересування у межах ЄС

Право громадянина ЄС на вільне пересування у межах ЄС передбачає:

1) право виїжджати з рідної держави-члена з метою працювати в іншій державі-члені ЄС (Директива 2004/58);

2) право громадян ЄС та членів їх сімей в’їжджати на територію іншої держави-члена без віз строком до З місяців за умови пред’явлення дійсного особистого посвідчення або паспорту (Директива 2004/58);

3) шо у разі перебування на території іншої держави-члена ЄС більше З місяців громадянам ЄС не потрібно отримувати дозвіл на постійне проживання в державі-члені ЄС. Натомість їм потрібно зареєструватись у компетентних владних установах такої держави-члена (Директива 2004/58);

4) право отримувати громадянину ЄС та членами його родини від держави-члена ЄС дозвіл на постійне проживання після п’ятирічного строку легального перебування у цій державі-члені (Директива 2004/58).

Дозвіл на проживання повинен бути чинним принаймні 5 років та продовжуватися автоматично. Важливо, шо права громадян ЄС та їх родин на проживання походять безпосередньо з Договору про Співтовариство, а не з вторинного законодавства Співтовариства чи національного права держав-членів, тому відсутність дозволу на проживання не може бути підставою для відмови при в’їзді чи депортації. Недотримання громадянами ЄС або їх родинами адміністративних вимог не може бути підставою для депортації, хоча держави-члени ЄС й можуть встановлювати за це адміністративні покарання.

Право працівників та їх роди на постійне проживання після закінчення трудових відносин у державі-члені ЄС

Регламент 1251/70, шо імплементує ст. 45 (3) (d) Договору про діяльність ЄС, регламентує право працівників та їх родин за певних обставин залишатися в державі-члені ЄС, де вони працювали, після того, як строк працевлаштування закінчився. Це право викладено в преамбулі Регламенту 1251/70 та є невід’ємною частиною права на постійне проживання працівників. Його може бути реалізовано також членами родини, навіть після смерті працівника.

Згідно зі ст. 2 (1) Регламенту 1251/70 працівники, шо вийшли на пенсію, працівники-інваліди, та транскордонні працівники*,* за дотримання певних умов, мають право залишитися на постійне проживання в країні їх працевлаштування. Транскордонні працівники – це особи, шо працюють на території однієї держави-члена, а мешкають в іншій. При цьому щоб мати право залишитися у відповідній державі-члені після закінчення строку роботи, такі працівники повинні пропрацювати в державі-члені ЄС не менше З років та повертатися до своєї держави після роботи щодня чи принаймні щотижня.

Пенсіонери можуть отримати право на постійне проживання в державі-члені ЄС після досягнення пенсійного віку якщо виконували роботу у відповідній державі-члені протягом не менше 12 місяців та безперервно проживали в цій країні понад З роки. Щодо інвалідів це право з’являється, якщо інвалідність настала під час роботи у відповідній державі-члені ЄС та особа безперервно проживає в цій державі більше 2 років (вимоги мінімального строку проживання немає, якщо інвалідність настала внаслідок нещасного випадку на виробництві або професійного захворювання, що дає право працівникові на державну пенсію).

Згідно зі ст. З Регламенту 1251/70 члени родини працівника також мають право постійного перебування в державі-члені його працевлаштування. Якщо працівник, який набув право на постійне проживання через досягнення пенсійного віку або інвалідність, помирає, його родина зберігає право постійного проживання. Якщо працівник помирає до набуття прав на постійне проживання, члени його родини також матимуть ці права, якщо;

а) працівник на момент смерті безперервно мешкав на території відповідної держави-члена протягом принаймні 2 років;

б) його смерть сталася через нещасний випадок на виробництві чи через професійне захворювання; в) інший з подружжя, що пережив, є громадянином держави-члена;

г) інший з подружжя, що пережив, утратив громадянство цієї держави-члена ЄС через шлюб з померлим працівником.

На осіб, які набувають права постійного проживання за Регламентом 1251/70, також поширюється принцип рівного ставлення, який закріплено в Регламенті 1612/68, тобто такі особи можуть користуватися всіма благами так само, як і громадяни відповідної держави-члена.

Винятки щодо державних службовців

Стаття 45 (4) Договору про діяльність ЄС дозволяє державам- членам встановлювати деякі обмеження на вільне пересування працівників, якщо йдеться про заборону чи обмеження доступу громадян інших держав-членів ЄС до роботи на державній службі (англ. *public service).* Цей виняток, як правило, інтерпретується ЄСП досить вузько, оскільки, природно, серед держав-членів ЄС існує тенденція використовувати цей виняток для звуження та обмеження застосування загального правила про свободу пересування всупереч його призначенню.

У визначенні, чи належить конкретна посада до державного сектору, ЄСП застосовує функціональний*,* а не інституціональний(органічний) підхід, тобто бере до уваги природу виконуваної роботи, замість того, щоб автоматично включати цілі сектори зайнятості в поняття державної служби Державною службою*,* за правом ЄС, визнаються лише посади, які передбачають особливі відносини лояльності з державою, – саме тому доступ до них громадян інших держав-членів може бути обмежений або заборонений. Прикладами такої служби можуть бути армія, поліція, судові органи, вищі ешелони державних службовців. Нотатка 72/2 Європейської Комісії від 1988р. підтверджує слушність такого підходу та визначає 4 види діяльності, які навряд чи можуть вважатися державною службою, бо є «досить віддаленими» від неї: це охорона громадського здоров’я, викладання в державних освітніх закладах, дослідницька робота невійськового характеру в державних установах та робота в державних органах, відповідальних за управління господарською діяльністю.

Наприклад, поняття «державна служба» не включає посади вчителя в державній школі, медичної сестри в державній лікарні, моряка працівника органів місцевого самоврядування, тощо. Водночас, ст. 45 (4) Договору про діяльність ЄС пошириться на посади урядових архітекторів, ревізорів та, за певних обставин, навіть нічних сторожів.

Обмеження вільного пересування громадян ЄС

За аналогією з вільним рухом товарів, допускається встановлення обмежень вільного пересування громадян ЄС на підставах захисту публічного порядку, державної безпеки та громадського здоров’я. Про це йдеться в ст. 45 (3) Договору про діяльність ЄС, яку імплементує Директива 2004/58 (що має пряму дію). Директива 2004/58 стосується всіх заходів держав-членів ЄС щодо регулювання в’їзду та проживання на території, видання та продовження дозволів на проживання та депортації громадян ЄС на підставі необхідності захисту публічного порядку, державної безпеки та громадського здоров’я. Стаття 27 Директиви 2004/58 відзначає, що такі обмежувальні заходи не можуть ґрунтуватися на економічних міркуваннях та мають використовуватися згідно з принципом пропорційності відповідно до поведінки конкретної особи. Під «обмежувальними заходами» розуміються будь-які дії, що стосуються прав, які охоплюються ст. 45 Договору про діяльність ЄС.

Обмеження на підставах захисту публічного порядку та державної безпеки може бути встановлено щодо конкретного індивіда лише виходячи з його особистої поведінки. При цьому повинна бути «справжня та досить серйозна загроза якомусь з фундаментальних інтересів суспільства» несуттєвою є належність у минулому до певної забороненої організації, суттєвою є лише наявна, теперішня приналежність чи діяльність. Неприпустимою є депортація індивіда «заради прикладу для інших»

Досить суперечливим є питання про застосування суворіших стандартів до іноземних громадян. У відомій справі *Van Duyn* ЄСП визнав безпідставною відмову британської влади громадянці Нідерландів щодо в’їзду до Великої Британії, бо позивачка пані Ван Дайн мала намір працювати в Церкві Саєн- тології, що вважається суспільно небезпечною, хоч саму цю секту й не було заборонено у Великій Британії. Пізніше в рішенні за об’єднаними справами «*Adoui* та *Согпаіііе* v. *Belgian State»* (де французькі проститутки намагалися отримати дозвіл на проживання в Бельгії, де проституція не заборонена) ЄСП встановив, що держави-члени ЄС не можуть відмовляти громадянам інших держав-членів у праві на проживання на підставі їх поведінки чи діяльності, якшо аналогічна поведінка чи діяльність громадян відповідної держави-члена не є забороненою у цій країні.

Попередня або непогашена судимість чи обвинувачення необов’язково будуть підставою для обмеження вільного пересування осіб у Співтоваристві. У кожному разі повинна задовольнятися умова «справжньої та достатньо серйозної загрози громадському порядку» держави-члена. Попередня судимість може бути свідченням про небезпечну особисту поведінку лише якщо особа становить актуальну загрозу громадському порядку держави-члена (є підстави побоюватися рецидиву).

Проте все ж таки можливо, що сама минула поведінка особи буде достатньою для становлення актуальної загрози: ви таких випадках негативна поведінка повинна бути «достатньо серйозною».

Поняття «державна безпека» не є чітко визначеним у справах, вирішених ЄСП, і на практиці воно тлумачиться досить широко та часто виступає альтернативою «публічного порядку». Трапляються ситуації, коли поведінка особи може загрожувати як «публічному порядку», так і «державній безпеці» (наприклад, тероризм).

«Громадське здоров’я»може бути підставою для встановлення обмежень прав на в’їзд та проживання лише якщо особа хворіє на якусь із інфекційних хвороб, зазначених у документах Всесвітньої Організації Охорони Здоров’я та інші інфекційні та паралітичні хвороби, якщо в державах-членах існують обмеження прав пересування осіб з такими хворобами для власних громадян. Якщо особа захворіла на якусь з зазначених хвороб після трьох місячного строку перебування на території держави-члена, це не може слугувати підставою для відмови на продовження дозволу на проживання та подальшої депортації.

Директива 2004/58 передбачає також деякі процесуальні гарантії для осіб, які прагнуть здійснити свої права на в’їзд та проживання в державах-членах ЄС. Це, зокрема, обов’язок держав-членів ЄС оголошувати підстави для рішень, що обмежують вільне пересування громадян ЄС, якщо тільки ця інформація не становить державної таємниці (недотримання цієї вимоги може бути підставою для скасування рішення в судовому порядку); надання державами-членами громадянам інших держав-членів таких самих можливостей з оскарження адміністративних дій та рішень, як і власним громадянам. Якщо все ж таки прийнято рішення про депортацію, строк видворення з держави-члена, крім особливо термінових випадків, не може бути меншим 1 місяця з моменту інформування особи про таке рішення.

В Англії вважається, що власність – це основний охоронюваний об’єкт, власність - це підґрунтя розвитку капіталізму. В 1968 році був прийнятий закон «Про крадіжку», – упорядкований кодекс- ний закон. А в 1971 році – закон «Про відповідальність за кримінально карані майнові злочини», в 1990 році - закон «Про комп’ютерні зловживання».

Крадіжкою*,* згідно статті 1 закону 1968 року, буде вважатися діяння в тому випадку, якщо особа незаконно присвоює майно, яке належить іншій особі, з наміром назавжди позбавити, його цього майна. Крадіжкою може бути не тільки таємне, але й відкрите викрадення. Злочин за цією статтею може розглядатися із пред’явленням обвинувачуваного акту або за спрощеним порядком (тільки за бажанням обвинуваченого). В Англії відсутня диференційована відповідальність в залежності від розміру спричиненої шкоди. Максимальне покарання за цей вид злочину можливо розміром 10 років тюремного ув’язнення. В даному випадку *Actus Reus* буде привласнення власності іншої особи, а *Mens Rea* – протиправність і намір назавжди позбавити іншу особу цього майна. Необов’язково щоб річ належала власнику, вона може знаходитися у нього і на зберіганні, і в користуванні.

Власністю вважається не тільки матеріальні речі, але й права: право на отримання будинку, авторське право, право на торгову марку або торговельний знак, тобто розуміється дуже широко. Викраденим може бути не лише рухоме, але й нерухоме майно. Земля може бути предметом викрадення, але тільки у визначеного кола осіб. Інформація не входить в поняття власності, згідно закону 1990 року «Про комп’ютерні зловживання».

Діяння не буде вважатися крадіжкою, якщо особа, яка вилучає річ, вважала, що має право це зробити і вона впевнена, що річ належить саме їй, тобто немає протиправного привласнення. Цей момент регулюється прецедентом за справою Ізел, жінку не визнали винною, тому як не було привласнення, а тільки перевірка, В Англії, на відміну від Франції переслідується кримінальним законом крадіжка одним з подружжя в сім'ї.

*Пограбування (robbery).*

Згідно СТ.8 Закону «Про крадіжку», особа винна в пограбуванні, якщо вона викрадає будь-що і безпосередньо перед цим, під час цього і для цього використовує фізичну силу або погрожує п застосуванням. Застосоване насильство або насильство, яким погрожують, може бути небезпечним або безпечним життя і це є ознаками грабежу і розбою. Існує також поняття крадіжки, поєднаної (обтяженоі') з насильством. Насильство може бути застосовано або із загрозою його застосування, але таким, що може бути реально здійсненим. Покарання за пограбування – тюремне ув’язнення на строк навіть до довічного.

Якщо насильство застосовується після вилучення речі, то це'не буде вважатися пограбуванням. Такий злочин є поширеним, і суди нерідко підвищують за нього покарання для того, щоб збити :^иліо злочинності.

*Берглері (burglary).*

У цього виду злочину існує декілька елементів:

а) злам;

б) входження;

в) в жиле приміщення іншої особи;

г) з наміром вчинити фелонію;

д) в нічний час.

Це не завжди крадіжка зі зламом, а будь-яка фелонія (вбивство, ґвалтування тощо), але викрадення чого-небудь – це самий поширений мотив. Зламом вважається проникнення в будь-яке приміщення, в тому числі будь-який засіб для перевезення або частину приміщення, як порушення права володіння з наміром викрадення будь-чого, спричинити серйозні тілесні ушкодження, вчинити гвалтування або пошкодити що-небудь. Спосіб проникнення може бути самим різним: через вікно, необов’язково зламом, – можливо і через незакриті двері.

Входженням вважається, якщо особа проникає в приміщення або його частину, але не обов’язково в неї був злочинний намір вчинити фелонію. Даний вид злочину карається тюремним ув’язненням на строк до 14 років. Обтяжуючими обставинами, згідно статті 6 закону 1968 року, будуть вважатися такі: якщо при вчиненні зламу або входження особа мала при собі вогнепальну зброю або її імітацію, будь-яку іншу зброю або вибухову речовину, або пристрій для здійснення злочину, в цьому випадку покарання можливо і до довічного позбавлення волі.

Магістри повинні знати які інші злочини проти власності (крім викрадення) передбачені в кримінальному праві Англії?

Шахрайство – це, відповідно закону 1968 року придбання чужого майна шляхом обману. Може мати багато різновидів. Наприклад, придбання Грошових вигід або будь-яких послуг шляхом обману. Елементи злочину;

а) обман може бути явно вираженим або таким, що мається на

увазі;

б) обман може бути по відношенню факту або права;

в) він має бути умисним, але на практиці визнається і з необережності.

Покарання за даний вид злочину – до 10 років тюремного ув’язнення.

Вимагання або шантаж (extortion, blackmail), – має місце, якщо особа з метою отримання будь-яких вигід для себе або іншої особи, або з наміром спричинення шкоди іншій особі ставить необґрунтовані вимоги, які супроводжуються погрозою. Погроза може бути у виді застосування сил або нанесення будь-якої іншої шкоди (наприклад, репутації). Покарання за даний вид злочину – до 14 років тюремного ув’язнення. Не буде складу злочину, якщо особа впевнена, що має законне право вимагати з використанням погрози (в цьому випадку вона визнається належною для посилення вимоги).

Комп’ютерні зловживання. Згідно закону 1990 року їх існує 3 види:

1. Несанкціоноване проникнення до комп’ютерної системи (за відсутністю спеціального наміру), навіть без спричинення будь-якої шкоди, карається позбавленням волі на строк до 6 місяців і (або) штрафом до 5 000 фунтів.
2. Несанкціоноване проникнення до комп’ютерної системи з наміром вчинити одно або кілька злочинів, які караються точно визначеним покаранням, яке передбачено законом «Про крадіжку» і являє собою такі види як позбавлення волі на строк більше 5 років (наприклад, підлог або шахрайство). Карається позбавленням волі на строк до 5 років і (або) штрафом.
3. Особа вчиняє будь-яку дію, яка спричиняє несанкціоновані зміни в комп’ютерній системі (вилучає інформацію, уражує комп’ютерним вірусом), в цьому випадку призначається покарання, як і в попередньому випадку.

Приховування викраденого*.* Відповідно закону 1968 року особа є винною, якщо знаючи або припускаючи, будучи впевненою в їх крадіжці, особа бере речі, домовляється або допомагає в їх отриманні, зберігає їх або переміщую, використовує їх для себе або реалізує їх іншій особі, домовляється про ці дії та надає допомогу в цьому. Це можуть бути будь-які речі, за виключенням землі. Однієї підозри, що речі викрадені недостатньо. Але коли важко встановити Mens Rea, то суд приймає до уваги чи не було судимою особа раніше протягом останніх 5 років за подібний злочин. Судимість буде вважатися підставою того, що особа знала. Покарання за даний вид злочину – до 14 років тюремного ув’язнення.

Відповідальність за майнові злочини регулюється схожим чином, як і в Англії. Зберігається різнобій в регулюванні відповідальності за ці злочини законодавством різних штатів: в деяких штатах, а також і на рівні федерації регулювання застаріле. В основному відповідальність за ці злочини регулюється законодавством штатів. Однак і в федеральному законодавстві є окремі норми, але вони не систематизовані (фрагментарні). В законодавстві одних штатів міститься розподіл злочинів на окремі групи (Нью-Йорк та ін.). В законодавстві інших штатів таке групування відсутнє.

За КК штату Нью-Йорк ці злочини розподіляються на 2 групи:

* посягання, пов’язані із спричиненням шкоди і проникненням в чуже приміщення і
* посягання, пов’язані з викрадання.

Розглянемо спочатку другу групу.

Крадіжка.

Підрозділяється на 2 види: велику і дрібну. Дрібна крадіжка є місдімінором класу А, сума викраденого – до 1 000 доларів. Карається тюремним ув’язненням строком до одного року. Велика крадіжка підрозділяється на 4 ступені.

Велика крадіжка 4-го ступеню: сума викраденого більше 1 000 доларів; викрадене майно має являти собою публічний документ, громадський запис, правовий акт; викрадення майна (незалежно від суми) шляхом вимагання. Така крадіжка є фелонією класу В. Покарання - тюремне ув’язнення строком до 4 років.

Велика крадіжка третього ступеню: сума викраденого більше 3 000 доларів. Це фелонія класу Д. Покарання – до 7 років тюремного ув’язнення.

Велика крадіжка другого ступеню: викрадення майна (незалежно від вартості) шляхом вимагання із залякуванням потерпілого тим, що йому або його майну буде спричинена шкода; крадіжка на суму більше 50 000 доларів. Це фелонія класу С. Покарання – до 15 років позбавлення волі.

Велика крадіжка першого ступеню: сума викраденого більше 1 мільйону доларів. Це фелонія класу В. Покарання – до 25 років позбавлення волі.

Відповідно КК штату Огайо передбачається широке визначення крадіжки: «нікому, хто має намір позбавити власника або послуг, не дозволено усвідомлено встановлювати або здійснювати контроль по відношеную до майна або послуг:

* без згоди власника;
* за межа:ми ясно вираженої або такої, що мається на увазі, згоди власника;
* шляхом обману;
* шляхом погроз і здійснення погроз».

Крадіжка підрозділяється на дрібну (сума викраденого менше 300 доларів) – це місдімінор першого ступеню, і крадіжку велику (сума викраденого від 300 доларів до 5 000 доларів або якщо особа була раніше судимою за крадіжку) – це фелонія четвертого ступеню. Якщо вартість викраденого майна більше 5 000 доларів або суб’єкт був судимий за крадіжку два чи більше разів, то це велика крадіжка, фелонія третього ступеню.

Відповідно КК штату Каліфорнія*.* Крадіжці присвячена п’ята глава КК, яка має багато анахронізмів (наприклад, відповідальність за крадіжку золотого пилу, амальгами, собак).

Виділяють дрібну та велику крадіжки, ступені великої крадіжки відсутні. Велика крадіжка – це викрадення грошей, послуг, рухомості або нерухомості вартістю більше 400 доларів. У всіх інших випадках – це дрібна крадіжка. Покарання за велику крадіжку (якщо вона вішючає в себе викрадення вогнепальної зброї) – утримання у в’язниці штату строком 16 місяців, 2 або З роки; в інших випадках – тюремне ув’язнення у в’язниці округу строком до одного року або, на розсуд суду, у в’язниці штату. Дрібна крадіжка карається штрафом до 1 000 доларів і (або) позбавленням волі у в’язниці графства до 6 місяців.

Пограбування. Це найбільш поширений злочин. В більшості штатів пограбування підрозділяється на ступені, але в деяких штатах ступені пограбування відсутні (наприклад, штат Міннесота). Пограбування - це складний злочин з двома об’єктами посягання: особа і власність. У КК штату Міннесота пограбування знаходиться в розділі про злочини проти особи.

Відповідно КК штату Нью-Йорк пограбування – це насильг ницьке викрадання, якщо в ході здійснення крадіжки особа застосовує або погрожує негайним застосуванням фізичної сили проти іншої особи з метою подолання опору при вилученні, майна або його утримання безпосередньо після його вилучення, або з метою нонудити власника або іншу особу віддати це, майно чи здійснити іншу поведінку, яка, сприяє вчиненню крадіжки.

Пограбування підрозділяється на три ступені. Третій ступень: особа насильницьким чином викрадає майно (простий склад). Це фелонія класу Д. Покарання – до семи років позбавлення волі.

Другий ступень: особа діє за допомогою іншої особи, що знаходиться на місці вчинення злочину або спричиняє шкоду будь-якій особі (крім співучасника) або демонструє те, що може здатися або статися вогнепальною зброєю. Це фелонія класу С. Покарання – до 15 років позбавлення волі.

Перший ступень:

1. особа в ході здійснення злочину і під час втечі спричиняє тяжку тілесну шкоду особі, яка не є співучасником злочину;
2. особа озброєна смертоносною зброєю і погрожує її застосуванням, демонструє те, що може бути пістолетом, автоматичною зброєю, рушницею тощо (вогнепальною зброєю). Захистом може бути те, що вогнепальна зброя не була зарядженою (дії кваліфікуються за іншою статтею).

Це фелонія класу В. Покарання – до 25 років позбавлення волі.

Відповідно КК штату Огайо пограбування є фелонією за обтяжуючих обставин. Тяжкому пограбуванню притаманні наступні ознаки: наявність небезпечної зброї, спроба спричинення тяжкої тілесної шкоди особі.

Тепер розглянемо першу групу – *Burglary,* Час вчинення burglary відповідно законодавству багатьох штатів є кваліфікуючою ознакою. В деяких штатах це час між сходом та заходом сонця, час, коли важко розрізняти риси обличчя людини, з 23 годин до 9 годин ранку.

Відповідно КК штату Нью-Йорк є три склади порушення права володіння і burglary трьох ступенів.

Burglary третього ступеню*,* особа усвідомлено проникає в приміщення і незаконно там залишається з наміром здійснити злочин (простий склад). Це фелонія класу Д. Покарання – до семи років позбавлення волі.

Burglary другого ступеню: особа для проникнення вприміщення або знаходячись там озброєна або спричиняє тілесну шкоду особі, яка знаходиться в приміщенні. Це фелонія класу С. Покарання – до 13 років позбавлення волі.

Burglary першого ступеню*:* особа проникає в приміщення (житло), озброєною вибуховою або смертоносною зброєю, спричиняє тілесну шкоду особі, яка не є учасником злочину. Це фелонія класу В. Покарання – до 25 років.

Відповідно *КК* штату Каліфорнія є burglaiy двох ступенів. Це проникнення в приміщення з метою вчинення крадіжки або іншої фелонії.

*Burglary* першого ступеню – це проникнення в жиле приміщення або в приміщення, яке призначено для житла. Карається ув’язненням у в’язниці щтату строком на 2, 4, 16 років. В інших випадках буде burglary другого ступеню з покаранням в виді тримання у в’язниці графства строком на два роки або у в’язниці штату (на розсуд суду).

Відповідно *КК* штату Огайо *є* простий склад (проникнення в зайняту будівлю з наміром вчинити крадіжку (в широкому сенсі) або інші фелонії).

Тяжке burglary: порушник спричиняє або намагається спричинити шкоду особі, яка знаходиться в приміщенні, або порушник має при собі смертоносну зброю. Покарання можливе у виді позбавлення волі як на визначенні! термін, так і довічно. Якщо було завдано тяжкої тілесної шкоди або смерть потерпілому, то покарання призначається в виді смертної кари.

Магістри повинні знати яка відповідальність за знищення майна передбачена в кримінальному праві США?

Пошкодження або знищення майна.

Відповідно КК штату Нью-Йорк пошкодження майна може бути 4 ступенів.

Четвертий ступінь: особа пошкоджує майно необережно на суму більше 250 доларів. Це місдімінор класу А.

Третій ступінь: особа з наміром пошкоджує майно на суму більше 250 доларів. Це фелонія класу Е. Покарання – до 4 років позбавлення волі.

Другий ступінь: особа з наміром спричиняє шкоду майну на суму більше 1 500 доларів. Це фелонія класу Д. Покарання – до семи років позбавлення волі.

Перший ступінь: особа з наміром пошкоджує майно вибуховою речовиною. Це фелонія класу В. Покарання – до 25 років.

Підпал.

Відповідно КК штату Нью-Йорк передбачено підпал чотирьох ступенів. Простий склад (четвертий ступінь): особа з необережності пошкоджує приміщення або будівлю, що призначені для ведення бізнесу, або транспортний засіб через умисне розпалювання вогню або спричиненням вибуху. Це фелонія класу Е. Покарання – до 4 років позбавлення волі.

Перший ступінь: особа з наміром пошкоджує будівлю або транспортний засіб вогнем або вибухом, які спричинені будь-яким транспортним пристроєм, що був запущений або кинутий, вміщений всередину будівлі або біля неї, якщо в будівлі або в транспортному засобі був хтось або була спричинена тяжка шкода, або це здійснюється з метою отримання вигід. Виконавець знав або міг розумно вважати, що в приміщенні знаходяться люди. Це фелонія класу А1. Покарання – довічне ув’язнення, якщо були людські жертви – то смертна кара.

Студенти повинні знати які види комп’ютерних злочинів передбачені в кримінальному праві США?

Комп’ютерні злочини*.* В різних штатах відповідальність визначається різним чином.

Відповідно КК штату Нью-Йорк є 20 «комп’ютерних» складів; комп’ютерне втручання, несанкціоноване використання комп’ютера тощо.

За КК штату Каліфорнія (параграф 502) караними визнаються:

1. несанкціоноване використання комп’ютера, в том числі для отримання грошей, інших майнових вигід, інформації;
2. змінення і знищення комп’ютерної інформації або програм, зараження вірусом.

Максимальний строк покарання – до трьох років позбавлення волі і(або) штраф – до 5 000 або 10 000 доларів.

Студенти повинні знати які злочини проти власності передбачені в кримінальному праві Німеччини?

Основним джерелом відповідальності за злочини даної групи є КК 1871 року в новій редакції 1999 р. Злочинам проти власності в ньому присвячено 7 розділів з 28. Ці розділи:

* крадіжка і привласнення;
* розбій і вимагання;
* шахрайство і зловживання довірою;
* приховування краденого;
* банкрутство;
* пошкодження майна;
* злочинні дії проти конкуренції.

Але не всі склади злочинів проти власності містяться в КК. В 1954 році був прийнятий так званий господарсько-кримінальний закон, до якого увійшли порушення в галузі економіки, конкуренції і т.ін.

Особливість: казуїстичність визначень. Великий розмір викраденого не грає ролі при кваліфікації: німецький закон захищає право власності, а не само майно.

Крадіжка (ст.242 КК):

Крадіжка полягає в тому, що особа вилучає в іншої особи чужу рухому річ, з наміром звернути її в свою власність або власність іншої особи.

Предметом тут є лише рухомі речі. Енергія, наприклад, відноситься до предмету злочинів в окремому розділі. Питання про приналежність речі розглядається з позицій цивільного права. Мотив не впливає на кваліфікацію крадіжки.

Суб’єктивна сторона – прямий умисел. Крадіжка відрізняється від тимчасового користування річчю.

Покарання – до 5 років позбавлення волі або штраф.

Крадіжка за обтяжуючих обставин:

Покарання від З місяців до 10 років позбавлення волі.

До обтяжуючих обставин відносяться:

1. злам, або використання підробленого ключа, або якщо злочинець приховувався в приміщенні;
2. викрадена річ знаходилася під спеціальною охороною (сейф і т.ін);
3. вчинення крадіжки як промислу;
4. викрадення речі з церкви;
5. викрадення речі, яка має значення для науки, мистецтва,історії, якщо вона публічно експонується;
6. використання безпорадного стану власника або іншої особи, в якої знаходиться майно;
7. викрадення особистої вогнепальної зброї, кулемету, автомату та іншої автоматичної зброї або вибухової речовини.

За кражу, яка вчинена із застосуванням зброї, або здійснену бандою встановлюється відповідальність в виді позбавлення волі строком від 6 місяців до 10 років (ст.244 КК).

Привласнення (ст.24бКК): Це звернення в свого власність чужого рухомого майна, яке знаходиться на зберіганні або в довірчий власності.

Покарання – позбавлення волі строком до З років або штраф.

Сімейна крадіжка (ст.247КК):

Це крадіжка у родича, опікуна чи співмешканця. Переслідується в кримінальному порядку лише за скаргою потерпілого.

Cт. 248 КК:

«а» – привласнення і крадіжка майна, що має малозначну вартість.

Переслідується лише за скаргою потерпілого або, коли суд і правоохоронні органи вважатимуть це необхідним.

«в» – незаконне використання транспортного засобу (угон).

«с» крадіжка електроенергії.

Покарання – до 2-х років позбавлення волі або штраф.

Розбій та вимагання (ст.249 КК):

Хто із застосуванням насильство або із загрозою застосування насильства, що є небезпечним для життя і здоров’я, вилучає чуже рухоме майно з наміром обернути його в свою власність або власність іншої особи, карається позбавленням волі строком не менше 1 року. Можливо і більш суворе покарання.

Розбій за обтяжуючих обставин:

1. з покаранням не менш 3-х років позбавлення волі: погроза зброєю або іншим небезпечним засобом; використання іншого засобу, щоб перешкодити іншій особі; тяжка шкода здоров’ю потерпілого.
2. з покаранням не менш 5 років позбавлення волі: застосування зброї або іншого небезпечного засобу;
3. фізичні тортури (мучення), пов’язані з небезпечністю заподіяння смерті потерпілому.

Розбій, що спричинив смерть потерпілого, карається позбавленням волі на строк від 10 до 15 років, або довічним ув’язненням.

Розбійна крадіжка карається як і розбій.

Вимагання (ст.253 КК)

Хто з використанням насильства або його погрозою примушує потерпілого до вчинення чи утримання від вчинення будь-якої дії і тим спричиняє шкоду майну потерпілого з метою незаконного збагачення карається позбавленням волі в строк до 5 років або штрафом.

Таке діяння є протиправним, якщо шкода або загроза шкоди визнаються негожий. Наприклад, якщо особа вимагає повернути борг, то вимагання не буде.

Обтяжуючими обставинами є:

вчинення вимагання в виді промислу, або бандою.

Такі діяння караються позбавленням волі строком до 15 років.

Розбійне вимагання (ст.255 КК):

Таке діяння вчиняється із застосуванням насильства, або з загрозою його застосування, що є небезпечним для життя і здоров’я.

Приховування (ст.2бО КК):

Визначення приблизно таке ж як і в українському, а також в російському кримінальному праві. Карається позбавленням волі строком від 6 місяців до 10 років. У випадках вчинення приховування в виді промислу або бандою - покарання передбачено у виді позбавлення волі на строк від 1 року до 10 років.

Шахрайство (cm. 63 КК):

Особа, яка діючи з наміром отримання майнової вигоди, завдає шкоди власності іншої особи шляхом повідомлення перекручених фактів, приховуванням фактів або введенням в оману карається позбавленням волі на строк до 5 років.

Обтяжуючими обставинами визнаються;

1. вчинення в виді промислу,
2. бандою,
3. в крупному розмірі,
4. із спричиненням шкоди великій кількості людей,
5. доведення потерпілого в стан економічної нужденності,
6. зловживання повноважень посадової особи,
7. фальсифікація настання страхового випадку.

Такі діяння караються позбавленням волі на строк до 10 років.

Які види комп’ютерних злочинів передбачені в кримінальному праві Німеччини?

Комп'ютерне шахрайство (ст.263КК):

«а» – вплив на комп ютерні данні, неправомірне створення програм і т.ін. Карається позбавленням волі на строк до 5 років або штрафом.

«б» – комп’ютерні шахрайства, пов’язані із отриманням кредиту і т.ін.

Також цікаво, що приховування і розтрата заробітної платні караються, наприклад, позбавленням волі строком до 5 років.

Магістри повинні які злочини проти власності (викрадення) передбачені в кримінальному праві Франції?

Основним джерелом правового регулювання кримінальної відповідальності за злочини проти власності є КК 1992 року. В ньому було впорядковано регламентування даного питання.

Особливість: новий КК не містить понять «грабіж» і «розбій». Регламентування відповідальності базується на понятті «крадіжка».

Під кражею розуміють обманне, вилучення майна або електроенергії, що належать іншій особі і вчинене на шкоду їй. Таким чином, кражею є і відкрите викрадення майна. Предмет – будь-яке майно, але не притягується до відповідальності один з подружжя, хто викрав що-небудь у другого.

Основні критерії, що впливають на кваліфікацію:

1. спосіб викрадення (місце);
2. тяжкість тілесної шкоди, що була спричинена потерпілому;
3. наявність зброї;
4. характер організації.

Проста крадіжка:

Це обманне вилучення майна, що належить іншій особі. Покарання - позбавлення волі строком до 3-х років і штраф.

Своєрідним нововведенням є склад злочину "крадіжка електроенергії". Така крадіжка визначається і карається так як і проста.

Обтяжуючі обставини;

* 1. вчинення крадіжки кількома особами;
  2. публічною посадовою особою, або особою, що виступає від її
  3. імені;
  4. із застосуванням насильства, яке не спричинило втрати
  5. працездатності;
  6. крадіжка у особливо безпорадних осіб;
  7. з жилого приміщення, або місця, яке використовується для
  8. зберігання товарів, цінностей і т.ін.;
  9. в транспорті та низка інших.

Наявність однієї обставини з тих, що перелічені вище, карається позбавленням волі па строк більше 5 років і штрафом 5 000 франків. Наявність двох обставин карається позбавленням волі на строк більше 7 років і штрафом 700 000 франків. Три обставини призводять до позбавлення волі на строк більше 10 років і штраф 1млн. франків.

Якщо в наслідок насильства виникла цілковита втрата працездатності до 8 днів, то злочин карається позбавленням волі строком до 7 років і штрафом до 700 000 франків. Якщо працездатність не відновлювалась довше 8 днів – карається тюремним ув’язненням до 10 років і штрафом до 1 мли. франків. Якщо в наслідок насильства спричинено каліцтво або настання хронічного захворювання покарання збільшується до 15 років ув’язнення і штраф до 1млн. франків. Якщо насильство призвело до смерті, або застосовувались тортури чи акти жорстокості, то покарання призначається у виді довічного позбавлення волі і штраф до 1 млн. франків.

Якщо крадіжка була вчинена із застосуванням зброї або загрозою її застосування без законного на то дозволу, то таке діяння карається позбавленням волі строком до 20 років і штрафом до 1 млн. франків. Якщо таке діяння було вчинено бандою, то воно карається позбавленням волі до ЗО років і штрафом до 1млн. франків,

В тому випадку, якщо банда діяла без застосування насильства, то така крадіжка карається позбавленням волі до 15 років і штрафом. Якщо ж з насильством, але без зброї – до 20 років ув’язнення і штраф 1 млн. франків.

Особливість: можна помітити, що розмір штрафу практично не змінюються. Але юридичні особи за аналогічні діяння караються штрафом до 5 млн. франків, а у випадку рецидиву – до 10 млн. франків.

Студенти мають орієнтуватись у тому, які інші злочини проти власності (крім викрадення) передбачені в кримінальному праві Франції?

Вимагання:

Особа є винною у вчиненні вимагання, якщо вона шляхом насильства чи погрози його застосування намагається добитися від іншої особи підпису, зобов’язання, відмови від будь-чого, передачі грошових коштів або іншого майна і досягає успіху в цьому.

Карається позбавленням волі строком до 7 років і штрафом до 700 000 франків. Якщо насильство призвело до втрати працездатності на строк до 8 .днів, або здійснювалось по відношенню до особливо вразливих осіб, то злочин карається позбавленням волі до 10 років і штрафом.

При вчиненні злочину озброєною бандою, покарання встановлюється у виді позбавлення волі, можливо довічного. Якщо банда застосувала насильство, яке спричинило хронічне каліцтво - покарання призначається до ЗО років ув’язнення і штраф до 1млн. франків.

Шантаж:

При шантажі передача досягається ишяхом погрози оголошення фактів, які можуть принизити честь та гідність особистості.

Карається позбавленням волі строком до 5 років і штрафом до 500 000 франків.

В тому випадку, якщо шантажист виконав свою погрозу, злочин карається позбавленням волі строком до 7 років і штрафом.

Шахрайство:

Особа винна у вчиненні шахрайства, якщо вона за допомогою обману фізичної або юридичної особи, шляхом використання вигаданого ім’я, посади, положення, шляхом зловживання службовим положенням схиляє потерпілого на шкоду собі або третім особам передати гроші, інше майно, надати послугу і т.ін.

Карається позбавленням волі строком до 5 років і штрафом до 2,5 млн. франків.

1. Обтяжуючі обставини:
2. якщо шахрайство здійснгоється посадовою особою або особою,
3. яка незаконно виступає від п імені;
4. особого, яка звертається до населення з метою емісії коштів або
5. збору коштів на гуманітарні і соціальні потреби;
6. якщо шахрайство здійснюється, по відношенню до особливо
7. вразливих осіб;
8. якщо шахрайство організовано бандою.

Покарання – позбавлення волі строком до 7 років, а також штраф розміром в 5 млн. франків.

Всі види шахрайства є проступками.

Магістри повинні знати яка відповідальність за знищення майна передбачена в кримінальному праві Франції?

Знищення, пошкодження і псування майна:

Карається позбавленням волі строком до 2 років і штрафом в 200 000 франків.

Обтяжуючі обставини: якщо злочин вчинено кількома особами, які діють як співучасники; якщо злочин вчинено по відношенню до працівників правосуддя; якщо злочин вчинено по відношенню до свідка, потерпілого;

якщо злочин вчинено в жилому приміщенні або приміщенні, яке призначено для зберігання товарів чи будь-яких цінностей.

Покарання - позбавлення волі строком до 5 років і штраф в розмірі 500 000 франків.

Необережні злочини з використанням вибухових речовин або підпалу, які здатні створити небезпеку для життя людей караються ув’язненням строком до 10 років і штрафом в 1 млн. франків.

У випадку втрати працездатності потерпілим до 8 днів засудженому призначається покарання у виді позбавлення волі строком до 15 років і штраф -1 млн. франків. У випадку смерті потерпілого - довічне ув’язнення і штраф.

**Лекція 6. Конституція Європейського союзу з питань боротьби із злочинністю (співробітництво поліції і судових органів в кримінально-правовій сфері)**

Незважаючи на зовнішню географічно-комбінаційну розташованість європейської частини континенту Євразія та спільну, на перший погляд, характеристику її правової обо­лонки, спостерігається певне різноманіття правових систем у межах конкретних держав Старого Світу.

Узагалі ці правові системи, на наш погляд, слід окресли­ти трьома групами. Це, по-перше, країни континентального права, які, у свою чергу, умовно можна поділити на два види, а саме: такі, де кримінальне право кодифіковане лише на сторінках кримінального кодексу (це, в основному, ко­лишні соціалістичні країни – Україна, Російська Федерація, Республіка Білорусь, Грузія, а також Республіка Болгарія тощо), і такі, у яких певні кримінально-правові норми міс­тяться також в окремих законах і діють паралельно з кри­мінальним кодексом (як правило, це країни традиційної романо-германської правової сім’ї – ФРН, Іспанія, Австрія тощо) або/та підзаконних нормативних актах (наприклад, у Франції визначення ознак конкретних порушень як різновиду злочинних діянь і санкцій за їх учинення дається ви­конавчою владою в регламентах); по-друге, країни загального права (*common law),* у яких поряд із кримінальними законами та підзаконними актами джерелом права є судові прецеденти (Об’єднане Королівство Великої Британії та Північної Ірландії-); і, по-третє, держави з так званою змі­шаною правовою системою (мова йде про Скандинавські країни: Данію, Норвегію, Швецію, Фінляндію та Ісландію, право яких характеризується спільними рисами не лише в силу подібності історичних шляхів розвитку, а й тим, що вони (країни) тісно співпрацюють у галузі законодавства). Сутність цієї правової системи полягає в тому, що криміна­льно-правові норми в згаданих країнах містяться і на сто­рінках кримінальних кодексів, і в окремих законах, і в су­дових прецедентах. Останні відіграють значну роль у правотворчому процесі, обумовлюючи чільне місце судової практики серед джерел кримінального права.

Належність правових систем країн Європи до різних правових сімей не могло не накласти свій відбиток і на ре­гулювання питань, пов’язаних із кримінально-правовою забороною торгівлі людьми, а тому в законодавстві певних країн вони вирішуються по-різному. Вочевидь, це пов’яза­но, насамперед, з процесом спільного історичного еволюціо­нування певної групи держав, а також схожістю їх етно­культури, звичаїв і традицій.

У ході дослідження основних питань регулювання забо­рони торгівлі людьми за кримінальним законодавством країн Європи, як, власне, і світу в цілому, вибірково здійс­нюється їх порівняльний аналіз, що дає можливість окрес­лити ті специфічні ознаки, котрі відрізняють норми різних країн, у тому числі й належних до однієї правової сім’ї, одну від одної.

Кожна держава спроможна зробити свій вклад у справу протидії такому ганебному явищу, як торгівля людьми, що пов’язана здебільшого з переміщенням людей із однієї країни в іншу. У механізмі протидії суттєву роль відіграє інститут кримінальної відповідальності. Ефективність його використання пов’язана з низкою чинників, серед яких і зміст та чіткість формулювань відповідних кримінально- правових норм.

Загальний огляд законодавства двадцяти шести європей­ських країн (Австрії, Азербайджанської Республіки, Боснії і Герцеговини, Грузії, Данії, Іспанії, Латвійської Республіки, Литовської Республіки, Нідерландів, Норвегії, Об’єднаного Королівства Великої Британії та Північної Ірландії, Рес­публіки Албанія, Республіки Білорусь, Республіки Болга­рія, Республіки Мальта, Республіки Молдова, Республіки Польща, Республіки Сан-Марино, Республіки Словенія, Російської Федерації, Фінляндії, Федеративної Республіки Німеччини, Франції, Швейцарії та Швеції) дає підставу для констатації, що не в усіх країнах існують спеціальні норми, що передбачають кримінальну відповідальність за торгівлю людьми. Скажімо, такі норми відсутні в Кримінальному законі Латвійської Республіки 1998 року.

Спеціальні норми про кримінальну відповідальність за торгівлю людьми є в кримінальному законодавстві бага­тьох європейських держав, а саме: в кримінальних кодексах Австрії 1974 року, Швейцарії 1937 року, ФРН 1871 року в редакції від 13 листопада 1998 року, Нідерландів 1881 ро­ку, Республіки Білорусь 1999 року, Республіки Польща 1997 року, Республіки Молдова 2002 року, Литовської Республіки 2000 року, Республіки Сан-Марино 1974 ро­ку, Боснії та Герцеговини, який набрав чинності 1 березня 2003 року.

У кримінальному законодавстві більшості цих країн, крім спеціальних норм про відповідальність за торгівлю людьми, існують також інші норми, які можуть бути вико­ристані в боротьбі з цим злом. Так, в КК Республіки Поль­ща передбачена не тільки відповідальність за торгівлю лю­дьми (ст. 253), а й за схиляння до зайняття проституцією з метою одержання майнової вигоди (§ 1 ст. 204), одержання майнової вигоди від зайняття проституцією іншою особою (§ 2 ст. 204), зокрема малолітньою (§ 3 ст. 204), а також за схиляння або вивезення іншої особи за кордон з метою за­йняття проституцією (§ 4 ст. 204) як за злочин проти сексу­альної свободи та моральності (глава XXV). За КК Литов­ської Республіки караною є не лише торгівля людьми (ст. 147), а й купівля або продаж дитини (ст. 157, яка міс­титься в главі XXIII «Злочини та кримінальні проступки проти дитини та сім’ї»), а також одержання доходу від зайняття іншою особою проституцією, у тому числі й за організацію зайняття проституцією або зайняття сутенер­ством чи переправлення особи за її згодою в Литовську Республіку або з Литовської Республіки для зайняття про­ституцією (ст. 307 глави XLIV «Злочини та кримінальні проступки проти моральності»). КК Республіки Білорусь крім торгівлі людьми (ст. 181) передбачає відповідальність за вербування людей для експлуатації (сексуальної або ін­шої"), зокрема вчинене групою осіб за попередньою змовою або стосовно завідомо неповнолітнього (ч. 2 ст. 187) або вчинене організованою групою чи з метою вивезення по­терпілого за межі держави (ч. З ст. 187) як злочини проти особистої волі, честі та гідності (глава 22). Відповідно до КК Республіки Молдова караними є торгівля людьми (ст. 165), рабство та умови, подібні до рабства (ст. 167) як злочини проти волі, честі та гідності особи (глава III), а та­кож торгівля дітьми (ст. 206) як злочин проти сім’ї та не­повнолітніх (глава VII).

У КК Республіки Сан-Марино ст. 168 має назву «Торгів­ля живим товаром і работоргівля», а суміжна ст. 167 – «Обернення в рабство». Обидві норми передбачають відпо­відальність за умисні злочини проти волі особи. У кодексі окремо передбачена відповідальність за такий злочин проти суспільної моралі, як «Торгівля живим товаром для зайнят­тя проституцією» (ст. 268).

Спеціальні норми про кримінальну відповідальність за торгівлю людьми в законодавстві різних країн можуть охоп­лювати далеко не однакове коло діянь. Так, якщо в КК Швейцарії йдеться про караність торгівлі людьми для на­дання пособництва у розбесних діях іншої людини та ство­рення установи для торгівлі людьми як злочин проти стате­вої недоторканності (ст. 196), то в КК Австрії – про кара­ність торгівлі людьми, яка пов’язується з проституцією, як злочинне діяння проти моральності (§ 217). Суміжними злочинними діяннями проти моральності є звідництво (§ 213), сприяння розпусним діям інших осіб, здійснюване за гроші (§ 214), сприяння професійній проституції (§ 215), сутенерство (§ 216), а також работоргівля як злочинне діяння проти волі (§ 104).

У КК ФРН передбачена відповідальність за торгівлю людьми, яка пов’язується із проституцією (§ 180b), зокрема за тяжкий випадок торгівлі людьми (§ 181) як злочинні діяння проти статевого самовизначення. Суміжними діян­нями такої спрямованості є пособництво сексуальним діям неповнолітніх, зокрема здійснюване за винагороду (абз. 2 § 180), сприяння проституції, зокрема надання особі, яка не досягла вісімнадцятирічного віку, квартири або надання у вигляді промислу пристановища чи місцеперебування для зайняття проституцією, а також утримання іншої особи, якій винним надана квартира для зайняття проституцією, або експлуатація її у зв’язку з зайняттям проституцією (абз. 2 § 180а), сутенерство (§ 181а), а також торгівля діть­ми, що проявляється у передачі на тривалий час дитини віком до 14 років, пов’язана з грубим нехтуванням обов’яз­ками з опіки та виховання, за винагороду або з наміром збагачення, як злочинне діяння проти особистої волі (абз. 1 § 236). Суміжними діяннями проти особистої волі є й захоплення людини з метою поставлення її у безпомічний стан, віддання у рабство або кріпосну залежність чи на службу іноземній воєнній або схожій до неї установі (§ 234), ви­крадення неповнолітніх, зокрема дитини для переправлення її за кордон, а також переховування за кордоном після того, як дитина була туди доставлена або сама відправилась за кордон (абз. 2 § 235).

КК Нідерландів установив караність торгівлі людьми, котра пов’язується з проституцією, як злочину проти суспі­льної моралі (ст. 250ter), а також работоргівлі, як злочину проти волі особи (ст. 274).

У КК Боснії та Герцеговини, у главі XVII, норми якої передбачають відповідальність за злочини проти людяності та цінностей, захищених міжнародним правом, міститься не тільки стаття 186 «Торгівля людьми», а й ряд суміжних норм, положення яких можуть бути використані для проти­дії цьому злу, а саме: ст. 185 «Запровадження рабства і транспортування рабів», ст. 187 «Міжнародне звідництво в проституції», ст. 188 «Незаконне відібрання ідентифікацій­них документів», ст. 189 «Контрабанда людей».

Відповідно до ст. 387 КК Республіки Словенія 1994 ро­ку караним є рабство, що включає й торгівлю людьми, як злочинне діяння проти людяності в міжнародному праві (глава 35).

У законодавстві деяких європейських країн відсутні спеціальні норми про кримінальну відповідальність за тор­гівлю людьми, але є статті про караність певних її форм, або схожих до неї суспільно небезпечних діянь. Наприклад, за КК Грузії 1999 року як злочин проти сім’ї та неповно­літніх – ст. 172 – визнано торгівлю дітьми; у КК Азербай­джанської Республіки 1999 року передбачено відповідаль­ність за торгівлю неповнолітніми – ст. 173, як злочин проти неповнолітніх та сімейних відносин, а також за рабство та работоргівлю, як злочини проти миру та безпеки людства – ст. 106.

КК Іспанії 1995 року передбачає відповідальність за пе­редачу особою, яка ухиляється від виконання своїх обов’яз­ків з охорони та захисту, малолітнього іншій особі за плату для встановлення з ним відносин, аналогічних спорідненос­ті, а також за одержання малолітнього, навіть якщо б про­даж був здійснений за кордоном – ст. 222, яка міститься в главі «Незаконне усиновлення, порушення батьківських прав, порушення статусу неповнолітнього»; за передачу малолітнього або недієздатного, якого особа зобов’язана виховувати або навчати, третій особі або в громадську установу без дозволу осіб, наділених певними правами що­до малолітнього або недієздатного на шкоду останньому (ст. 232), а також за таємне використання або надання ма­лолітніх або недієздатних для зайняття жебрацтвом, зокре­ма якщо ці дії супроводжувались торгівлею малолітніми або недієздатними особами (ст. 233) – як злочини проти сімейних прав та обов’язків.

Своєрідні норми містить КК Республіки Болгарія 1968 року: про кримінальну відповідальність за прийняття або давання викупу за дочку чи родичку при взятті шлюбу (статті 178, 192) як злочини проти шлюбу, сім’ї та молоді. Караним є також взяття або затримання (шляхом застосу­вання сили, погрози або обману) у себе дитини віком до 14 років з наміром використати її у корисливих або амо­ральних цілях (абз. 2 ст. 185), примушування малолітнього або неповнолітнього, зокрема до зайняття проституцією (ст. 188). Як злочин проти особи карається викрадення осо­би, зокрема з метою її переміщення за межі країни (п. 7 абз. 2 ст. 142), а також схиляння або примушування жінки до зайняття проституцією або звідництво для розпусти чи статевих зносин, учинене, зокрема, організованою групою або за її допомогою (п. 1 абз. 5 ст. 155), викрадення особи жіночої статі з метою надати її для вчинення розпусних дій, зокрема за межами країни (п. З абз. 2 ст. 156).

Кримінальні кодекси ряду європейських країн містять положення про відповідальність за діяння, які мають оче­видний зв’язок з таким антисуспільним явищем, як торгівля людьми, хоча саме так вони не іменуються.

Наприклад, КК Норвегії 1902 року (виправлений у 1961 році) містить у частині другій «Злочини» главу 21 «Злочини проти особис­тої волі» § 225, яким передбачена відповідальність за здійс­нення поневолення іншої особи або допомогу в цьому (абз. 1), работоргівлі або транспортування рабів чи осіб, призначених для продажу в рабство (абз. 2), а також за змо­ву з метою виконання чи допомоги у вчиненні згаданих актів (абз. 3). § 224 цього кодексу передбачає відповідаль­ність за незаконне доведення (силою, погрозою або закуліною поведінкою) іншої особи до стану безпомічності, вер­бування на іноземну військову службу, взяття в заручники або поставлення її в інший стан залежності в іноземній країні або транспортування за межі країни для використан­ня в розпусних цілях або за причетність до цього. Поправ­ками, що вступили в силу 4 липня 2003 року, передбачено більш жорстке покарання, зокрема, за повторне вчинення цього злочину. Глава 20 «Злочини, пов’язані з сімейними стосунками» містить положення про караність незаконного позбавлення неповнолітнього батьків або утримання без батьків чи інших осіб (§ 216). Якщо такий злочин вчиняєть­ся щодо дитини віком до 16 років з розпусними намірами, винний карається більш суворо – тюремним ув’язненням строком від 6 місяців до 6 років, та ще суворіше – тюрем­ним ув’язненням не менше 1 року, якщо дитині не виповнилось 14 років (§ 217).

Кримінальний кодекс Фінляндії 1889 року у главі 25 «Про злочини проти волі» містить положення про відпові­дальність за одержання контролю (насильством, погрозами або віроломством) над іншим з наміром передати його на військову службу в іншій державі, або в рабство чи кріпа­цтво, або в іншу умову обмеження за кордоном, або в без­помічність у морально небезпечному місці (абз. 1 § 1), а та­кож за торгівлю або транспортування невільників (абз. 2 § 1).

У § 1 а цієї глави йдеться про відповідальність за ві­дібрання іншого від товаришів, навіть за його згодою, з на­міром використати для аморальних цілей, в § 2 – за неуповноважений контроль над дитиною віком до 15 років або відділення дитини від батька, матері чи особи, під чиєю опікою і владою ця дитина перебуває, у § 7 – за одержання контролю (шляхом використання насильства, погрози або іншим способом) над жінкою, якій виповнилось 15 років, і умикання або утримання у своїй владі проти її волі для аморальних цілей або для одруження з нею. У главі 18 «Про злочини проти сімейних прав» говориться, зокрема, про відповідальність за умисне «підсовування» (передачу з обманом) дитини іншій особі або обмін однієї дитини на іншу з метою одержання вигоди для себе або іншої особи (абз. 2 § 2).

Кримінальний кодекс Швеції 1962 року у частині дру­гій «Про злочини» має главу 4 «Про злочини проти волі та громадського спокою», яка містить, зокрема, положення про відповідальність за захоплення та викрадення або позбавлення волі дитини чи будь-якої іншої особи з наміром примусити до роботи або з метою вимагання викупу (абз. 1 ст. 1), за примушування (шляхом незаконного примусу або обману) поступити на воєнну або трудову службу, або по­ставлення в інший схожий стан обмеження, або спонукання кого-небудь відправитись за кордон або залишитись в яко­мусь місці за кодоном, де він або вона можуть перебувати в небезпеці бути підданими переслідуванню, або примуше­ними до тимчасових статевих зносин або іншим чином по­трапити в тяжке становище (ст. 3).

1 липня 2002 року набуло чинності законодавство, що передбачає кримінальну відповідальність за торгівлю лю­дьми в сексуальних цілях, азі липня 2004 року мало набу­ти чинності нове законодавство Швеції, що передбачає як кримінальні злочини всі види торгівлі людьми, включаючи торгівлю для експлуатації в інших цілях, наприклад, при­мусової праці та рабства.

Кримінальний кодекс Данії 1930 року в частині, яка має назву «Окремі злочини», містить главу 26 «Злочини проти особистої волі», у якій іде мова про караність того, хто по­збавляє іншу особу волі з метою, зокрема, одержання на­живи (абз. 2 § 261), а також главу 24 «Статеві злочини», у якій ідеться, зокрема, про відповідальність особи, яка за­ймається звідництвом для одержання вигоди (п. 1 абз. 1 § 228) або схиляє чи допомагає особі, що не досягла 21 року, займатися аморальними статевими зносинами як професій­ною діяльністю, або стосовно будь-якої особи, котра підбу­рює якусь іншу особу покинути країну з метою зайнятися за кордоном аморальними статевими зносинами як профе­сійною діяльністю, або з метою використання цієї особи для такої аморальної діяльності, якщо ця особа не досягла 21 року або не була обізнана з указаною метою (абз. 2 § 228). Поправками, зробленими в червні 2002 року, до КК включено окреме положення про торгівлю людьми, розши­рена можливість здійснення конфіскації у зв’язку зі спра­вами про торгівлю людьми.

У Кримінальному кодексі Франції 1992 року, у книзі другій «Про злочини і проступки проти особи» є розділ II «Про посягання на людську особистість», який включає й главу VI «Про посягання на особу», відділ IV якої «Про відносини батьків та дітей» містить, зокрема, положення про караність підбурювання батьків або одного з них, учи­нене з корисливою метою, або з використанням подарунків, обіцянок, погроз чи шляхом зловживання владою, до зали­шення дитини, яка народилася або яка повинна народитися (абз. 1 ст. 227-12), посередництва між особою, що бажає усиновити дитину, і батьками, які бажають залишити свою дитину, яка народилася або має народитися, учинене з ко­рисливою метою (абз. 2 ст. 227-12), а також посередництво між особою або парою, що бажає прийняти дитину, і жін­кою, котра пропонує виносити в собі цю дитину з метою її передачі. При вчиненні таких дій систематично або з корисливою метою покарання подвоюється (абз. З ст. 227-12). Відповідно до п. 4 абз. 1 ст. 225-7 карається десятьма роками тюремного ув’язнення та штрафом у розмірі 10 000 000 фран­ків звідництво, якщо воно вчинено стосовно особи, яка була примушена до зайняття проституцією поза територією Рес­публіки або після її прибуття на територію Республіки.

За наявності зазначених положень про відповідальність за торгівлю людьми, торгівлю неповнолітніми, торгівлю дітьми, работоргівлю та діяння, що мають очевидну схо­жість з названими злочинами або ж, по суті, становлять прояв останніх, у кримінальному законодавстві країн Євро­пи містяться й традиційні положення про відповідальність за втягнення в проституцію, звідництво, сутенерство тощо (як це має місце, наприклад, у КК Франції – статті 225-5 – 225-12, ст. 226-31). Схожі традиційні положення можуть міститись і в кримінальному законодавстві країн, у якому норми про відповідальність за торгівлю людьми, торгівлю неповнолітніми (малолітніми), работоргівлю відсутні. На­приклад, відповідно до Кримінального закону Латвійської Республіки злочинними діяннями проти моральності та статевої недоторканності є «Примушування до зайняття проституцією» (ст. 164) та «Сутенерство» (ст. 165).

Норми про відповідальність за торгівлю людьми (коли норма так озаглавлена або злочинне діяння так поймено­ване в диспозиції) містяться в кримінальному законодав­стві багатьох країн Європи. Вони містяться в структурних частинах (главах чи розділах) кодексів з досить різними назвами, в яких знаходить відображення ставлення законо­давця до певної соціальної цінності як об’єкта криміналь­но-правової охорони. Це статева недоторканність (п’ятий розділ КК Швейцарії, ст. 196 «Торгівля людьми»), статеве самовизначення (розділ тринадцятий КК ФРН, § 180b «Тор­гівля людьми», § 181 «Тяжкий випадок торгівлі людьми»), моральність (десятий розділ КК Австрії, § 217 «Торгівля людьми»; воля – третій розділ, §104 «Работоргівля»), су­спільна мораль (розділ XIV КК Нідерландів, ст. 250ter, у диспозиції якої йдеться про торгівлю людьми), воля особи (глава II розділу першого «Злочини проти особи» КК Рес­публіки Сан-Марино, ст. 168 «Торгівля живим товаром і работоргівля») та суспільна мораль (ст. 268 «Торгівля жи­вим товаром для зайняття проституцією», що міститься в главі III КК Республіки Сан-Марино), воля людини (глава XX КК Литовської Республіки, ст. 147 «Торгівля людьми»), особиста воля, честь і гідність (глава 22 розді­лу VII «Злочини проти людини» КК Республіки Білорусь, ст. 181 «Торгівля людьми»), воля, честь і гідність особи (глава III КК Республіки Молдова, ст. 165 «Торгівля людь­ми», глава 17 роздіду VII КК Російської Федерації, ст. 127 «Торгівля людьми»), людяність та цінності, захищені між­народним правом (глава XVII КК Боснії та Герцеговини, ст. 186 «Торгівля людьми»), публічний порядок (глава XXXII КК Республіки Польща, ст. 253, у диспозиції якої говориться про торгівлю людьми).

Щодо диференціації відповідальності за злочин, який іменується «Торгівля людьми» або схоже, то вона не має місця в § 1 ст. 253 польського кодексу, в ст. 147 литовсько­го кодексу, а також в ст. 168 КК Республіки Сан-Марино. В аналізованих кримінальних кодексах інших європейських країн, де є такі норми, останні містять вказівки на особливо кваліфікуючі або/та кваліфікуючі ознаки або різновиди вчинення злочину, що обумовлює підвищений ступінь його караності, як, наприклад, у КК ФРН.

Відповідно до ч. 1 ст. 250ter КК Нідерландів особа, вин­на в торгівлі людьми, підлягає тюремному ув’язненню на шість років і штрафу п’ятої категорії (тобто 100 тисяч гуль­денів - ч. 4 ст. 23), якщо:

1. вона актом насилля або іншою дією чи погрозою ін­шою дією або шляхом зловживання владою, що виникла з існуючих відносин, або шляхом введення в оману змушує ін­шу особу займатися проституцією або розпочинає дії в будь- яких вищезгаданих обставинах, які, як вона знає або повинна підставно думати, змусять особу займатися проституцією;
2. вона вербує, бере з собою або викрадає іншу особу з метою змусити її займатися проституцією в іноземній державі;
3. вона змушує неповнолітнього, її або його, займатися проституцією або розпочинає будь-яку дію стосовно цієї особи, якщо вона знає або повинна підставно думати, що ця дія змусить особу займатися проституцією.
4. Кваліфікований вид злочину сформульований у ч. 2 ст. 250tег: «Особа винна в торгівлі людьми і підлягає строку тюремного ув’язнення на вісім років або штрафу п’ятої ка­тегорії:
5. якщо вона вчиняє це правопорушення разом із ще однією або більше особами;
6. стосовно особи, яка ще не досягла шістнадцяти років;
7. якщо внаслідок акту насильства або іншої дії, як ука­зано в частині 1, настають тяжкі тілесні ушкодження».

Особливо кваліфікований вид злочину сформульовано в ч. 3 ст. 250ter: «Дві або більше особи, які разом учиняють торгівлю людьми за обставин, вказаних у ч. 2 (2) або (3), підлягають тюремному ув’язненню строком на десять років або штрафу п’ятої категорії».

Відповідно до ч. 1 ст. 251 КК Нідерландів при засу­дженні за правопорушення, визначене, зокрема ст. 250tег, може бути призначено позбавлення прав, перелічених у ст. 28, ч. 1 (1) (займати державну посаду або певні посади), (служити у збройних силах), (4) (бути радником в судах або адміністративною посадовою особою). Відповідно ж до ч. 2 ст. 251, якщо злочинець у правопорушенні, визначе­ному, зокрема, в ст. 250tег, вчиняє злочин у ході зайняття своєю професійною діяльністю, він може бути позбавлений права займатися цією професійною діяльністю.

Відповідно до абз. 1 ст. 186 «Торгівля людьми» КК Бос­нії та Герцеговини той, хто бере участь у вербуванні, пере­дачі, переховуванні або одержанні людей шляхом погроз або використання сили чи інших форм примушування, викрадення, шахрайства, обману, зловживання владою або станом уразливості чи даванні або одержанні плати або ви­год для одержання згоди особи, яка має контроль над ін­шою людиною, з метою експлуатації, карається ув’язнен­ням на строк від одного до десяти років.

Кваліфікований вид злочину сформульований в абз. 2 ст. 186 цього КК, відповідно до якого той, хто вчиняє кри­мінальне правопорушення, згадане в абз. 1 цієї статті, про­ти юної особи (тобто молодше 21 року), карається ув’язнен­ням на строк не менше 5 років. Особливо кваліфікований вид розглядуваного злочину вчиняє той, хто організовує групу людей з метою учинення кримінального правопору­шення, згаданого в абз. 1 і абз. 2 ст. 186. Така особа кара­ється ув’язненням на строк не менше 10 років або довго­тривалим ув’язненням.

Утім, хто діє поза можливостями виконання криміналь­ного правопорушення, згаданими в абз. 1 через абз. 3 цієї статті, карається ув’язненням на строк від 6 місяців до 5 років (абз. 4 ст. 186 КК). Тут ідеться, по суті, про приві­лейований вид розглядуваного злочину.

Поглиблена диференціація відповідальності за торгівлю людьми має місце також у КК Республіки Білорусь і КК Російської Федерації.

Детальністю опису ознак злочину та глибиною диферен­ціації відповідальності за аналізований злочин вирізняється КК Республіки Молдова.

Як показує аналіз норм про відповідальність за торгівлю людьми та за торгівлю людьми для зайняття проституцією, у котрих указуються кваліфікуючі або/та особливо кваліфі­куючі ознаки злочину (такі норми є в кримінальних кодек­сах Австрії, ФРН, Нідерландів, Республіки Сан-Марино, Республіки Білорусь, Республіки Молдова, Російської Фе­дерації, Боснії та Герцеговини), найчастіше серед таких ознак фігурують використання насильства, погроз його за­стосування, обману. Такі ознаки згадуються у кодексах Ав­стрії, ФРН, Республіки Сан-Марино. Ті ж, що стосуються певних видів насильства - також у КК Республіки Молдова, а щодо насильства або погрози його застосування – у КК Російської Федерації.

У законодавстві низки країн за вчинення розглядуваного злочину передбачено можливість посилення кримінальної відповідальності за рахунок застосування покарань, які не передбачені в санкції конкретної статті, або застосування додаткового заходу кримінально-правового характеру до засудженого. Так, за КК Австрії можливе додаткове засто­сування штрафу, а за КК Швейцарії – вихід за максимальну суму штрафу, передбачену законом, за КК ФРН – додатко­ве застосування майнового штрафу та розширеної конфіс­кації, а також встановлення судом нагляду за поведінкою засудженого, за КК Нідерландів – додаткове застосування позбавлення певних прав.

Важливе значення для ефективності протидії торгівлі людьми має статус жертв такої торгівлі. Відповідно до ч. 4 ст. 165 КК Республіки Молдова «Жертва торгівлі звільня­ється від кримінальної відповідальності за вчинення злочи­нів у зв’язку з цим процесуальним статусом, якщо вона дала згоду на співробітництво з органами кримінального переслідування по данній справі». Останнім часом деякі європейські держави приймають законодаство, що перед­бачає захист жертв і свідків у справах про торгівлю людь­ми, включаючи надання гарантій анонімності під час судо­вого провадження (Бельгія, Литовська Республіка, Російсь­ка Федерація), видачу жертвам торгівлі людьми тимчасових видів на проживання, у тому числі під час розслідування кримінальних справ (Австрія, Бельгія, Італія, Литовська Республіка, Фінляндія, Швеція).

На масив кримінально-правових норм, які можуть бути використані у протидії торгівлі людьми, доцільно подиви­тись через призму положень міжнародних актів. Відповідно до Протоколу про запобігання та припинення торгівлі лю­дьми, особливо жінками та дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об’єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності, прийнятого резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 року, «для цілей цього Протоколу:

а) «торгівля людь­ми» означає здійснювані в цілях експлуатації вербування, перевезення, переховування або одержання людей шляхом погрози силою або її застосування чи інших форм примусу, викрадення, шахрайства, обману, зловживання владою або уразливістю становища, або шляхом підкупу, у вигляді платежів або вигод, для одержання згоди особи, яка конт­ролює іншу особу. Експлуатація включає, як мінімум, екс­плуатацію проституції інших осіб або інші форми сексуа­льної експлуатації, примусову працю або послуги, рабство або звичаї, подібні до рабства, підневільний стан або вилу­чення органів;

b) згода жертви торгівлі людьми на запла­новану експлуатацію, про що говориться в підпункті (а) цієї статті, не береться до уваги, якщо був використаний один із засобів впливу, вказаний у підпункті (а);

с) вербу­вання, перевезення, переховування або одержання дитини для цілей експлуатації вважається «торгівлею людьми» навіть у тому випадку, якщо вони не пов ’язані з застосу­ванням якогось із засобів впливу, вказаних в підпункті (а) цієї статті; сі) «дитина» означає будь-яку особу, яка не досягла 18-річного віку (ст. 3).

Важливі положення щодо сфери застосування Протоко­лу містяться в його статті 4: «Цей Протокол, якщо в ньому не вказано інше, застосовується до запобігання, розсліду­вання та кримінального переслідування в зв'язку із злочинами, визнаними такими відповідно до статті 5 цього Протоколу, якщо ці злочини мають транснаціональний характер і вчинені за участю організованої злочинної гру­пи, а також до захисту жертв таких злочинів».

Питання криміналізації діянь вирішується в ст. 5 Прото­колу: «1. Кожна Держава-учасниця вживає такі законо­давчі та інші заходи, які можуть знадобитись, з тим щоб визначити як кримінально карані діяння, вказані в стат­ті З цього Протоколу, коли вони вчиняються умисно. 2. Кож­на Держава-учасниця також вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть знадобитись, з тим щоб визнати як кримінально карані такі діяння: а) за умови дотримання основних принципів своєї правової системи – замах на вчи­нення якогось злочину, визнаного таким відповідно до пунк­ту 1 цієї статті; b) участь як спільника у вчиненні якого- небудь злочину, визнаного таким згідно з пунктом 1 цієї статті; і с) організацію інших осіб або керівництво ними з метою вчинення якого-небудь злочину, визнаного таким відповідно до пункту 1 цієї статті».

Отже, як випливає зі змісту статей 3, 4 та 5 Протоколу, для його цілей обов’язковими ознаками «торгівлі людьми» як злочину є те, що діяння вчиняється за участі організова­ної злочинної групи і має транснаціональний характер.

Протокол набрав чинності 25 грудня 2003 року. Україна його ратифікувала 4 лютого 2004 рокy.

Відповідно до Конвенції Організації Об’єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності, при­йнятої резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 лис­топада 2000 року, яка набрала чинності 29 серпня 2003 ро­ку, для цілей цієї Конвенції «організована злочинна група» означає структурно оформлену групу в складі трьох і біль­ше осіб, яка існує впродовж певного періоду і діє узгодже­но з метою вчинення одного чи кількох серйозних злочинів або злочинів, які визнаються такими відповідно до цієї Конвенції, з тим щоб одержати, прямо чи опосередковано, фінансову чи іншу матеріальну вигоду (п. а) ст. 2, у якій розкривається зміст термінів). Відповідно до ст. 1 Закону України «Про ратифікацію Конвенції Організації Об’єдна­них Націй проти транснаціональної організованої злочин­ності та протоколів, що її доповнюють...» від 4 лютого 2004 року в українському кримінальному законодавстві поняттю «серйозний злочин» відповідають поняття «тяж­кий» і «особливо тяжкий злочин».

Для мети п. 1 ст. З «Сфера застосування» Конвенції зло­чин має транснаціональний характер, якщо а) він учинений у більше ніж одній державі; b) він учинений в одній держа­ві, але суттєва частина його готування, планування, керів­ництва або контролю має місце в іншій державі; с) він учи­нений в одній державі, але за участі організованої злочин­ної групи, яка здійснює злочинну діяльність в більш ніж одній державі, або d) він учинений в одній державі, але його суттєві наслідки мають місце в іншій державі (п. 2 ст. 3).

У п. 1 ст. З Конвенції ідеться про те, що вона застосову­ється, якщо в ній не зазначено інше, до запобігання, розслі­дування і кримінального переслідування у зв’язку з:

а) злочинами, що визнаються такими відповідно до стат­ті 5 (це: а) умисні обидва або одне діяння, які не є замахом, незалежно від їх фактичного вчинення: і) змова з однією або кількома особами стосовно вчинення серйозного зло­чину, що переслідує мету, прямо або опосередковано пов’язану з одержанням фінансової або іншої матеріальної вигоди, причому, якщо це передбачено внутрішнім законо­давством, також мається на увазі фактичне вчинення одним із учасників змови якого-небудь діяння для реалізації цієї змови або причетність організованої злочинної групи; іі) діяння якої-небудь особи, яка з усвідомленням або мети і загальної злочинної діяльності організованої злочинної групи, або її наміру вчинити відповідні злочини бере актив­ну участь у: а) злочинній діяльності організованої злочин­ної групи; b) інших видах діяльності організованої злочин­ної групи з усвідомленням того, що її участь буде сприяти досягненню зазначеної злочинної мети; с) організація, керівництво, пособництво, підбурювання, сприяння або давання порад стосовно серйозного злочину, вчиненого за участі організованої злочинної групи), статті 6 (відмивання дохо­дів від злочинів), статті 8 (корупція) і статті 23 (перешко­джання здійсненню правосуддя) цієї Конвенції;

b) серйозними злочинами, як вони визначені в ст. 2 цієї Конвенції (а саме: «серйозний злочин» означає злочин, ка­раний позбавленням волі на максимальний строк не менше чотирьох років або більш суворою мірою покарання), якщо ці злочини мають транснаціональний характер і вчинені за участі організованої групи.

Отже, оцінюючи законодавство європейських країн що­до наявності в ньому положень про кримінальну відповіда­льність за торгівлю людьми, треба враховувати не лише факт наявності чи відсутності в ньому конкретних норм (статей, параграфів) з відповідною назвою, а й брати до уваги наявність у ньому норм, які за своїм змістом спрямо­вані на переслідування торгівлі людьми в розумінні Прото­колу про запобігання та припинення торгівлі людьми, особ­ливо жінками та дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності, відповідно до якого торгівля людьми означає найрізноманітніші дії, здійснювані в цілях експлуатації, що включає щонайменше експлуатацію проституції інших осіб або інші форми сексуальної експлуатації, примусову працю або послуги, рабство та подібні до нього звичаї, підневіль­ний стан або вилучення органів, якщо злочин має транс­національний характер і вчинений за участі організованої злочинної групи.

З урахуванням зазначених положень явно некоректним є твердження відповідального секретаря Національної Коор­динаційної Ради по запобіганню торгівлі людьми при Упов­новаженому Верховної Ради України з прав людини Ірини Таргулової, що «в Європі тільки в трьох державах (Німеч­чина, Бельгія, Україна) існує кримінальна відповідальність за торгівлю людьми. Це не відповідає дійсності, оскільки така відповідальність передбачена законодавством багатьох європейських країн. Крім того, стосовно законодавства ба­гатьох інших країн Європи доречно говорити не про відсутність норм про кримінальну відповідальність за торгівлю людьми, а про відсутність саме специфічних конкретизова­них норм. Існуючі загальні норми можуть бути використані для протидії торгівлі людьми за наявності певних умов, які ми розглядали (вчинення злочину для експлуатації потерпі­лого, мета одержання вигоди, участь організованої злочин­ної групи, транснаціональний характер злочину тощо).

Так, Кримінальний кодекс Республіки Мальта 1854 року (зі змінами на жовтень 1998 року) не містить окремої статті про відповідальність за торгівлю людьми. Але в його час­тині II«Про злочини, які впливають на сімейний порядок», підрозділ II якого «Злочини проти миру і честі сім’ї та про­ти моральності» містить, зокрема, ст. 205, відповідно до частини другої якої той, хто з метою задоволення похоті іншої особи шляхом використання сили, примусу або обману схиляє повнолітню особу займатися проституцією (у ст. 204 ідеться про неповнолітню особу), якщо він це ро­бить, зокрема, для одержання вигоди, карається ув’язнення на строк від одного до чотирьох років. Якщо такі дії будуть вчинені організованою злочинною групою та матимуть транснаціональний характер, вони підпадатимуть під між- народно-правове поняття торгівлі людьми, що дається зга­даним Протоколом.

У 2002 році до ст. 248 КК Республіки Мальта (у статті йдеться про кримінальну відповідальність за нездійснення піклування про підкидька або неповідомлення про нього)«...уведені нові розділи А, В, С, Д Е, що торкаються у першу чергу питання торгівлі людьми в цілях економічної експлу­атації, проституції або порнографії і для використання людських органів. Додатковими обтяжуючими обстави­нами при цих злочинах може стати участь організованих злочинних елементів, що тягне за собою покарання у вигля­ді тюремного ув’язнення строком до 20 років».

Відповідно до Акта про статеві злочини 1956 року Об’єднаного Королівства Великої Британії та Північної Ір­ландії злочинами є, зокрема, для чоловіка свідомо жити пов­ністю або частково на заробітки від проституції (§ 30); для жінки для одержання вигоди здійснювати контроль, керів ництво або вплив щодо руху проститутки способом, який показує, що вона допомагає, підбурює або вимушує її прос­титуцію (§ 31); для особи заволодівати жінкою, шляхом погроз або залякування, для того, щоб вона мала незаконні статеві стосунки в будь-якій частині світу (§ 2); для особи змушувати дівчину віком до 21 року до незаконних стате­вих стосунків в будь-якій частині світу з третьою особою (§ 23); для особи спричиняти або заохочувати проституцію або здійснення статевих стосунків, або непристойний напад щодо дівчини до шістнадцяти років, за яку особа відпові­дальна (§ 28); для особи: (а) забезпечити жінці стати, в будь-якій частині світу, загальною проституткою; або (b) забез­печити жінці можливість залишення Об’єднаного Королів­ства, маючи намір, щоб вона стала мешканкою або частою відвідувачкою дому розпусти десь в іншому місці; або (с) забезпечити жінці можливість залишення її звичного місця проживання в Об’єднаному Королівстві, маючи на­мір, щоб вона стала мешканкою або частою відвідувачкою дому розпусти в будь-якій частині світу з метою проститу­ції (§ 22); для особи затримати жінку проти її волі в будь-якому будинку з наміром, щоб вона мала незаконні статеві стосунки з чоловіками чи з окремим чоловіком, або затри­мати жінку проти її волі в домі розпусти (§ 24).

Об’єднане Королівство ратифікувало ряд міжнародних конвенцій, згідно з якими торгівля людьми є незаконною і держави повинні вжити відповідних заходів для її подо­лання, хоча ця країна, по суті, ще не має конкретного за­конодавства щодо згаданої сфери. Це стосується, зокрема, Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р., Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 року, Факультативного протоколу до Конвенції про права дити­ни стосовно торгівлі дітьми, дитячої проституції та дитя­чої порнографії від 25 травня 2000 року (набрав чинності 18 січня 2002 року), Протоколу про запобігання та припи­нення торгівлі людьми, особливо жінками та дітьми, і пока­рання за неї від 15 грудня 2000 року, що доповнює Конвен­цію ООН проти транснаціональної організованої злочинності.

У 2000 році з’явились пропозиції Комісії Ради Євро­пейського Союзу та Європейського парламенту щодо по­долання торгівлі людьми. З часом відповідне законодавство буде введено в дію і зобов’яже Держави-учасниці, у тому числі Об’єднане Королівство, до прийняття відповідних іаконів. На даний час дані про позитивне вирішення цієї проблеми відсутні.

До згаданих пропозицій належить і така:«Стаття: Зло­чини, що стосуються торгівлі людьми для трудової або сексуальної експлуатації:

1.Кожна держава-учасниця вживе необхідних заходів, щоб були караними такі акти: вербування, транспорту­вання, передавання, наступне приймання особи, включаючи обмін або передачу контролю над цією особою, коли:

(а) застосовуються примус, ста, погрози, включаючи оману, або

(b) застосовуються обман чи шахрайство, або

(c) має місце зловживання владою або становищем ура­зливості, яке є таким, що ця особа не має реальних і при­йнятних альтернатив, підкоряючись використаному зло­вживанню, або

(d) плата чи вигоди даються або одержуються для до­сягнення згоди особи, яка контролює іншу особу, з метою експлуатації проституції інших осіб або інших форм сек­суальної експлуатації, включаючи порнографію.

2. Згода жертви торгівлі людьми на експлуатацію, презюмована або дійсна, не береться до уваги, коли були викорис­тані будь-які засоби, згадані в підпараграфах (а), (b), (с) чи (d).

3. Коли поведінка особи, названа в § 1, стосується ди­тини, вона буде караною як злочин торгівлі, навіть якщо ніякі засоби, названі в підпараграфах (а), (b), (с) чи (d), не застосовувалися».

У 2002 році в Об’єднаному Королівстві був прийнятий Акт про громадянство, імміграцію та притулок, призначений сприяти зміцненню контролю кордонів, § 145 якого передба­чає відповідальність за кримінальне правопорушення сприян­ня транспортуванню особи в, із або всередині Об’єднаного Королівства для цілей контролю її в проституції.

Законом 2003 року про статеві злочини охоплюється нове широке коло злочинів, включаючи ввезення та вивезен­ня людей і торгівлю ними в Об’єднаному Королівстві для вчинення будь-яких видів дій сексуального характеру, за які передбачається максимальне покарання строком до чо­тирнадцяти років. У цьому законі міститься також спеціа­льне положення, що стосується сексуальної експлуатації дітей у комерційних цілях. У парламенті перебуває на роз­гляді новий законопроект про надання притулку та іммі­грацію. Як новий злочин, у ньому передбачена торгівля людьми в цілях експлуатації, яка охоплює торгівлю для цілей примусової праці, торгівлю беззахисними людьми і торгівлю для цілей вилучення органів.

Поступ у прийнятті законодавства, застосування якого сприятиме протидії торгівлі людьми, спостерігається і в інших країнах. Так, парламент Італії розробив у деталях новий законопроект, який вводить до Кримінального коде­ксу нову ст. 602bis. Вона передбачає карати кожного, хто примушує або схиляє одну чи більше осіб проникати в країну, залишати її чи селитися в ній шляхом погроз або використання сили, обману чи зловживання владою з ме­тою важкої підневільної праці, жебрацтва, примусової пра­ці, сексуальної експлуатації, видалення органу або підне­вільного стану. Покарання є більш суворим, якщо злочин вчинюється проти неповнолітніх. У проекті статті передба­чено й покарання для того, хто бере участь в організовано­му злочині, вчинюваному групою з трьох або більше осіб, утвореною з метою вчинення торгівлі людьми. Вона пе­редбачає збільшення покарання у разі озброєної злочинної організації і якщо злочинна організація складається із деся­ти і більше осіб. Італія повідомила Генерального секретаря ООН про прийняття у 2003 році Закону 228/2003 про захо­ди з боротьби з торгівлею людьми як особливий злочин.

У Республіці Албанія Кримінальним кодексом 1995 року не передбачалось відповідальності за торгівлю людьми. Однак за Законом від 24 січня 2001 року торгівля людьми є злочином, що карається тюремним ув’язненням на строк від семи до п’ятнадцяти років.

У Нідерландах планується в майбутньому доповнити Кримінальний кодекс ст. 274а про відповідальність за рабо­торгівлю.

Однією з важливих проблем боротьби з торгівлею лю­дьми є віднайдення загальноприйнятого нормативного ви­значення цього поняття. У січні 1999 року з представників недержавних організацій багатьох країн, включаючи й Україну, був сформований Кокус з Прав Людини по коор­динації дій щодо активізації робіт, пов’язаних з підготов­кою Стандартів для запобігання торгівлі людьми та допо­моги потерпілим особам, які стали об’єктом торгівлі. Кокусом було вироблено поняття такої торгівлі: «Усі дії та наміри, пов’язані із вербуванням окремої особи (або групи таких осіб), транспортування їх у межах однієї країни або поза її межами, що включає купівлю, продаж, передачу, отримання прибутку від цих дій або просто утримання такої особи (осіб) у підневільному стані (домашньому, сек­суальному або репродуктивному), в примусовій праці або в умовах рабства, незалежно від того, оплачується при цьо­му така праця чи ні».

Є підстави для констатації наявності схожості у визна­ченні торгівлі людьми, запропонованого згаданим Кокусом, а також тим, яке дається у ст. 3 Протоколу про запобіганнята припинення торгівлі людьми, особливо жінками та дітьми, і покарання за неї (воно наводилося раніше), та визначен­ням торгівлі людьми, яке дається у ст. 1 Рамкового рішення Ради Європейського Союзу від 19 липня 2002 року. Суть останнього визначення коротко зводиться до того, що вся кримінальна поведінка особи, що зловживає фізичною або психічною уразливістю потерпілого, над якою встановлю­ється контроль для її експлуатації, включаючи сексуальну, є караною; перетин кордону держави не є конститутивною ознакою злочину. Має місце прагнення уникнути парадок­су, коли європейський громадянин, будучи жертвою тор­гівлі людьми у своїй країні, є менш захищеним порівняно з громадянином третьої країни. Важливим є також положен­ня Рамкового рішення, що згода жертви торгівлі людьми на передбачувану експлуатацію є невідповідною, де будь-які із способів, перелічених у рішенні, були застосовані.

Торгівля людьми як окремий злочин відповідно до зако­нодавства європейських країн не завжди пов’язується із перетином державного кордону. Так, учинення цього зло­чину всередині країни карається за КК Нідерланів, КК Бос­нії та Герцеговини, КК Республіки Білорусь, КК Республіки Молдова (положення ст. 165 цього кодексу в інших відно­шеннях близькі до положень ст. 3 згадуваного Протоколу 2000 року щодо визначення торгівлі людьми), КК Швеції.

Про намір переглянути свій КК з тим, щоб привести йо­го у відповідність до Рамкового рішення Європейського Союзу від 19 липня 2002 року про боротьбу з торгівлею людьми заявила Федеративна Республіка Німеччини .

Відповідно до Факультативного протоколу до Конвенції про права дитини стосовно торгівлі дітьми, дитячої прости­туції та дитячої порнографії 2000р. держави-учасниці заборонятимуть торгівлю людьми, дитячу проституцію та дитячу порнографію, як це передбачено цим Протоколом. Для цілей Протоколу торгівля людьми означає будь-який акт або угоду, за якою дитина передається якоюсь особою або групою осіб іншому за винагороду або з якихось інших міркувань (п. (а) ст. 2). Кожна Держава-учасниця забезпе­чить, що, як мінімум, такі акти або активності будуть під­падати під її кримінальний закон, незалежно від того, вчи­нятимуться правопорушення всередині країни чи траснаціонально, індивідуально чи на організованій основі, якщо в контексті торгівлі дітьми, як вона визначена в ст. 2, особа пропонує, доставляє або приймає будь-якими засобами, дитину з метою її сексуальної експлуатації, передачі орга­нів дитини для вигоди, піддавання дитини примусовій пра­ці тощо (п. (а) ст. 3).

Отже, за змістом Факультативного протоколу торгівля дітьми не обов’язково має бути пов’язана з перетином дер­жавного кордону (вона може мати місце всередині країни) та вчинюватися організованою злочинною групою (злочин може бути вчинений і однією особою).

Загальний огляд законодавства європейських країн та міжнародно-правових актів, спрямованих на протидію та­кому ганебному явищу сучасності, яким є торгівля людьми, свідчить про пошуки оптимальних способів формулювання підстав кримінальної відповідальності за вчинення злочину, її диференціації, розширення арсеналу кримінально-правоиих заходів впливу на винуватих у вчиненні злочину осіб, а також забезпечення прав осіб, потерпілих від злочину.

**Лекція 7. Конвенційні злочини у кримінальному законодавстві України**

До міжнародних воєнних злочинів належить небезпеч­не для цивілізації посягання на навколишнє природне се­редовище – екоцид. Статут Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії встановив юрисдикцію щодо «серйоз­них порушень міжнародного гуманітарного права», до яких віднесено порушення загальновизнаних норм захисту жертв війни, як вони встановлені в Женевських конвенціях 1949 р. («право Женеви»), і правил ведення війни, як вони визначені в Гаазьких конвенціях 1899 та 1907 рр. («право Гааги»), а також геноцид і злочини проти людства.

Також до переліку злочинів проти людства включено зло­чини, що вчиняються у рамках широкомасштабного або си­стематичного нападу на цивільне населення за національ­ними, політичними, етнічними, расовими або релігійними мотивами (ст. З Статуту Міжнародного трибуналу для Ру­анди); якщо вони чиняться у ході збройного конфлікту і спрямовані проти будь-якого цивільного населення (ст. 5 Статуту Міжнародного трибуналу по колишній Югославії) – вбивство, знищення, поневолення, депортація, ув’язнення, тортури, зґвалтування, переслідування за політичними, ра­совими або релігійними мотивами, інші нелюдські акти. На відміну від статутів Нюрнберзького і Токійського міжнарод­них воєнних трибуналів, за статутами Міжнародних трибуналів по колишній Югославії та Руанді відповідні діяння вважаються злочинами проти людства, якщо вони чинять­ся у ході не лише міжнародного, а й внутрішньодержавно­го збройного конфлікту. До юрисдикції Міжнародного трибуналу по Руанді, крім злочинів проти людства (ст. 3), віднесено також геноцид (ст. 2) і порушення ст. 3, зміст якої є спільним для Женевських конвенцій 1949 р. і До­даткового Протоколу II до них від 8 червня 1977 р.; посягання на життя, здоров’я, фізичне та психічне благополуччя осіб, у тому числі вбивство, а також таке жорстоке повод­ження – тортури, каліцтво або будь-які форми тілесного покарання (ст. 4); колективні покарання; взяття заруч­ників; посягання на людську гідність, зокрема образливе і принизливе поводження, зґвалтування, примусова про­ституція і будь-які форми непристойного нападу; акти те­роризму; мародерство. Серед міжнародних злочинів в окрему групу Конвенцією про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства 1968 р. виділено злочини проти людства (зокрема, вигнання внаслідок збройного нападу або окупації та нелюдські дії, які є результатом політики апар­теїду, а також злочин геноциду).

До міжнародних злочинів належать агресія, рабство і ра­боторгівля (у 1926 р. було підписано Конвенцію про рабство, а у 1956 р. – Додатковий протокол до неї).

У 1947 р. Генеральна Асамблея ООН доручила Комісії з міжнародного права сформулювати принципи міжнародно­го права, визнані Статутом Нюрнберзького трибуналу, а та­кож його вироком, і скласти проект Кодексу про злочини проти миру і безпеки людства. Проект такого Кодексу Ко­місія прийняла в першому читанні в 1991 р. На цей проект надійшли численні зауваження багатьох держав. Під час роботи над другим читанням проекту Кодексу Комісія прий­няла в 1996 р. його істотно оновлений текст. Особлива час­тина проекту замість 12 містить 5 позицій: 1) агресія; 2) ге­ноцид; 3) злочини проти людяності; 4) злочини проти пер­соналу ООН і пов’язаного з нею персоналу; 5) воєнні злочини (включаючи спричинення обширної довготривалої і сер­йозної шкоди природному середовищу).

17 липня 1998 р. на Римській Дипломатичній конфе­ренції на доповнення до системи національних судів було прийнято Статут Міжнародного кримінального суду як по­стійного органу, покликаного здійснювати правосуддя щодо осіб, які вчинили відповідні міжнародні злочини.

Юрисдикція Міжнародного кримінального суду обме­жується найсерйознішими злочинами, «які викликають стурбованість усього міжнародного співтовариства». Відпо­відно до згаданого Статуту Суд володіє юрисдикцією щодо таких злочинів:

1. злочин геноциду;
2. злочини проти людства;
3. воєнні злочини;
4. злочин агресії.

Суд здійснюватиме юрисдикцію щодо злочину агресії, як тільки буде прийнято, відповідно до ст. 121 і 123 Римсько­го статуту, положення, що міститиме визначення цього зло­чину та умови, за якими Суд здійснює юрисдикцію стосов­но цього злочину. Таке положення відповідає відповідним вимогам Статуту Організації Об’єднаних Націй.

У статті 6 Статуту Міжнародного кримінального суду пе­редбачено відповідальність за вчинення злочину геноциду.

За Статутом *«геноцид*» *-* *це будь-яке діяння, що здійсню­ється з наміром знищити повністю чи частково будь-яку національну, етнічну, расову чи релігійну групу:*

а) вбивство членів такої групи;

б) завдання серйозних тілесних пошкоджень чи розумо­вого розладу членам такої групи;

в) умисне створення для будь-якої групи таких життє­вих умов, що розраховані на повне чи часткове фізичне зни­щення її;

г) заходи щодо запобігання дітонародження серед такої групи;

д) насильницьке передавання дітей з однієї людської гру­пи до іншої.

Стаття 7цього Статуту передбачає *відповідальність за злочини проти людства, що означають будь-яке з діянь, які здійснюються в рамках широкомасштабного чи система­тичного нападу на будь-яких цивільних осіб, якщо такий напад робиться свідомо:*

а) вбивство;

б) знищення;

в) поневолення;

г) депортація чи насильницьке переміщення населення;

д) ув’язнення чи інше жорстоке позбавлення фізичної сво­боди у порушення основоположних норм міжнародного права;

е) тортури;

ж) зґвалтування, обернення у сексуальне рабство, при­мушення до проституції, вимушена вагітність, вимушена стерилізація чи будь-які інші форми сексуального насилля порівняльної тяжкості;

з) переслідування будь-якої ідентифікованої групи чи спільноти за політичними, расовими, національними, етнічними, релігійними, гендерними, як це визначено у п. 3, чи за іншими мотивами, які всюди визнані недопустимими згідно з міжнародним правом, у зв’язку з будь-якими діян­нями, зазначеними у цьому пункті, чи будь-якими злочи­нами, що підпадають під юрисдикцію Суду;

і) насильницьке зникнення людей;

к) злочини апартеїду;

л) інші нелюдські діяння аналогічного характеру, що полягають в умисному нанесенні сильних страждань чи серйозних тілесних ушкоджень чи серйозної шкоди психі­чному чи фізичному здоров’ю.

З метою пункту 1:

1. *«напад на будь-яких цивільних осіб» -* стійке повод­ження, пов’язане з багаторазовим вчиненням діянь, зазна­чених у п. 1, проти будь-яких цивільних осіб, що застосо­вуються з метою проведення політики держави чи органі­зації, спрямованої на вчинення такого нападу, чи з метою сприяння такій політиці:
2. *«знищення» -* включає умисне створення умов життя, зокрема позбавлення доступу до продуктів харчування і ліків, розрахованих на те, щоб знищити частину населення;
3. *«поневолення*» *-* здійснення будь-якого чи всіх повно­важень, пов’язаних з правом власності особи, і включає в себе вчинення таких повноважень у ході торгівлі людьми, зокрема жінками і дітьми;
4. «*депортація чи насильницьке переміщення осіб»,* оз­начає насильницьке переміщення осіб, які стали об’єктом виселення чи інших примусових дій, із району, в якому вони законно проживають, без будь-яких на то підстав, що допускаються міжнародним правом;
5. «*тортури*» означає умисне спричинення сильного болю чи страждань, чи то фізичних чи то психічних, особі, яка знаходиться під вартою чи під контролем звинувачува­ного; але тортурами не вважається біль чи страждання, які виникають лише у результаті законних санкцій, невіддільні від цих санкцій чи викликані ними випадково;
6. *«вимушена вагітність*» *-* незаконне позбавлення сво­боди будь-якої жінки, яка стала вагітною у вимушеному по­рядку, з метою зміни етнічного складу будь-якого населен ня чи здійснення інших серйозних порушень міжнародно го права. Це визначення у жодному випадку не тлумачиться як таке, що зачіпає національне законодавство, яке сто­сується вагітності;
7. *« переслідування*» *-* умисне і серйозне позбавлення ос­новних прав всупереч міжнародному праву за ознакою на­лежності до будь-якої групи чи спільноти;
8. *«злочини апартеїду»* *-* нелюдські дії, що за своїм ха­рактером аналогічні зазначеним у п. 1, та здійснюються у контексті інституціоналізованого режиму систематичного пригноблення і панування однієї расової групи над іншою расовою групою (групами) і, які здійснюються з метою збе­реження такого режиму;
9. *«насильницьке зникнення людей»* *-* це арешт, затри­мання чи викрадення людей державою, політичною орга­нізацією, з наступною відмовою визнати таке позбавлення свободи та повідомити про долю або місце перебування цих людей, щоб позбавити їх захисту зі сторони закону протя­гом тривалого часу.

За Статутом термін «тендерний» стосується обох статей, чоловічої та жіночої. Цей термін не має будь-якого іншого значення, що відрізняється від вищезазначеного.

Стаття 8 Римського статуту передбачає відповідальність за воєнні злочини. Суд володіє юрисдикцією щодо воєнних злочинів, зокрема, якщо вони здійснюються у рамках пла­ну чи політики чи під час великомасштабного вчинення та­ких злочинів.

Відповідно до Статуту воєнні злочини — це: а) серйозні порушення Женевських конвенцій від 12 сер­пня 1949 р., якими є будь-яке із таких діянь проти осіб чи майна, що охороняються:

1. умисне вбивство;
2. тортури чи нелюдське поводження, включаючи біо­логічні експерименти;
3. умисне спричинення сильних страждань, серйозних тілесних ушкоджень чи шкоди здоров’ю;
4. незаконне, безглузде і великомасштабне знищення і привласнення майна, не зумовлене воєнною необхідністю;
5. примушування військовополоненого чи іншої особи, яку охороняють, до служби у збройних силах супротивної держави;
6. позбавлення військовополоненого чи іншої особи, яку нрониють, на неупереджене і нормальне судочинство;
7. незаконна депортація, переміщення чи незаконне поз­бавлення свободи;
8. взяття заручників;

в) інші серйозні порушення законів і звичаїв, що засто­совуються у міжнародних збройних конфліктах у встанов­лених межах міжнародного права, а саме будь-яке із таких діянь:

1. умисний напад на цивільне населення як таке чи ок­ремих цивільних осіб, які не брали безпосередньої участі у воєнних діях;
2. умисний напад на цивільні об’єкти, тобто об’єкти, що не є явно воєнними цілями;
3. умисне завдання ударів по персоналу, об’єктах, мате­ріалах, підрозділах чи транспортних засобах, які задіяні у наданні гуманітарної допомоги чи у місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об’єднаних Націй, доки вони мають право на захист, яким користуються цивільні особи чи цивільні об’єкти за міжнародним правом збройних конфліктів;
4. умисне здійснення нападу, якщо відомо, що такий на­пад є причиною випадкової загибелі чи каліцтва цивільних осіб, заподіяння шкоди цивільним об’єктам чи широких довготривалих збитків навколишньому природному середо­вищу, що будуть явно несумісні з конкретною і безпосеред­ньою очікуваною загальною воєнною перевагою;
5. напад на незахищені та ті, що не є воєнними цілями, міста, села, житло чи будівлі або їх обстріл із застосуван­ням будь-яких засобів;
6. вбивство чи поранення комбатанта, який склав зброю чи, не маючи більше засобів захисту, беззастережно здався;
7. неналежне використання прапора парламенту, націо­нального прапора чи воєнних знаків розрізнення і форми супротивника чи Організації Об’єднаних Націй, а також розпізнавальних емблем, встановлених Женевськими кон­венціями, що призводить до загибелі людей чи завдає їм серйозні фізичні каліцтва;
8. переміщення прямо чи опосередковано окуповуючою державою частини свого власного цивільного населення на окуповану нею територію, чи депортація, чи переміщення частини населення окупованої території в межах кордонів, або за межі цієї території;
9. умисне завдання ударів по будинках, що призначені: для релігії, освіти, мистецтва, науки чи благодійності, істо­ричних пам’ятках, госпіталях чи місцях зосередження хво­рих чи поранених, за умови, що вони не є воєнними цілями;
10. завдання особам, які перебувають під владою супро­тивної сторони, фізичних каліцтв чи здійснення над ними будь-яких медичних чи наукових експериментів, які не виправдано потребою медичного, зуболікувального чи лікарняного лікування відповідної особи і, що здійснюють­ся не в його інтересах та викликають смерть чи серйозно загрожують здоров’ю такої особи (осіб);
11. віроломне вбивство чи поранення осіб, які належать до супротивної нації чи армії;
12. заява про те, що пощади не буде;
13. знищення чи захоплення майна супротивника, за ви­нятком випадків, якщо такі знищення чи захоплення дик­тує воєнна необхідність;
14. оголошення відміненими, призупиненими чи недопу­стимими у суді прав чи позовів громадян супротивної сто­рони;
15. примушування громадян супротивної сторони до участі у воєнних діях проти їх власної країни, навіть якщо вони перебували на службі сторони, що воює, до початку війни;
16. розграбування міста (населеного пункту), навіть якщо його захоплено штурмом;
17. застосування отрути чи отруйної зброї;
18. застосування задушливих, отруйних чи інших газів і будь-яких аналогічних рідин, матеріалів чи засобів;
19. застосування куль, що легко розриваються чи сплющу­ються у тілі людини, таких, як оболонкові кулі, тверда обо­лонка яких не покриває усього сердечника чи має надрізи;
20. застосування зброї, боєприпасів і техніки, а також ме­тодів ведення війни такого характеру, які викликають надмірні пошкодження та зайві страждання і такі, що є не- вибірковими за своєю сутністю, у порушення норм міжна­родного права збройних конфліктів, за умови, що така зброя, такі боєприпаси, така техніка і такі методи війни є предметом всеохоплюючої заборони і внесені до додатків цього Статуту, шляхом поправки згідно з відповідним по­ложенням, викладеним у статтях 121 і 123;
21. посягання на людську гідність, зокрема таке, що при­нижує, і зневажливе поводження;
22. зґвалтування, обернення у сексуальне рабство, приму­шення до проституції, вимушена вагітність, як її визначе­но у п. 2 (f) ст. 7, вимушена стерилізація і будь-які інші види сексуального насильства, що є грубими порушеннями Же­невських конвенцій;
23. використання присутності цивільної чи іншої особи, яка перебуває під охороною; захист від воєнних дій певних пунктів, районів чи збройних сил;
24. умисне завдання ударів по будинках, матеріалах, а та­кож персоналу, що використовує відповідно до міжнарод­ного права розпізнавальні емблеми, встановлені Женевсь­кими конвенціями;
25. умисне вчинення дій, які піддають цивільне населен­ня голоду, як способу ведення війни шляхом позбавлення його предметів, необхідних для виживання, включаючи умисне створення перешкод для надання допомоги, як це передбачено у Женевських конвенціях;
26. набір чи вербування дітей віком до 15 років до складу національних збройних сил чи їх використання для актив­ної участі у бойових діях;
27. у разі збройного конфлікту неміжнародного характе­ру серйозні порушення ст. З (загальної для чотирьох Же­невських конвенцій від 12 серпня 1949 р.), тобто вчинення будь-якого із діянь щодо осіб, які не беруть активної участі у воєнних діях, включаючи військовослужбовців, які скла­ли зброю, і осіб, виведених із ладу в результаті хвороби, по­ранення, утримання під вартою або з іншої причини:

* посягання на життя і особу, зокрема вбивство будь- яким способом, завдання каліцтва, жорстоке поводження і тортури;
* посягання на людську гідність, зокрема образливе і принизливе поводження;
* взяття заручників;
* винесення вироків і їх виконання без попереднього су­дового розгляду, проведеного створеним у встановленому порядку судом, що забезпечує дотримання усіх судових га­рантій, які за загальним визначенням є обов’язковими;

d) пункт 2 (с) застосовується до збройних конфліктів не­міжнародного характеру і, таким чином, не застосовується до випадків порушення внутрішнього порядку і виникнен­ня напруження, таким, як безлад, окремі спорадичні акти насилля або інші акти аналогічного характеру;

е) інші серйозні порушення законів і звичаїв, що засто­совуються у збройних конфліктах неміжнародного харак­теру в установлених рамках міжнародного права: а саме будь-яке із таких діянь:

* умисне завдання ударів по цивільному населенню, а також умисний напад на окремих громадян, які не беруть безпосередньої участі у воєнних діях;
* умисне завдання ударів по будинках (матеріалах, ме­дичних закладах і транспортних засобах), а також персо­налу, які використовують згідно з міжнародним правом ха­рактерні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями;
* умисне завдання ударів по персоналу, об’єктах, мате­ріалах, підрозділах або транспортних засобах, що задіяні у наданні гуманітарної допомоги або в місії з підтримки миру відповідно до Статуту Організації Об’єднаних Націй, доки вони мають право на захист, яким користуються цивільні особи або цивільні об’єкти по праву збройних конфліктів;
* умисне завдання ударів по будівлях, що призначені для релігійних цілей, освіти, мистецтва, науки чи благо­дійних діянь, історичних пам’ятках, госпіталях і місцях зо­середження хворих і поранених, за умови, що вони не є воєн­ними цілями;
* розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його взято штурмом;
* зґвалтування, обертання в сексуальне рабство, при­мушування до проституції, вимушена вагітність, за визна­ченням у п. 2 (f) ст. 7, вимушена стерилізація та інші види сексуального насилля;
* набір або вербування дітей віком до п’ятнадцяти років до складу збройних сил, груп або використання їх для ак­тивної участі у бойових діях;
* віддання розпоряджень про переміщення цивільного населення з причин, пов’язаних з конфліктом, якщо тільки цього не потребують міркування безпеки відповідного цив­ільного населення або нагальна потреба воєнного характеру;
* віроломне вбивство чи поранення комбатанта супро­тивника;
* заява про те, що пощади не буде;
* завдання особам, учасникам конфлікту, які перебува­ють під владою іншої сторони, фізичних каліцтв або здійснення над ними медичних або наукових експериментів будь-якого роду, що не виправдані необхідністю медично­го, зуболікарського чи лікарняного лікування відповідної особи і не здійснюються в її інтересах і які призводять до смерті чи серйозно загрожують здоров’ю такої особи (осіб);
* знищення чи захоплення майна супротивника, за ви­нятком випадків, якщо таке знищення або захоплення на­гально диктуються обставинами конфлікту.

Пункт 2 (е) застосовується до збройних конфліктів неміжнародного характеру і, таким чином, не застосовується до випадків порушення внутрішнього порядку та виникнення напруженості, таким, як безлади, окремі та спорадичні акти насилля або інші акти аналогічного характеру. Він використовується і щодо збройних конфліктів, які мають місце на території однієї з держав-учасниць, якщо йде тривалий збройний конфлікт між урядовими військами та організова­ними збройними групами або між самими такими групами.

Слід зазначити, що положення Статуту не стосуються дій уряду щодо додержання чи відновлення закону й порядку в державі або захисту єдності та територіальної цілісності держави всіма законними засобами.

Положення щодо міжнародного співробітництва держав, незалежно від їх політичного, економічного і соціального устрою, у різних сферах міжнародних відносин з метою підтримання міжнародного миру і безпеки, є основними в системі норм, що містяться в Статуті ООН. При цьому кон­кретні форми співробітництва, у тому числі в боротьбі зі зло­чинністю, залежать від самих держав, їхніх потреб і матер­іальних ресурсів, внутрішнього законодавства, прийнятих на себе міжнародних зобов’язань.

Вимоги ст. 18 Конституції України стосуються зовніш­ньополітичної діяльності України, що спрямована на забез­печення її національних інтересів і безпеки шляхом підтри­мання мирного та взаємовигідного співробітництва з чле­нами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права. Важливе зна­чення для забезпечення миру та захисту законних інтересів і прав людини в Україні має положення ст. З КК України, де зазначено, що законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, що ґрунтується на Конституції України та загальновизна­них принципах і нормах міжнародного права.

За об’єктом посягання та характером суспільної небез­пеки, законодавцем вперше у розділі XX КК об’єднано два­надцять складів міжнародних злочинів: пропаганда війни (ст. 436); планування, підготовка, розв’язування та веден­ня агресивної війни (ст. 437); порушення законів та зви­чаїв війни (ст. 438); застосування зброї масового знищення (ст. 439); розроблення, виробництво, придбання, зберігання,

збут, транспортування зброї масового знищення (ст. 440); екоцид (ст. 441); геноцид (ст. 442); посягання на життя представника іноземної держави (ст. 443); злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист (ст. 444); незаконне використання символіки Червоного Хреста і Червоного Півмісяця (ст. 445); піратство (ст. 446); найманство (ст. 447). Окремі злочини на порушення норм міжна­родного права законодавцем України включені до розділу XIX КК України «Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини): мародерство (ст. 432); насильство над населенням у районі воєнних дій (ст. 433); погане поводження з військовополоненими (ст. 434); незаконне використання символіки Червоного Хреста і Чер­воного Півмісяця та зловживання ними (ст. 435).

З урахуванням кодифікації міжнародно-правових норм щодо відповідальності за міжнародні злочини інші держа­ви також включили норми, що стосуються цих злочинів, до свого національного кримінального законодавства. Наприк­лад, КК Франції містить розділ «Про злочини і проступки проти людства», КК Російської Федерації – главу «Злочи­ни проти миру і безпеки людства», КК Республіки Білорусь – розділ «Злочини проти миру, безпеки людства і воєнні зло­чини», що включає дві глави, у тому числі главу 18 « Воєнні злочини та інші порушення законів і звичаїв ведення війни». У ФРН прийнято новий закон щодо встановлення відповідальності за міжнародні злочини, визначені у Римсь­кому статуті Міжнародного кримінального суду.

За КК України (ст. 12) залежно від ступеня тяжкості зло­чину розрізняють:

злочини невеликої тяжкості (за які передбачено покаран­ня у вигляді позбавлення волі на строк не більше двох років, або інше, більш м’яке покарання);

середньої тяжкості (за які передбачено покарання у виг­ляді позбавлення волі на строк не більше п’яти років);

тяжкі злочини (за які передбачено покарання не більше десяти років);

особливо тяжкі злочини (за які передбачене покарання на строк понад десять років або довічне позбавлення волі).

Л. В. Кривоченко вважає, що «законодавець за основу такої класифікації бере матеріальний критерій, що відби­ває внутрішню соціальну сутність злочинів — ступінь їх тяжкості, небезпеки для суспільних відносин, які охороня­ються кримінальним законом. Поряд з матеріальним кри­терієм класифікації законодавець у ст. 12 передбачає і її формальний критерій – певний вид і розмір покарання, типовий, такий, що найбільш повно відображає тяжкість конкретної групи (категорії) злочинів».

Отже, з урахуванням положень ст. 12 КК України зло­чини проти миру, безпеки людства та міжнародного право­порядку, можна поділити на такі групи:

*а)* злочини невеликої тяжкості:

пропаганда війни (ст. 436);

злочини проти осіб та установ, що мають міжнарод­ний захист (ч. 2 ст. 444);

незаконне використання символіки Червоного Хрес­та і Червоного Півмісяця (ст. 445);

б) середньої тяжкості:

геноцид (ч. 2 ст. 442);

в) тяжкі злочини:

розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення (ст. 440);

злочини проти осіб та установ, що мають міжнарод­ний захист (ч. 2 ст. 444);

найманство (ст. 447);

г) особливо тяжкі злочини:

планування, підготовка, розв’язування та ведення аг­ресивної війни (ст. 437);

порушення законів та звичаїв війни (ст. 438); застосування зброї масового знищення (ст. 439); екоцид (ст. 441); геноцид (ч. 1 ст. 442);

посягання на життя представника іноземної держави (ст. 443); піратство

(ст. 446).

Як бачимо, більшість злочинів проти миру, безпеки люд­ства та міжнародного правопорядку законодавцем України віднесено до особливо тяжких злочинів.

Класифікація злочинів є вимогою кримінального зако­нодавства і має велике значення у судовій практиці, оскільки віднесення законом суспільно небезпечного діяння, вчи­неного особою, до тієї чи іншої категорії, пов’язане із пев­ними наслідками. Наприклад, підготовка до злочину неве­ликої тяжкості не тягне за собою кримінальної відповідаль­ності (ч. 2 ст. 14 КК України); особу, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, за наявності визначення в за­коні обставин може бути звільнено від кримінальної відпо­відальності (статті 45, 46); особу, яка вчинила злочин неве­ликої або середньої тяжкості за вироком суду може бути звільнено від покарання (ч. 4 ст. 74). Щодо тяжких або особ­ливо тяжких злочинів, то з ними закон пов’язує найсуворіші наслідки: призначення таких додаткових покарань, як позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу (ст. 54); найтриваліші строки давності погашення і зняття судимості встанов­люється саме за тяжкі та особливо тяжкі злочини (статті 49, 90); за сукупністю вироків у випадку, якщо хоча б один із злочинів є особливо тяжким, загальний строк позбавлення волі може бути більшим за п’ятнадцять років, але не пови­нен перевищувати двадцяти п’яти років (ч. 2 ст. 71) тощо.

Характеризуючи міжнародні злочини, слід враховувати їх визначення у Статуті Нюрнберзького воєнного трибуна­лу та Римському статуті Міжнародного кримінального суду. Наприклад, у ст. 6 Статуту Нюрнберзького трибуналу зло­чини розділені на три самостійних види: а) злочини проти миру, б) воєнні злочини і в) злочини проти людяності. При цьому, як слушно зазначає академік В. М. Кудрявцев: «На­ціональний кримінальний закон повинен бути сформований виходячи із змісту ст. 6 і бути не менш конкретним»*.* Відповідно до ст. 5 Римського статуту під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду підпада­ють: а) злочин геноциду; б) злочини проти людяності; в) воєнні злочини; г) злочин агресії.

КК України у розділі XX не поділяє злочини на відповідні види з урахуванням зазначених Статутів, що, на наш по­гляд, має стати питанням *de lege ferenda*. Законодавець України застосував власну систему типізації міжнародних злочинів. Виходячи з назви цього розділу, в ньому сфор­мульовано такі злочини: а) злочини проти миру; б) злочини проти безпеки людства; в) злочини проти міжнародного правопорядку. До розділу включено склад злочину щодо порушення законів та звичаїв війни, хоча поняття «воєнні злочини» немає ні у назві розділу, ні в цілому в КК України.

Відсутність поділу зазначених злочинів на види, визна­чені міжнародним правом, призводить до небажаних наслідків. Приміром, злочин «порушення законів та звичаїв війни» (ст. 438 КК України) С. С. Яценко відносить до «злочинів проти миру і безпеки людства», а В. М. Киричко — до «злочинів проти миру». Відсутність чітко визначеного виду міжнародних злочинів «воєнні злочини» може зумо­вити деякі труднощі щодо добросовісного виконання державою міжнародних зобов’язань стосовно цих злочинів. У висновку Конституційного Суду України у справі № 1-35/2001 за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) від 11 липня 2001 р. № 3-в/2001 зазначено що «положення Статуту, які забороняють злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочи­ни, злочин агресії, розглядаються нині як звичаєва норма міжнародного права, що неодноразово підтверджували міжнародні судові органи. Отже, їх характер як злочинних згідно зі статтею 18 Конституції України не залежить від приєднання України до Статуту та набуття ним чинності». На наш погляд, Конституційний Суд України однозначно підтверджує обов’язковість для України міжнародно-пра­вових норм щодо встановлення відповідальності за такі міжнародні злочини, як злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини і злочин агресії.

Згідно з § 12 КК ФРН (у редакції 1987 р.) протиправні діяння поділяються на злочини і проступки. Злочином виз­наються протиправні діяння, за які передбачено позбавлен­ня волі на строк не менше одного року. Проступками є про­типравні діяння, за які передбачено позбавлення волі на більш короткий строк або штраф.

У статті ІИ-І КК Франції 1992 р. протиправні діяння, за­лежно від їхньої тяжкості, поділяються на злочини, про­ступки і порушення. Закони Сенату Франції визначають злочини і проступки та встановлюють покарання за їх вчи­нення. Регламент виконавчих органів державної влади Франції встановлює ознаки конкретних видів порушень та покарання за їх вчинення.

Оскільки під дію розділу XX КК України підпадають діяння, які належать до міжнародних злочинів, необхід­но визначити поняття міжнародного злочину, що має ве­лике значення для характеристики воєнних злочинів, і тісно пов’язане з поняттям міжнародно-правової відпові­дальності.

Міжнародно-правова відповідальність є одним з найдав­ніших інститутів міжнародного права, про що свідчить його постійне практичне застосування і вдосконалення. Водно­час правові норми цього інституту в повному обсязі не ко­дифіковано, що, можливо, пояснює численні наукові дос­лідження з цього питання.

До радянських часів цією проблемою займались H. М. Коркунов, Ф. Ф. Мартене, JI. А. Комаровський, В. А. Ульяницький. Наприклад, H. М. Коркунов у статті «Досвід конст­рукції міжнародного кримінального права» одним із перших обґрунтував ідею необхідності міжнародного кримінального права. Ф.Ф. Мартене, автор «лпетереження Мартенса», у праці «Сучасне міжнародне право цивілізованих народів» (1905 р.) розвинув цю ідею. Пізніше дістала поширення концепція, що серед різноманіт- мих міжнародних деліктів існує категорія міжнародних злочинів, які мають особливу суспільну небезпеку.

Відповідно до норм міжнародного кримінального права па таку категорію міжнародних злочинів, як воєнні злочи­ни, не поширюються строки давності. Стаття 1 Конвенції про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людяності від 26 листопада 1968 р. встанов­лює, що ніякі строки давності не застосовуються до осіб, які вчинили злочини проти миру, воєнні злочини і злочини проти людства так, як вони визначені у ст. 6 Статуту Міжнародного воєнного трибуналу. Стаття 11 цієї Конвенції вста­новлює коло осіб, на яких не поширюється строк давності за вчинені злочини – це представники державної влади і приватні особи, які виступають як виконавці або співучас­ники цих злочинів.

3 грудня 1973 р. Генеральна Асамблея ООН проголосила принципи співробітництва стосовно виявлення, арешту, ви­дачі та покарання осіб, винних у воєнних злочинах і злочи­нах проти людства, зокрема положення щодо покарання осіб, коли б і де вони не вчинили ці злочини.

На воєнних злочинців не поширюються норми, що нада­ють право притулку. Згідно з п. 2 ст. 1 Декларації про тери­торіальний притулок від 14 грудня 1967 р. на право пошу­ку притулку і користування ним не може розраховувати «ніяка особа, у відношенні якої існують серйозні підстави думати, що вона вчинила злочини проти миру, воєнні зло­чини або злочини проти людяності».

Перелік воєнних злочинів і злочинів проти людства, було визначено у Статуті Нюрнберзького трибуналу. Потім цей перелік було доповнено чотирма Женевськими конвенція­ми про захист жертв війни 1949 р. і Додатковим протоколом І до них від 8 червня 1977 р. (далі – Протокол І), де вони мають назву «серйозні порушення». До таких злочинів, зок­рема, віднесено: посягання на життя, здоров’я, недотор­канність особи (вбивства, тортури, заподіяння шкоди здо­ров’ю, нелюдське поводження, включаючи біологічні екс­перименти, тілесні покарання тощо); посягання на людську гідність, зокрема образливе і принизливе поводження, при­мушування до проституції, непристойне посягання у будь-якій формі; взяття заручників; колективні покарання; не­законне, свавільне і здійснене великомасштабне руйнуван­ня та привласнення майна, що не зумовлено воєнною необхідністю; примушування військовополоненого або ци­вільної особи служити у військових чи допоміжних форму­ваннях ворожої держави; позбавлення цих осіб права на неупереджене і нормальне судочинство; перетворення ци­вільного населення або окремих цивільних осіб на об’єкт нападу; перетворення неохоронюваних місцевостей і демі­літаризованих зон на об’єкт нападу; віроломне використан­ня розпізнавальних емблем Червоного Хреста (Червоного Півмісяця або Червоного Лева і Сонця) чи інших захисних знаків, визнаних Женевськими конвенціями 1949 р. і Прото­колом І (1977 р.) до них тощо. Серйозними порушеннями Протоколу І до Женевських конвенцій 1949 р. вважаються і такі дії: переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею терито­рію або депортація чи переміщення всього або частини насе­лення окупованої території у межах цієї території чи за її межі; застосування практики апартеїду та інших дій, що принижують гідність особи і ґрунтуються на расовій дискримінації; перетворення історичних пам’яток, які чітко впізнаються, творів мистецтва або місць відправлен­ня культу, визнаних культурними цінностями з особливим захистом, на об’єкт нападу, внаслідок чого вони зазнають великих руйнувань; позбавлення осіб, які користуються за­хистом, права на неупереджене і нормальне судочинство.

Перелік воєнних злочинів було конкретизовано у Статуті Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії, прий­нятому Радою Безпеки ООН 25 травня 1993 р. Серед пору­шень законів та звичаїв війни, зокрема, вказано (ст. 3): застосування отруйних речовин та інших видів зброї, призна­чених для спричинення надмірних страждань; безглузде руйнування міст, селищ або сіл чи їх спустошення, в якому не було воєнної необхідності; напад на незахищені міста, села, житла чи будівлі або їх обстріл із застосуванням будь-яких засобів; захоплення, руйнування або умисне пошко­дження культових, благодійних, навчальних, художніх і наукових творів; розграбування суспільної або приватної власності.

**Лекція 8.Міжнародно правовий захист загальних цінностей та проблем їх реалізації**

**Командна відповідальність**

Ще Юстініан зазначив максиму, що тягар доказування лежить на тому, хто обвинувачує, – *Еі incumbit, qui decit, non qui negates.*

Безпосередній зміст командної відповідальності сформульовано у ст. 25 Римського Статуту (Індивідуальна кримінальна відповідальність);

1) суд має юрисдикцію щодо фізичних осіб відповідно до цього Статуту;

Міжнародне кримінальне законодавство передбачав порушення кримінальної справи щодо осіб, винних у вчиненні серйозних міжнародних порушень міжнародного гуманітарного права. З цією метою чотири Женевські конвенції (відповідно у ст. 50/57/130/147) зобов’язують держави ввести у дію національне законодавство, яке забезпечує «ефективні кримінальні санкції» . Відповідальність фізичних осіб за міжнародні злочини найчастіше настав за умови, що їхні злочинні дії пов’язані зі злочинною діяльністю держави. Офіційний статус особи (глава держави, уряду тощо) не звільняв її від кримінальної відповідальності. Загальновизнаною в норма вироку Нюрнберзького трибуналу: «Злочини проти міжнародного права вчиняються людьми, а не абстрактними категоріями, і тільки шляхом покарання окремих осіб, які вчинили такі злочини, можуть бути виконані положення міжнародного права... Принцип міжнародного права, який в окремих випадках захищав представника держави, не може бути застосований до дій, які засуджуються як злочинні за міжнародним правом. (Цит. Международное право. – М., 1996. –С. 268–269). Ст. 86 Додаткового протоколу І передбачено, що той факт, що порушення було вчинене підлеглою особою, не звільняв її начальників від кримінальної або дисциплінарної відповідальності у разі, коли вони знали, що мають у своєму розпорядженні інформацією, яка повинна була б надавати їм можливість дійти висновку в обстановці, що існувала на той час, що така підлегла особа вчиняв або мав намір вчинити подібне порушення, і якщо вона не вжила всіх практично можливих заходів у межах своїх повноважень для відвернення або припинення цього порушення.

Відповідно до цього Статуту, особа підлягає кримінальній відповідальності і покаранню за злочин, який підпадає під юрисдикцію Суду, якщо ця особа:

а) вчинила такий злочин індивідуально, спільно з іншою особою, ЧИ при посередництві іншої особи, незважаючи на те, чи підлягає ця інша особа кримінальній відповідальності;

б) наказує, підбурює, підмовляє вчинити такий злочин, якщо такий злочин вчинюється або був вчинений замах на цей злочин;

в) з метою полегшення вчинення такого злочину здійснює пособництво, підбурювання або будь-якими іншими діями сприяє його вчиненню чи спробі його вчинити, включаючи і надання засобів для його вчинення;

г) будь-яким іншим чином сприяє вчиненню або замаху на вчинення злочину групою осіб, які діють зі спільною метою. Таке сприяння має бути умисним і/або вчинене: (і) з метою підтримки злочинної діяльності або злочинної мети групи у тих випадках, коли така діяльність або мета пов’язана зі здійсненням злочину, що підпадає під юрисдикцію Суду; або (і) з усвідомленням умислу групи вчинити злочин;

д) щодо геноциду, прямо публічно підбурює інших вчинити геноцид;

е) вчинює замах на такий злочин, виконуючи дію, яка являє собою значний крок у його вчиненні, але злочин виявляється незакінченим незалежно від наміру даної особи. Водночас, особа, яка відмовляється від спроби вчинити злочин або іншим чином запобігає закінченню злочину не підлягає покаранню відповідно до цього Статуту за замах вчинити цей злочин, якщо ця особа повністю і добровільно відмовилася від реалізації злочинної мети.

Жодне з положень цього Статуту, що стосується індивідуальної кримінальної відповідальності, не впливає на відповідальність держав відповідно до норм міжнародного права.

У ст. 28 Римського Статуту («Відповідальність командирів та інших військовий начальників») вказано, що в доповнення до інших підстав кримінальної відповідальності за цим Статутом за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду:

1) військовий командир чи особа, яка ефективно діє як військовий командир, підлягає кримінальній відповідальності за злочини, які підпадають під юрисдикцію Суду, вчинені силами, які знаходяться під його ефективним командуванням і контролем або залежно від обставин під його ефективною владою чи контролем, в результаті нездійснення ним контролю належним чином над такими силами, коли:

а) військовий командир чи така особа, яка або знала, або відповідно до обставин, що на той час склалися, повинна була знати, що ці сили вчиняють або мають намір вчинити такий злочин;

б) військовий командир чи така особа не вжила всіх необхідних і розумних заходів у межах її повноважень для попередження або припинення їх вчинення або для передачі даного питання в компетентні органи для розслідування і кримінального переслідування;

2) стосовно відносин начальника і підлеглої особи, які не вказані в п. а), начальник підлягає кримінальній відповідальності за злочини, які підпадають під юрисдикцію Суду, вчинені підлеглими, які знаходяться під його ефективною владою чи контролем, в результаті нездійснення ним контролю належним чином над такими особами, коли:

а) начальник або знав, або свідомо ігнорував інформацію, яка явно вказувала на те, що підлеглі вчинювали або мали намір вчинити такі злочини;

б) злочини торкалися діяльності, яка підпадала під ефективну відповідальність і контроль начальника; і

в) начальник не вжив всіх необхідних і розумних заходів, що були у межах його повноважень, щоб запобігти або припинити їх вчинення, або для передачі цього питання компетентним органам для розслідування та кримінального переслідування.

У п. З, 4 ст. 7 Статуту Міжнародного трибуналу Югославії вказано, що якщо один зі злочинів, передбачених у ст. 2—5 цього Статуту, вчинив підлеглий, то це не звільняє його начальника від кримінальної відповідальності, якщо він знав або повинен був знати, що його підлеглий готує або вчинив таке діяння, і якщо начальник не вжив необхідних і розумних заходів для попередження цих діянь або не покарав осіб, які їх вчинили. Той факт, що обвинувачений діяв за наказом уряду або вищестоячого начальника, не звільняє його від кримінальної відповідальності, але це може враховуватися як пом’якшуюча обставина, якщо Міжнародний Трибунал визнає, що цього потребують інтереси правосуддя.

Подібна норма міститься у ст. 384 КК Сербії – військовий командир чи особа, яка фактично виконує цю функцію, знаючи, що сили, якими він командує чи які контролює, готуються чи почали вчиняти злочини, відповідальність за які передбачена ст. 370–374, 376, 378–381, 383 цього Кодексу, не вживатиме заходів, які міг і повинен був вжити для попередження вчинення злочину, і злочин буде вчинено, має нести відповідальність і бути покараний відповідно до статті, що передбачає покарання за цей злочин. Інший начальник, який, знаючи, що його підлеглі готуються ЧИ почали вчиняти злочини, відповідальність за які передбачена ст. 370–374, 376, 378–381 та 383 цього Кодексу, не вживатиме заходів для попередження вчинення злочинів, і в результаті цього злочини будуть вчинені, має нести відповідальність і бути покараним відповідно до санкцій статей, які передбачають відповідальність за ці злочини. Якщо злочини, передбачені в ч. 1, 2 цієї статті, вчинені з необережності, то таке діяння карається тюремним ув’язненням на строк від 6 місяців до 5 років (ідентичне положення міститься у ст. 440 КК Чорногорії, яка містить положення про інкримінування невжиття заходів для попередження вчинення злочинів проти миру та людства, передбачених нормами міжнародного права). У ст. 20, 21 Інструкції для використання правил міжнародного військового права збройних сил СФРЮ від 1988 р. передбачається індивідуальна суб’єктивна відповідальність за порушення норм міжнародного військового права і відповідальність за злочини, вчинені підлеглими. Подібне положення міститься у ст. 86 Додаткового протоколу І до Женевських конвенцій, де передбачено, що порушення було вчинене підлеглою особою, не звільняє його начальника від дисциплінарної або кримінальної відповідальності у тому випадку, коли він знав, що має у своєму розпорядженні інформацію, яка надавала йому можливість дійти висновку в обстановці^ що існувала на той час, що така підлегла особа вчиняє або має намір вчинити подібне порушення, і якщо він не вжив всіх можливих заходів у межах своїх повноважень для відвернення або припинення цього порушення, а якщо таке порушення вже мало місце, то передбачено обов’язок начальника порушити дисциплінарну чи кримінальну справу проти виконавця.

У ст. 43 Додатку № 4 до IV Гаазької конвенції 1907 р. передбачений обов’язок командира вжити всіх необхідних заходів, які є в його розпорядженні, для встановлення та забезпечення порядку та громадянського життя, поважаючи існуючі в окупованій країні закони. Положення X Гаазької конвенції зробили свій внесок у створенні командної відповідальності, передбачивши, що всі регулярні військові сили протягом воєнних дій мусять призначати коменданта, який буде нести відповідальність за поведінку військових, які знаходяться під його контролем. Як положення про командну відповідальність можуть розглядатися ч. 2 ст. 15, ст. 33, 35 КК Сербії.

Слід погодитися із професором 3. Стояновичем, який стверджує, що міжнародні правові акти, які регулюють командну відповідальність, перекладені неадекватно та непрофесійно з англійської на сербську мову, і це є причиною їх неповної або обмеженої імплементації у сербське кримінальне законодавство.

Отже, можна зробити висновок, що для існування командної відповідальності як окремого інституту сербського кримінального законодавства необхідні такі умови:

1) злочин має бути вчинений приватною особою чи підлеглою особою, якою керує або військовий командир, або начальник, або політичний діяч і яка вчинила злочин, що входить до компетенції Міжнародного кримінального суду;

2) підлеглі були під ефективним контро-

Гаазька конвенція про мирне вирішення міжнародних сутичок (І Гаазька конвенція) 1907 p.; Гаазька конвенція про обмеження застосування сили у разі стягнення договірних боргових зобов’язань (II Гаазька конвенція) 1907 p.; Гаазька конвенція про відкриття воєнних дій (III Гаазька конвенція) 1907 p.; Гаазька конвенція про закони та звичаї суходільної війни (IV Гаазька конвенція) 1907 p.; Гаазька конвенція про права та обов’язки нейтральних держав та осіб у разі сухопутної війни (V Гаазька конвенція) 1907 p.; Гаазька конвенція про становище ворожих торговельних суден на початок військових дій (VI Гаазька конвенція) 1907 p.; Гаазька конвенція про перетворення торговельних суден у військові судна (VII Гаазька конвенція) 1907 p.; Гаазька конвенція про встановлення підводних мін, що автоматично підриваються від зіткнення (VIII Гаазька конвенція 1907 p.); Гаазька конвенція про бомбардування морськими силами під час війни (IX Гаазька конвенція) 1907 p.; Гаазька конвенція про деякі обмеження користування правом захоплення у морській війні (XI Гаазька конвенція) 1907 p.; Гаазька конвенція про права і обов’язки нейтральних держав у разі морської війни (XIII Гаазька конвенція) 1907 p.; Гаазька декларація про заборону метання снарядів та вибухових речовин із повітряних куль 1907 р.

Слід відмітити, що у кримінальному праві України термін «командна відповідальність» взагалі не вживається, хоча у спеціальній літературі з міжнародного гуманітарного права це питання розглядається, але тільки в контексті цитування відповідних статей міжнародно-правових актів, а не як окрема кримінально-правова проблема. Наприклад, у науково-практичному коментарі до ст. 436—447, які містяться у останньому розділі XX Особливої частини КК України «Злочини проти миру, людства та міжнародного правопорядку» командири та інші особи, які мають нести «командну відповідальність» розглядаються як спеціальні суб’єкти, без уточнення спеціальних ознак, які їх характеризують. – лем командирів, начальників, інших осіб, які ними керують, тобто вказані особи мали фактичну владу над підлеглими (військовими одиницями та іншими збройними силами зі складу міліції чи добровільними одиницями);

3) командири чи начальники не видавали наказ на вчинення злочину і не брали безпосередньої участі у його вчиненні як виконавці чи як співучасники, але4)вони знали чи, згідно з обставинами справи, могли знати, що підлеглий готується чи вчинив злочин; і 5)однак не вжили всіх необхідних заходів, які підлягають до їх компетенції для відвернення вчинення злочину або якого злочин вже було вчинено, не ініціювали початок дисциплінарного та кримінального розслідування проти осіб, що його вчинили.

Командна відповідальність, яка характеризується необережністю, є підтвердженням і матеріалізацією психологічно-нормативної концепції вини у міжнародному кримінальному праві. У вузькому розумінні, командна відповідальність має наступати тільки за діяння (дію чи бездіяльність), вчинені з такою формою вини як необережність, умисний характер дій несумісний з природою командної відповідальності у вузькому розумінні, тому ш;о військові злочини завжди вчинюються умисно, як, наприклад, геноцидне. Для уточнення необхідно додати, що ми вважаємо, що командна відповідальність знаходиться на межі злочинної недбалості та непрямого умислу.

Слід навести декілька прикладів з міжнародної судової практики шіодо командної відповідальності. Це дві судові справи, які розглядалися Верховним судом Німеччини у Лейпцизі протягом Першої світової війни щодо воєнних злочинів – справа Довер Цастле та справа *Muller*, за якими було притягнуто до відповідальності командирів за те, що вони не попередили вчинення злочинів і не покарали своїх підлеглих, які ці злочини ВЧИНИЛИ27. Слід згадати неоднозначне ставлення суду на Нюрнберзькому та Токійському процесах ш;одо встановлення змісту командної відповідальності та її санкціонування. На Нюрнберзькому процесі слід відмітити окрему професійну позицію російського судді Нікітченка щодо змісту і способу встановлення вини судом за кримінально-правові дії.

вчинені окремими німецькими нацистськими обвинуваченими\*»

Показовою є справа Ямашити, верховного командувача японських сил на Філіппінах під час Другої світової війни, під керівництвом якого було вчинено ряд злочинів щодо цивільного населення. Хоча Ямашита пояснював, що японські сили в той період війни були дезінтегровані і що він був відокремлений від одиниць, які безпосередньо вчинювали ті злочини, та що він не знав про злочини, однак він був засуджений Військовою комісією США та Маніли до смертної кари, яку підтвердив Верховний суд США. Військова комісія дійшла висновку, що Ямашита мав знати про злочини і не зробив нічого, щоб їх попередити чи покарати осіб, що їх скоїли. Якраз у цьому випадку було створено прецедент усвідомлення як однієї із форм командної відповідальності, який використовується у ситуації, коли командуючий мав знати, що злочини вчинені, вчиняються чи будуть вчинені, і не зробив нічого, для того щоб їх попередити чи покарати виконавців. Цю думку виказав американський суддя Мерфі

Слід відмітити, що як в доктрині кримінального права Російської Федерації, так і України з моменту утворення цих країн, так і на законодавчому рівні загальноприйнятим в принцип індивідуальної відповідальності. М. Обер вважав, що, як це робилося на Нюрнберзькому процесі, необхідно розрізняти «знищувальні» накази, які залишають за підлеглими свободу вибору виконання подальших розпоряджень, за які вони беруть на себе відповідальність (наприклад, наказ танковому полку наступати у певному напрямку) і «точні» накази, що не залишають виконавцям ніякої свободи дій (наприклад, наказ розстріляти на місці всіх полонених, які втекли і будуть піймані). У першому випадку командування полку, віддавши накази, може і повинне брати до уваги вимоги міжнародного права щодо ведення війни. У другому випадку, навіть якщо законодавство країни, під чиєю юрисдикцією знаходиться комендант табору військовополонених, і не визнав принципи Нюрнберга, він не повинен виконувати наказ, оскільки, віддаючи такий наказ своїм підлеглим, бере відповідальність на себе (див.: Обер М. Вопрос о приказах старших войсковых начальников и ответсвенность командиров в Дополнительном протоколе к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. (Протокол І), относящимся к защите жертв вооруженный конфликтов от 8 июня 1974 года – МККК, 1977. – С. 13). І. Бліщенко дотримувться аналогічної точки зору, вважаючи, що командир, якщо він, виконуючи наказ вищого начальства, віддав своїм підлеглим розпорядження, що порушує міжнародне гуманітарне право, визнається теж винним (див. *Blishenko І. Responsibilite еп cas de violation du droit international huma- nitate.- Geneva*, 1986. – p. 330). У ст. 8 Статуту Нюрнберзького трибуналу (аналогічно в ст. б Статуту Токійського трибуналу) передбачається, що той факт, що обвинувачений діяв відповідно до наказу начальника, не звільняє його від відповідальності за діяння, а може лише розглядатися як обставина, що пом’якшує покарання (цит,: Базов В. П. Кримінальна відповідальність за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права: Монографія. – К,: Істина, 2003. –136 с). – С. Лихова.

(Murphy), який зазначив, що переможець зробив все можливе для того, щоб зробити неможливим командування Ямашити, усунути його від контролю за ситуацією, а потім звинуватити його у вчиненні воєнного злочину, який полягав у неефективному контролюванні підлеглих йому військових сил 28. Між юристами існує розбіжність у поглядах про зміст кримінальної відповідальності генерала Ямаши- ти, а деякі навіть вважають, що цей судовий випадок є легалізованим лінчуванням та помстою.

Ідентичним випадку Ямашити є випадок у В’єтнамській війні 16 травня 1968 року. Військові американської девізії вчинили масові вбивства сотень цивільних, в основному старих, жінок та дітей. Командуючий дивізії, генерал- майор Семуель Костер, і помічник командуючого дивізії, генерал Джордж Янг, разом з американськими офіцерами нижчого чину були звинувачені в цих злочинах. Упродовж судового процесу обвинувачення були зняті, і вони були піддані лише дисциплінарній відповідальності. Командир роти, капітан Ернест Медина, був звільнений від обвинувачення, в той час як командир взводу, полковник Вільям Келлі, засуджений умовно. Протягом ведення справи було встановлено, що дивізією, яка вчинила злочини, командував полковник Келлі і що він віддав наказ на знищення цивільного населення, і що стосовно нього кримінальна відповідальність була беззаперечною. Під час розгляду справи військовим судом було поставлене запитання про відповідальність його вищого начальника, капітана Медини, як і їх спільного начальника генерала Костера, чия дивізія контролювала область, в якій знаходилось село Сун

“ У «справі Ямашити» японський генерал Ямашита 7 грудня 1945 року, був засуджений до смертної кари військовою комісією США та Маніли за те, що у період окупації Філіппін (жовтень 1944 – вересень 1945) не вжив належних заходів щодо запобігання випадків зґвалтування, масового знищення цивільних осіб, а також страт без суду і слідства інтернованих цивільних осіб та військовополонених. Комісія заявила: «Було безглуздям розглядати командувача як вбивцю чи насильника, якщо вбивство чи зґвалтування, скоєні одним із військовослужбовців, який знаходиться у його підпорядкуванні. Проте коли вбивство, зґвалтування та інші дії, продиктовані незмінним мотивом помсти стають широко розповсюдженою злочинною практикою, а зі сторони командувача не вживаються ефективні заходи для виявлення і запобігання цим злочинним діям, такий командувач може бути притягнений до відповідальності, навіть кримінальної, за беззаконні дії, скоєні військовослужбовцями зі складу сил, що знаходяться у його підпорядкуванні залежно від характеру даних дій і супутніх обставин». (Цит. Базов В. П. Кримінальна відповідальність за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права. – К.: Істина, 2003. – С. 36) – С. Лихова.

Mai. Наприкінці було задане запитання про відповідальність генерала Вестморленда, командуючого офіцера сил сухопутних військ у В’єтнамі. Усі ці командири, згідно з обвинуваченням, були відповідальні за принципом командної відповідальності. Капітану Медині було пред’явлено обвинувачення в тому, що він не наказав як безпосередній начальник лейтенанту Келлі віддати наказ про припинення стрілянини одразу, як тільки він дізнався про вбивство, тим самим він не виконав свої обов’язки, тобто не попередив злочини своїх підлеглих. Капітан Медина пояснив, що він наказав припинити стрілянину, хоча сам розумів, що дивізія вийшла з-під контрою. Основна проблема полягає в тому, що Медина був покараний набагато м’якше, ніж генерал Ямашита. Вважають, що стосовно Медини також могла бути застосована командна відповідальність, і те, що він був безпосереднім командиром лейтенанта Келлі, є аргументом, що свідчить не на його користь і є доказом його вини. Лейтенант Келлі — командир взводу, який був у складі роти Медини, міг безпосередньо спостерігати за злочинними діями своїх підлеглих. Звертаючи увагу на велику кількість жертв і той факт, що злочини не були скоєні зненацька та швидко, можна дійти висновку, що капітан Медина міг дізнатися і попередити їх.

Генерала Костнера звинувачували в тому, що він міг дійти висновку як на підставі декількох незвичайних повідомлень, що надійшли в той день до його штабу, так і на підставі іншої інформації, яку він отримав про злочини, що вчинювалися до цього у селищі Мі Лай (березень 1968). Військовий слідчий комітет, який провів слідство і намагався встановити, чи існує достатньо підстав для початку судової справи, дійшов висновку, що Костнер не оповістив начальників про злочини над цивільним населенням, що мав зробити згідно з прописами, і те, що він не впевнився у проведенні відповідного слідства про випадок у селі Мі Лай. Протягом судового слідства з’явились і підтвердження обвинувачення щодо генерала Вестморленда — головнокомандуючого американської армії у В’єтнамі. Міністр оборони США відкинув обвинувачення проти Вестморлен" да, обґрунтовуючи це тим, ш,о останній вжив усіх заходів, які очікують від головнокомандуючого такого рангу, щоб попередити різню, і те, що не було жодних натяків на його ознайомлення з цим випадком до моменту, коли він наказав розпочати слідство. Іншими словами, і тут не був використаний приклад командної відповідальності як прецедент у випадку з генералом Ямашитою. У іншому разі Вестморленд мав би нести відповідальність^!.

На відміну від прикладу В’єтнаму у випадках Блажич, Муцич, Делич, Ланджо (Челебичи) вироком апеляційного суду застосована відповідальність командуючих як безпосередніх виконавців, на підставі командної відповідальності.

Інтердисциплінарний і ґрунтовний правовий аналіз міжнародних справ, в яких встановлена командна відповідальність, може вибудувати правову стратегію, яка б могла використовуватись на судових процесах у Гаазькому Ad hoc Трибуналі щодо обвинувачених, які мають нести командну відповідальність за дії їх підлеглих. Наприклад, у справах Младича та Караджича згадані особи несуть індивідуальну відповідальність за тяжкі порушення міжнародного та гуманітарного права, вчинені на території Югославії 1991 p., геноцид та співучасть у геноциді, переслідування, умисне позбавлення життя, депортація та нелюдські тортури, протиправний терор цивільного населення, жорстоке поводження, напад на цивільне населення, взяття заручників, порушення законів та звичаїв війни, злочини проти людства, серйозні порушення Женевських конвенцій 1949р. Наведені злочини можуть бути безпосередньо вчинені чи вчинені у співучасті лише умисно і завжди вмотивовані кримінальними і антисоціальними мотивами (ненависть, помста, неповага до людської гідності, звірство, підлість, терор та ін.).

Встановлення мотивів обвинувачених військових командирів за дії їх підлеглих під час війни призводить до двох різних за змістом альтернативних результатів; (1) якщо встановлені мотиви кримінальні, то існує командна відповідальність як спеціальний вид міжнародної кримінально- правової відповідальності за злочини, вчинені у співучасті, тоді має місце вина у формі необережності. Виникає запитання – чи можливо у кримінальному судочинстві міжнародних судів встановити необережну вину у злочинах проти миру та людства, а також у військових злочинах, вчинених у співучасті, коли у міжнародних актах передбачено, що такі злочини вчинюються умисно, як і всі злочини, що вчинюються у співучасті; (2) якщо встановлені мотиви соціально- етичні, тобто некримінальні, якщо буде доведено, що обвинувачений військовий командир ні за яких об’єктивних чи суб’єктивних обставин не міг і не повинен був знати, що його підлеглі планують чи вчиняють міжнародні злочини, тоді з’являється проблема існування командної відповідальності; а коли було б доведено, що командна відповідальність за своїм змістом включає встановлення вини чи взагалі виключає вину, тоді б з’явилось питання існування цілої кримінально-правової системи, і відкрилась би можливість правового аналізу та ревізії існуючих окремих міжнародних судових ріпіень про командну відповідальність.

Отже, встановленням мотиву як сегмента встановлення вини по конкретній кримінальній справі матеріалізують всі кримінально-правові принципи, а матеріалізація цих принципів дає можливість поважати права та свободи людини як учасника кримінального судочинства, яке здійснюється як національними, так і міжнародними судами.

Висновки

Загальна декларація прав і свобод людини, як і інші основні документи міжнародно-правового характеру у цій галузі, поділяє права і свободи людини на дві великі групи:

(1) громадянські і політичні права та

(2) економічні, соціальні та культурні права. До категорії громадянських прав відносять, передусім, право на життя, свободу та особисту безпеку; заборону рабства, знущань та тортур, нелюдського, жорстокого, принизливого покарання, самовільного арешту, взяття під варту чи переслідування; права на презумпцію невинності у кримінальному процесі, на законний та неупереджений судовий розгляд у всіх справах і всіма органами влади, на особисте життя людини, на володіння, користування і розпорядження майном. До категорії політичних прав відносять: свободу мови, віросповідання, об’єднань та мирних зібрань, пересування, яка включає і право кожного залишити будь-яку країну, в тому числі і ту, громадянином якої він є, як і право до неї.

**Лекція 9. Гарантії прав і свобод людини і громадянина**

У попередніх главах ми побачили, як Конвенція дає Європейському суду з прав людини змогу здійснювати свого роду квазіконституційний нагляд за здійсненням державної влади. Такий контроль можливий як тоді, коли оскаржені дії держави випливають безпосередньо з базового законодавства, так і коли вони є результатом рішень суду або виконавчих заходів, вжитих урядовими відомствами чи іншими органами державної влади.

Кожна з 30 або й більше держав, які є учасницями Конвенції, має власну конституційну і політичну історію та правову систему. Між цими різними конституціями та правовими системами існують значні відмінності. Деяким конституціям вже більше як 100 років. Інші були створені за останні десять років, у міру того, як держави Центральної та Східної Європи звільнялися від впливу комунізму. Майже в усіх державах національні конституції тією чи іншою мірою закріплюють свободи і права людини. Але конституції дуже відрізняються: і тим, як вони визначають права і свободи, які захищаються («перелік» прав), і тим, які процедури передбачено для забезпечення додержання цих прав.

Наприклад, у Німеччині найвищою інстанцією, яка стоїть на сторожі додержання досить повного переліку основних прав, закріплених у частині І Основного Закону, є Федеральний конституційний суд. Цей Суд виконує функції конституційного контролю за федеральним законодавством і діями виконавчої влади, які порушують ці права. Існують також адміністративні суди, першочергова функція яких полягає в контролі за актами державних органів з позицій законності. І навпаки, у Сполученому Королівстві немає ні «писаної» конституції, ні переліку основних прав; доктрина законодавчого верховенства і суверенності парламенту не дає судам повноважень контролювати зміст законодавства, прийнято парламентом. Однак звичайні суди виконують важливу функцію контролю і нагляду з позицій законності за актами урядових відомств та інших органів державної влади; цей контроль поширюється на такі питання, як підзаконні нормативні акти, політичний курс і керівні вказівки відомств, а також рішення, прийняті на виконання повноважень, передбачених законодавством і загальним правом.

Ще одну форму контролю знаходимо в Конституції П'ятої Французької Республіки, згідно з якою відповідність запропонованого закону Конституції може розглядатися Конституційною радою (*Conseil Const-tutionnel*). Але звичайні суди у Франції не уповноважені розглядати конституційність чинних законів. Контроль за актами і рішеннями уряду і держав­них органів здійснює Державна рада *(Conseil d'Etat*) та адміністративні суди *(tribunaux administratifs).* їх компетенція поширюється на спори щодо договірної чи недоговірної відповідальності державних органів, які в більшості інших правових систем Європи уповноважені вирішувати звичайні цивільні суди.

Саме на ці різноманітні національні судові системи і повинен ляга­ти першочерговий обов'язок захищати права та свободи людини. Зав­дання Конвенції полягає в доповненні цих систем і забезпеченні відшкодування шкоди на міжнародному рівні, якщо в цих системах існують недоліки.

ОБОВ’ЯЗОК ДЕРЖАВ ЗАБЕЗПЕЧУВАТИ ДІЮ КОНВЕНЦІЇ В НАЦІОНАЛЬНОМУ ПРАВІ

Хоча рішення страсбурзького Суду і можуть мати квазіконституційну силу, формально Конвенція за своїм статусом залишається до­говором міжнародного права. Існування, зміст, тлумачення і обов'язко­ва сила договору для його учасниць є питаннями, які регулюються міжнародним правом. І навпаки, питання про те, чи має договір будь-яку силу в межах національного права, регулюється насамперед конституційним правом відповідної держави. Якщо договір зобов'язує надати йому чинності в національному праві (як це роблять договори про створення Європейських Співтовариств), то таке зобов'язання долає будь-які можливі перешкоди, що існують у національному праві*.* Причина полягає в тому, що на рівні міжнародного права держава не може спиратися на своє національне право (яке включає і її конституційне право) як на виправдання її неспроможності виконати свої зобов'язання за договором.

У цьому зв'язку виникає кілька взаємозв'язаних питань:

1. чи зобов'язує Конвенція держави:
2. а) надавати матеріальним правам і свободам, які захищає Конвенція, силу прямої дії в національному прані і

б) передбачати в національному праві процедуру, яка б давала окремим особам змогу усунути порушення їх прав, закріплених у Конвенції;

1. чи має держава обов'язок вживати необхідні заходи після факту порушення Конвенції.

Навіть якщо на запитання а) і б) пункту 1 дати негативні відповіді, це не перешкодить положенням Конвенції мати силу прямої дії в національному праві, якщо така можливість передбачена конституційним правом цієї держави.

1. Чи зобов'язує Конвенція держави:

а) надавати матеріальним правам і свободам, які захищає Конвенція, силу прямої дії в національному праві і

б) передбачати в національному праві процедуру, яка б давала окремим особам змогу усунути порушення їх прав, закріплених у Конвенції

Стаття 1 покладає на кожну державу основний обов'язок забезпечу вати для кожної людини, яка перебуває під її юрисдикцією, права і свободи, викладені у Конвенції. Згідно зі статтею 13, «кожному, чиї права і свободи, викладені в цій Конвенції, порушуються, надається ефективний засіб правового захисту в національному органі влади, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які діяли, виконуючи свої офіційні функції».

У справі *«Шведська спілка машиністів проти Швеції»* профспілка, яка представляла меншість працівників шведської державної залізниці, скаржилась на порушення їх прав, передбачених статтею 11 (свобода об'єднань). У скарзі вказувалося, що профспілку було усунуто від участі у переговорах про укладення колективного договору з працівниками залізниць, який було обмежено участю профспілки, що представляла більшість залізничників. Суд постановив, що сфера дії статті 11 не по­ширюється на надання будь-якій профспілці права брати участь у переговорах про укладення колективного договору. Профспілка скаржилася також на порушення статті 13, оскільки відповідно до шведського права у неї не було ефективних засобів правового захисту для задоволення її і карги, крім звернення до Трудового суду Швеції. Щодо даного аспекту справи Європейський суд зазначив:

50. Суд звертає увагу, шо шведське законодавство пропонує профспілці-заявниці засіб правового захисту, а саме: порушення справи в Трудовому суді, і, більш того, вона ним скористалася. Позов профспілки-заявниці було, безперечно, відхилено, але одне це не свідчить про неефективність даного засобу. Навпаки, якщо прочитати рішення від 18 лютого 1972 року, то стає зрозуміло, що Трудовий суд уважно розглянув подану йому скаргу у світлі чинного законодавства і не без урахування міжнародних зобов'язань Швеції. Крім того, ні стаття 13, ні Конвенція в цілому не передбачають конкретного способу, яким договірні держави повинні забезпечувати у їх внутрідержавному праві ефективне здійснення будь-якого з положень Конвенції.

Таким чином, Суд дійшов висновку, який відповідає неосновному аргументу, висунутому урядом щодо даного питання. За цих обставин Суд не повинен вирішувати, чи справді, як зазначав уряд у своєму основному твердженні і як підтвердила Комісія у пункті 98 своєї доповіді, стаття 13 застосовується тільки тоді, коли сталося порушення права, гарантованого іншою статтею Конвенції.

У справі *«Республіка Ірландія проти Сполученого Королівства»* уряд Ірландії стверджував, що мало місце порушення статті 1 Конвенції, оскільки північноірландське право чітко не забороняло обмеження відповідних прав, передбачених Конвенцією:

236. Твердження уряду Ірландії полягає в наступному: чинні закони в шести графствах прямо не забороняють обмеження прав і свобод, які захищаються статтями 3, 5, 6 та 14; деякі з цих законів, а також певні види адміністративної практики навіть санкціонують або дозволяють такі обмеження; таким чином, Сполучене Королівство порушує стосовно кожної з цих статей міждержавне зобов'язання, взяте окремо від інших зобов'язань, перед окремими особами відповідно до статті 1, яка передбачає, що:

Високі Договірні Сторони забезпечують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в розділі І цієї Конвенції.

Ні британський уряд, ні Комісія у її доповіді не погоджуються з цим твердженням. В цілому вони вважають, що стаття 1 не може бути предметом окремого порушення, оскільки не додає до тих прав, які згадуються у розділі І, жодних інших прав...

238. Стаття 1, разом зі статтями 14, з 2 по 13 і 63, окреслює сферу дії Конвенції *ratione personae, matiae і loci*; вона також є однією з багатьох статей, які свідчать про обов'язковий характер Конвенції. Статтю 1 розроблено у зв'язку з положеннями розділу І, і тому вона вступає в дію тільки разом з ними; порушення статті 1 автоматично випливає з порушення цих положень, але нічого до цього не додає; до цього часу, коли Суд встановлював факт такого по рушення, він ніколи не постановляв, що мало місце порушення статті 1.

239. Однак аргумент уряду Ірландії спонукає Суд роз'яснити природу зобов'язань, які поставлено під його нагляд. На відміну від міжнародних договорів класичного типу, Конвенція містить дещо більше, ніж просто взаємні зобов'язаний договірних держав. Насамперед вона створює систему взаємних, двосторонніх, об'єктивних зобов'язань, які, як сказано у Преамбулі, приносять користь завдяки «колективному забезпеченню». Стаття 24 Конвенції дозволяє договірним державам вимагати дотримання цих зобов'язань без необхідності виправдання інтересу, який випливає, наприклад, з того, що оскаржений пн ми захід завдав шкоди одному з їхніх власних громадян. Замінивши в тексті статті 1 слова «зобов'язуються забезпечувати» на слово «забезпечують», розробники Конвенції мали намір вказати і на те, що права і свободи, викладені в розділі І, будуть забезпечуватися безпосередньо кожній людині, яка перебуває під юрисдикцією договірних держав. Цей намір найчіткіше виявляється у випадках, коли Конвенція інкорпорується у внутрідержавне право.

Конвенція не просто зобов'язує виші органи державної влади договірних держав з їх боку поважати закріплені в ній права і свободи; як показує стаття 14 і англійський текст статті 1 («*shall secure*» - «забезпечують»), наслідком дії Конвенції є те, що для забезпечення здійснення цих прав і свобод такі ор­гани повинні запобігати будь-яким порушенням на підпорядкованих їм рівнях і усувати такі порушення.

240. Проблема у даному разі полягає в тому, чи може договірна держава, спира­ючись на Конвенцію, поставити під сумнів той чи інший закон in abstracto.

Відповідь на цю проблему слід шукати не стільки в статті 1, скільки в статті 24. Хоча, щоб мати змогу подати дійсне звернення, «особа, неурядова організацій або група осіб» згідно з статтею 25 повинна заявити, «що потерпіла від порушення. прав, викладених у цій Конвенції»; стаття 24 дає можливість кожній з договірних держав передавати в Комісію «питання про будь-яке здогадне порушення положень Конвенції іншою державою».

Таке «порушення» є результатом простої наявності закону, який вводить, передбачає або дозволяє вжиття заходів, які не відповідають гарантованим правам і свободам; це недвозначно підтверджують підготовчі матеріали.

Проте органи, створені Конвенцією, можуть встановити таке порушення тільки тоді, коли закон, оскаржений відповідно до статті 24, викладено достатньо зро­зуміло і точно, так що порушення є одразу очевидним; інакше органи, створені Конвенцією, повинні будувати своє рішення, звертаючись до того, як держава-відповідач тлумачить і застосовує in concreto оскаржений текст чи тексти.

Відсутності закону, який би прямо забороняв те чи інше порушення, недостатньо для встановлення факту порушення, оскільки така заборона не є єдиним способом забезпечення гарантованих прав і свобод.

У даному випадку Суд встановив два види практики, які порушують статтю 3... Ці види практики автоматично порушують також і статтю 1, але такий висновок нічого не додає до попереднього, і тому не існує причин для його включення у резолютивну частину даного судового рішення.

Вивчення in abstracto законодавства, чинного у відповідний час у Північній Ірландії, показує, що воно ніколи не вводило, не передбачало і не дозволяло застосування катування або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження. Навпаки, воно дуже чітко забороняє таке погане поводження... У більш широкому плані, з кінця серпня 1971 року виші органи державної влади Сполученого Королівства вжили ряд відповідних заходів для запобігання окремим порушенням статті 3 або їх усунення.

Суд розглянув інші аспекти законодавства, яке в Північній Ірландії дозволяло тримання під вартою без суду, окреслив характер подій і поста­новив, що в умовах надзвичайного стану, що загрожує життю нації, бри­танський уряд користувався свободою розсуду, межі якої він не переступив.

Суд послідовно дотримувався думки, що держава не зобов'язана застосовувати конкретний спосіб забезпечення додержання прав, гаранто­ваних Конвенцією, і, зокрема, що держава не зобов'язана інкорпорувати положення Конвенції в національне право. Справді важливим є те, щоб окремі особи, які зазнають впливу з боку дій уряду, фактично ко­ристувались гарантованими правами.

Такий підхід вплинув на тлумачення Судом статті 13. Багато заяв­ників стверджувало (в більшості випадків без успіху), що стаття 13 вима­гає, щоб у національному праві був ефективний засіб правового захисту від очевидних порушень Конвенції. У 1984 році двоє судців (Матчер і ІІіньєйру Фарінья) заявили в окремій думці, яка не збігалася з позицією більшості:

Ми визнаємо, що стаття 13 є одним з найменш прозорих положень Конвенції і що її застосування піднімає вкрай важкі і заплутані проблеми тлумачення. Мабуть, це і є причиною того, що протягом близько двох десятиріч органи, створені Конвенцією, уникали аналізу цього положення, найчастіше висуваючи малопереконливі аргументи.

Вони також зазначили, що в кількох останніх рішеннях, зокрема у справах«*Класс проти Німеччини*» і «*Силвер проти Сполученого Королівства*», Суд заклав основу для логічно послідовного тлумачення статті 13.

а. "Класс проти Федеративної Республіки Німеччини "

Рішення від 6 вересня 1978 року

(№ 28) 2 E.H.R.R. 214

П'ятеро німецьких адвокатів стверджували, що їх права, передбачені Конвенцією (відповідно до статей 6, 8 і 13), було порушено федеральним законом 1968 року (для зручності названим G10), який дозволяв відкривати листи і прослуховувати телефонні розмови. Заявники спиралися, зокрема, на те, що їх права можуть бути порушені таємним стеженням. Суд розглянув викладені в законі цілі, умови здійснення I III ч повноважень, а також процесуальні гарантії і дійшов висновку, що статті 6 і 8 порушено не було.

62. На думку заявників, відповідно до статті 13 договірні держави зобов'язані забезпечувати ефективний засіб правового захисту від будь-якого здогадного порушення Конвенції; інше тлумачення даного положення позбавило б його будь-якого значення. З іншого боку, як уряд, так і Комісія вважають, що для застосування статті 13 немає підстав, якщо лише не було порушено права, гарантованого іншою статтею Конвенції.

63. У справі *«Шведська спілка машиністів проти Швеції»* Суд, яким встановив, що фактично був ефективний засіб правового захисту н національному органі влади, вирішив, що він не повинен приймати рішення про те, чи застосовується стаття 13 тільки тоді, коли порушено право, гарантоване іншою статтею Конвенції. У даному випадку Суд пропонує вирішити питання про застосування статті 13 до проведення у разі необхідності розгляду питання про ефективність будь-якого відповідного засобу правового захисту, передбаченого німецьким правом.

64. У статті 13 сказано, що кожен, чиї права і свободи «порушують­ся», повинен мати ефективний засіб правового захисту в національному органі влади, навіть якщо «таке порушення було вчинене» особами, які діяли, виконуючи свої офіційні функції. Якщо читати це положення бук­вально, то воно, здається, говорить, що особа має право на національний засіб правового захисту, тільки якщо трапляється порушення. Однак особа не може довести факт «порушення» в національному органі влади, якщо для цього вона не має змоги спочатку подати в такий орган скаргу. Відповідно, як зазначила меншість членів Комісії, фактичне порушення Конвенції не може бути передумовою для застосування статті 13. На думку Суду, стаття 13 вимагає, щоб особі, яка вважає, шо вона зазнала шкоди від заходу, який, як стверджується, порушує Конвенцію, надавався ефективний засіб правового захисту в національному органі влади

Для того, щоб за її скаргою було прийняте рішення і щоб у відповідному випадку вона отримала відшкодування шкоди. Таким чином, стаття 13 повинна тлумачитися як така, що гарантує «ефективний засіб правового захисту в національному органі влади» для кожного, хто заявляє, що його права і свободи, передбачені Конвенцією, було порушено.

65. Відповідно, хоча Суд не встановив порушення права, гарантова­ного заявникам статтею 8, слід з'ясувати, чи надавало німецьке право заявникам «ефективний засіб правового захисту» у значенні статті 13.

Заявники не стверджують, що стосовно конкретних заходів стеження, фактично застосованих до них, вони не мають ефективного засобу правового захисту від передбачуваного порушення їх прав, закріплених Конвенцією. Їхня скарга скоріше спрямована проти того, що вони вважають недоліком у змісті оскарженого законодавчого акта. Погоджуючись, що за певних обставин існують деякі форми звернення за допомогою в суд, вони стверджують, що сам законодавчий акт, не даючи їм змоги навіть дізнати­ся, чи трапилося порушення їх прав, передбачених Конвенцією, через за­стосування конкретного заходу стеження, в принципі позбавляє їх ефек­тивного засобу правового захисту відповідно до національного права. Ні Комісія, ні уряд не погодилися з цим твердженням. Відповідно, хоча заяв­ники оскаржують положення самого законодавчого акта, Суд повинен, зо­крема, з'ясувати, які засоби правового захисту насправді доступні відповідно до німецького права і чи ефективні вони за даних обставин.

66. Насамперед Суд зазначає, що самі заявники скористалися «ефек­тивним засобом правового захисту» у значенні статті 13, оскільки оскар­жили у Федеральному конституційному суді відповідність даного законо­давчого акта їхньому праву на повагу до таємниці кореспонденції і права на доступ до суду. Слід погодитись, що цей Суд розглянув скарги заяв­ників не на основі Конвенції, а виключно з точки зору Основного Зако­ну. Однак слід зазначити, що права, на які посилалися заявники в Кон­ституційному суді, по суті, є тими самими правами, факт порушення яких стверджувався в органах, створених Конвенцією. Рішення від 15 грудня 1970 року показує, що Конституційний суд уважно розглянув подані йому скарги, зокрема, у світлі основних принципів і демократичних цінностей, закріплених в Основному Законі.

67. Щодо питання про те, чи існує «ефективний засіб правового за­хисту» стосовно здійснення конкретних заходів контролю відповідно до G10, то заявники насамперед стверджували, що для того, щоб бути «національним органом влади» у значенні статті 13, орган повинен принаймні складатися з членів, які є безсторонніми і користуються га­рантіями судової незалежності. У відповідь уряд стверджував, що, на відміну від статті 6, стаття 13 не ставить вимогу про надання засобу пра­вового захисту через суди.

На думку Суду, орган влади, про який йдеться у статті 13, не обов'яз­ково в усіх випадках повинен бути виключно судовим органом. Проте повноваження і процесуальні гарантії, які має орган, є доречними дня визначення, чи є ефективним засіб правового захисту в цьому органі.

68. Поняття «ефективного засобу правового захисту», згідно з твердженнями заявників, передбачає, що заінтересована особа за допомогою наданої їй надалі інформації повинна бути поставлена в таке становище, в якому вона матиме можливість захищати себе від будь-якого недопустимого посягання на її гарантовані права. Як уряд, так і Комісія погодилися, що зі статті 13 не можна вивести необмеженого права на повідомлення про заходи стеження, якщо вирішено, що оскаржений законодавчий акт, включаючи відсутність інформації, є «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення будь-якої з цілей, зазначених у статті 8.

Суд уже підкреслював, що саме через секретність заходів заінтересо­ваній особі важко, якщо взагалі можливо, самостійно домогтися надан­ня будь-якого засобу правового захисту, особливо якщо стеження про­довжується... Таємне стеження і його наслідки є фактами, які Суд з жалем, але визнав необхідними в умовах сьогодення в демократичному суспільстві в інтересах державної безпеки, охорони порядку і запобігання злочинам... Конвенцію слід сприймати як єдине ціле, і тому, як зазначила у своїй доповіді Комісія, будь-яке тлумачення статті 13 повинно узгоджуватися з логікою Конвенції. Суд не може тлумачити або застосовувати статтю 13 так, щоб отримати результат, фактично рівно­сильний анулюванню свого висновку про те, що відсутність повідомлення заінтересованих осіб відповідає статті 8, оскільки покликана забезпечити дієвість заходів стеження... Відповідно, Суд згідно зі своїми висновками стосовно статті 8 постановляє, що відсутність повідомлення за даних обставин не веде до порушення статті 13.

69. Для цілей даного провадження «ефективний засіб правового захисту» відповідно до статті 13 повинен означати засіб, який є настільки ефективним, наскільки це можливо, враховуючи обмежені можливості для звернення в суд у будь-якій системі таємного стеження. Тому зали­шається розглянути різні засоби правового захисту, доступні заявникам відповідно до німецького права, щоб з'ясувати, чи «ефективні» вони у цьому обмеженому розумінні.

70. Хоча згідно з G10 не можна звертатися в суд стосовно призначен­ня і здійснення обмежуючих заходів, все ж для особи, яка вважає, що вона перебуває під стеженням, відкриті деякі інші засоби правового захисту: вона має можливість скаржитися в Комісію з питань G10 і в Конституційний суд. Справді, ефективність цих заходів обмежена, і в принципі вони застосовуються тільки у виняткових випадках. Однак за умов даного провадження важко уявити більш ефективний засіб правового захисту.

71. З іншого боку, відповідно до рішення Федерального консти­туційного суду від 15 грудня 1970 року компетентний орган зобов'язаний поінформувати заінтересовану особу про припинення стеження, і таке повідомлення не становитиме небезпеки для мети, з якою вводилося об­меження. З моменту такого повідомлення особі стають доступні різні засоби правового захисту в судах. Згідно з інформацією, поданою урядом, особа може домогтися розгляду законності застосування до неї G10 і відповідно до призначених заходів стеження закону в адміністративному суді через позов про визнання права; подати позов про відшкодування шкоди в цивільний суд, якщо їй було завдано шкоди; подати позов про знищення або, у разі необхідності, про відновлення документів; і нарешті, якщо жоден з цих засобів правового захисту не досяг успіху, звер­нутися до Федерального конституційного суду за його рішенням про те, чи мало місце порушення Основного Закону.

72. Відповідно, Суд вважає що за конкретних обставин даної спра­ви уся сукупність засобів правового захисту, передбачена німецьким правом, відповідає вимогам статті 13.