

**Джеремі МАКБРАЙД,**  
консультант Ради Європи, баристер Монктон Чемберс,  
Лондон, Сполучене Королівство,  
колишній Голова наукового комітету Агентства Європейського Союзу  
з питань основоположних прав

## **ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ НОВОГО КПК: ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВІДПОВІДНОСТІ СТАНДАРТАМ ЄСПЛ**

Прийняття минулого року Кримінального процесуального кодексу (КПК) України є насправді знаковою подією, а також прикладом для інших країн як Європи, так і всього світу. Кодекс втілює численні вимоги Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), причому включає не лише її формальні положення, а й підхід до її тлумачення і застосування Європейським судом з прав людини (ЄСПЛ).

Власне КПК може розглядатися як такий, що реалізує європейські норми кримінального процесу. Наведу кілька прикладів. Нинішній Кодекс забезпечує презумпцію відмови від позбавлення волі на стадії досудового розслідування, наділяє суди функцією контролю за застосуванням насильницьких методів допиту, посилює статус сторони захисту під час досудового розслідування і судового процесу і передбачає юридичне представництво інтересів особи за рахунок держави.

Тим не менш, хоча розробка і прийняття Кодексу є важливим досягненням, яке потребувало значних зусиль, насправді робота тільки почалась. Завдання, що стоїть попереду, полягає у забезпеченні застосування Кодексу відповідно до підходу, який ЄСПЛ вважає основоположним для реалізації положень Конвенції. Це виходить за рамки формулювання окремих положень Кодексу, оскільки одна справа – створити текст, який виглядає як такий, що враховує норми Конвенції відповідно до тлумачення ЄСПЛ, і зовсім інша справа – застосовувати ці норми у такий спосіб, який дійсно відповідає підходу, що його Страсбурзький суд напрацював у своїй практиці.

Необхідно взяти до уваги, що, незважаючи на схожість положень Конституції України і Конвенції, а також на справді важливе місце, надане останній Конституцією, минулий досвід застосування положень Конвенції, на думку ЄСПЛ, відповідним чином був щонайменше не дуже успішним. Частково недоліки були наслідком надто позитивістського підходу до застосування законодавства, який передбачає дослівне слідування тексту, не надаючи суддям будь-якої можливості для тлумачення або для творчості у кожній конкретній справі.

Більш того, такий підхід до реалізації права не забезпечував відповідність законодавчих положень певному мінімуму стандартів – матеріальних й процесуальних, які б дозволяли визнавати певне застосування таких положень недопустимим, незважаючи на формальну допустимість, зважаючи, що результат може бути свавільним або непропорційним в контексті прийняття рішення щодо позбавлення волі. Це очевидно суперечить суворій концепції верховенства права, яка становить основу застосування Конвенції.

Такі труднощі можна побачити на прикладах справ за участю інших країн, у яких певні положення закону були начебто відповідними і прийнятними з точки зору Конвенції, але їх використання було незадовільним.

Наприклад, візьмімо справу «Биков проти Росії» від 10 березня 2009 р. № 4378/02, що стосувалася рішення про залишення особи, яка чекала на судовий розгляд, під вартою. Це рішення мотивувалося можливістю втечі та перешкоджання здійсненню правосуддя через тиск на свідків. Такі мотиви відповідають судовій практиці за ст. 5 Конвенції з точки зору використання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Однак, коли ми подивимося на спосіб, у який ця справа розглядалася, то побачимо, що суддя, приймаючи рішення, обмежився зазначенням цих мотивів, не зробивши жодної спроби підтвердити можливість їх застосування до конкретних обставин справи, щоб обґрунтувати відмову звільнення з-під варти важливими і достатніми доказами. До того ж не було жодних ознак того, що місцеві суди намагалися дати оцінку цій ситуації з плином часу. Така бездіяльність прямо суперечить практиці ЄСПЛ, згідно з якою причини утримання під вартою, що спочатку можуть бути прийнятними, з плином часу і переходом у наступну стадію процесу вірогідно ставатимуть менш переконливими.

Отже, положення закону були відповідними, але їх застосування – ні. Хоча КПК також передбачені причини тримання під вартою, які узгоджуються із практикою Страсбурзького суду, цього не буде достатньо, якщо зазначений вище підхід – якого суди аж ніяк не дотримувалися у справі Бикова – не буде належним чином використовуватися судами України. Попередня статистика вселяє надію, адже кількість осіб, що тримаються під вартою, зменшилася, що говорить про застосування правильного підходу при прийнятті рішень, але ще зарано бути впевненим, що це є справжньою причиною або що цей підхід дістає поширення і, звичайно ж, на цьому не можна зупинитися.

Крім того, підхід, дотримання якого вимагає ЄСПЛ, стосується не лише підтвердження мотивів прийняття рішення для того, щоб забезпечити відповідність застосування конкретних положень вимогам Конвенції. Він також стосується забезпечення на практиці принципу пропорційності, а також недопущення свавільного використання певних повноважень.

Прикладом неповаги до такого принципу може бути справа «Кучера проти Словаччини» від 17 липня 2007 р. № 48666/99, яка стосувалася епізоду, коли поліція прийшла додому до заявника з тим, щоб пред'явити йому та його дружині обвинувачення і доставити їх до слідчого для проведення допиту. Все б нічого, але ці поліцейські належали до спеціального оперативного підрозділу та відкрито носили автомати та маски. Звичайно, не було жодних

перешкод для участі звичайних поліцейських в тих конкретних обставинах; демонстрація сили була абсолютно невідповідною та порушувала права заявника на повагу до його дому та родини згідно зі ст. 8 Конвенції.

Аналогічно свавільний підхід можна побачити на прикладі справи «Градінар проти Молдови» від 8 квітня 2008 р. № 7170/02, незважаючи на відповідність апеляційного процесу процедурним нормам, встановленим ст. 6 Конвенції. При цьому не було жодної спроби з боку апеляційного суду, який засудив заявника, розібратися з висновками судді суду першої інстанції щодо наявності у заявника алібі. Звіти експертів були визнані ненадійними внаслідок ряду серйозних процесуальних порушень, а ймовірно доказові заяви свідків були сфабриковані поліцією. Визнання в апеляційному процесі заявника винним було безперечно пародією, оскільки не було навіть спроб розібратися із сукупністю істотних доказів, що вказували на його невинуватість. Постанова суду становила собою цілковите зловживання функцією, яку має виконувати суд.

Для забезпечення застосування КПК України відповідно до вимог Конвенції, звісно, важливо, щоб судді, адвокати, прокурори та інші учасники, які здійснюють правозастосування, знали і розуміли підхід, який використовує ЄСПЛ. Для цього необхідно докласти зусиль для викладення практики Страсбурзького суду українською мовою і проведення відповідного навчання. Проте метою такого навчання має бути не лише отримання знань, а й забезпечення дійсного розуміння роботи системи Конвенції. При цьому особливу увагу треба приділити принципам підходу ЄСПЛ, а не тільки його рішенням в окремих справах. Дух закону тут значно вагоміший, ніж його буква.

Також важливо забезпечити, щоб ознайомлення з Конвенцією та практикою ЄСПЛ мало постійний, а не одноразовий характер. Як часто говорять, Конвенція – це живий інструмент, тому важливо пам'ятати, що в ній можуть статися суттєві зміни. Наприклад, заборони самообвинувачення та заборони провокації немає в тексті Конвенції. Вони стали частиною гарантії права на справедливий суд, передбаченої ст. 6, лише після того, як ЄСПЛ багато років застосовував цю норму в багатьох справах. Остаточний висновок полягав у тому, що обидві заборони є невід'ємним елементом справедливості, тому не мало значення, що вони не були чітко обумовлені в Конвенції.

Такий радикальний відступ від тексту навряд чи можливий зараз, але його, звісно, не можна виключати. У будь-якому разі обов'язково відбуватимуться суттєві зміни акцентів в тлумаченні та застосуванні положень Конвенції, що в свою чергу вимагатиме переосмислення підходу, який запроваджує Україна до застосування Кодексу, для того, щоб упевнитися, що він достатньою мірою забезпечує відповідність нормам Конвенції.

Безперечно, роботу наразі зроблено непогану, але зараз необхідно забезпечити, щоб твердий фундамент, який закладено, був використаний для зведення будівлі, яку буде приємно споглядати, яка адаптується до потреб, що виникають, і буде достатньо міцною, щоб витримати ретельну перевірку з боку ЄСПЛ.

**Mr Jeremy MCBRIDE,**  
Council of Europe Consultant, Barrister, Monckton Chambers,  
Former Chairman of the Scientific Committee  
of the European Union Agency for Fundamental Rights

## **CHALLENGES OF IMPLEMENTATION OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE: ENSURING COMPLIANCE WITH ECHR STANDARDS**

The adoption of the Criminal Procedure Code last year is rightly a cause for much congratulation and indeed emulation by other States, both in Europe and elsewhere. This is because the Code clearly embodies in many ways the requirements of the European Convention on Human Rights, not just the formal terms of its provisions but the approach to its interpretation and application by the European Court of Human Rights.

As such, the Code can be seen to give effect to European standards for criminal procedure. To give just a few examples of this, there is now a clear presumption in favour of liberty at the pre-trial stage, control has been given to the judiciary over the adoption of intrusive interrogation measures, the status of the defence in the course of pre-trial and trial proceedings has been enhanced and an unqualified commitment has been made to provide legal representation at public expense.

However, although the drafting and adoption of the Code is a considerable achievement and has entailed much effort, the real work has only just begun. The task that lies ahead concerns ensuring that the application of the Code is in a manner that is fully in conformity with the approach seen as essential by the European Court for the proper implementation of the European Convention. This is something that goes much beyond the framing of the individual provisions of the Code since it is one thing to draft a text that looks as if it is giving effect to the European Convention as interpreted by the European Court and quite another one actually to apply those provisions in a manner that truly embodies the approach that has been elaborated in the Strasbourg case law.

It should not be overlooked that, notwithstanding the similarity of provisions in the Constitution to those in the European Convention and indeed the high legal authority given to the latter instrument by the former one, the past record in giving effect to the provisions in the European Convention in a manner regarded as appropriate by the European Court has not been very successful, to say the least. This shortcoming has in part been the consequence of an over-positivistic approach to the application of legislation, which favours a too literal adherence to the text and

does not allow any real scope for interpretation or creativity on the part of the judge to deal with a particular case.

Moreover, the approach to law has not embodied the sense that legal provisions in their application must meet certain minimum standards - substantive and procedural - such as would lead to a particular use or application of those provisions being found inadmissible despite being formally permissible, on account of the fact that the outcome was arbitrary or the impact on liberty was disproportionate. This is in marked contrast to the exacting concept of the rule of law that underpins the application of the European Convention.

The sort of difficulties that might be encountered can be seen by looking at some cases from other countries where the relevant legal provisions were ostensibly good in European Convention terms but the use to which they were put was unfortunately far from satisfactory.

Take, for example, the case of *Bykov v. Russia* [GC], no. 4378/02, 10 March 2009, which concerned a decision not to release someone from custody pending his trial. The reasons given were that there was a likelihood of flight and of obstruction of the course of justice through exerting pressure on witnesses. These are both good reasons under the case law on Article 5 of the European Convention for the use of remand in custody. However, when you look at the way in which the case was actually handled it can be seen that the judicial decision in question did not go beyond stating those grounds; there was no attempt to substantiate their applicability in the particular circumstances of the case so as to ensure the refusal of release was supported by relevant and sufficient reasons. Moreover, there was no sign of the domestic courts of ever having sought to evaluate the situation as time passed. This omission was directly contrary to the European Court's case law that has made it clear that reasons for detention that may be initially acceptable are likely to become much less compelling as time passes and a more advanced stage of the proceedings is reached.

Thus the law was good but its application was not and, although the Code also sets out reasons for detention that are compatible with the Strasbourg case law, this will not be enough if the approach just discussed - and clearly absent in the *Bykov* case - is not properly followed by the courts in Ukraine. Early statistics are encouraging in that the reduction in numbers of persons remanded in custody could suggest an appropriate approach to decision-making but it is still too soon to be sure either that that is the real reason or that the right approach is beginning to be adopted and there are certainly no grounds for complacency.

The approach required by the European Court is, moreover, not just about substantiating the reasons for a decision so that the application of specific provisions in the Code does not conflict with the requirements of the European Convention. It is also about embracing and giving effect in practice to the principle of proportionality, as well as ensuring that a particular power is not used in an arbitrary manner.

An example of a failure to respect the former can be seen in the case of *Kucera v. Slovakia*, no. 48666/99, 17 July 2007, which concerned the police coming to the applicant's door in order to serve charges on him and his wife and to escort them to an investigator for questioning. So far so good but the police officers concerned were ones belonging to a special intervention unit and they openly carried sub-

machine guns and wore masks. There was, of course, no reason why an ordinary police intervention would not have been safe and sufficient for the circumstances of the particular case. The display of force was entirely disproportionate and it necessarily breached the applicant's right to respect for his home and family life under Article 8 of the European Convention.

Similarly, an arbitrary handling of a case can be seen in *Gradinar v. Moldova*, no. 7170/02, 8 April 2008, despite the appellate process ostensibly complying with the procedural requirements laid down in Article 6 of the European Convention. Thus, there was simply no attempt by the appeal court in convicting the applicant to deal with the findings of the judge at first instance that he had an alibi, the expert reports were rendered unreliable by a number of serious procedural violations and supposedly inculpatory statements by witnesses had been fabricated by the police. The finding of the applicant guilty on an appeal was clearly a travesty in the absence of any attempt to deal with a substantial body of evidence pointing to his innocence. The ruling was a total misuse of the function supposed to be performed by a court.

To ensure that the Code is applied in a manner that is genuinely compatible with the requirements of the European Convention, it is of course essential that judges, lawyers, prosecutors and all involved in law enforcement are familiar with the approach set out by the European Court. This requires efforts to make the case law available in Ukrainian and to provide appropriate training. However, this training should be much more than the acquisition of knowledge. It needs to inculcate a real understanding of how the European Convention system works with a focus on the underlying approach of the European Court and not just its rulings in individual cases. The spirit of the law is here much more important than the letter.

It is also important that the development of familiarity with the European Convention and the case law of the European Court be an ongoing rather than a one-off process. As is often said, the European Convention is a living instrument and it is important to bear in mind that there can be some significant changes. Thus, the prohibitions on self-incrimination and on the use of entrapment are nowhere to be found in the text of the European Convention. They only came to be recognised as part of the fair trial guarantee in Article 6 after many years of the European Court applying this provision in a multitude of cases. The conclusion ultimately reached was that both prohibitions were intrinsic to fairness and so it did not matter that they were not explicitly articulated in the European Convention itself.

It may be that such a radical departure from the text is less likely to occur now but it certainly cannot be excluded from the realms of possibility. In any event, there will definitely be important changes of emphasis in the way in which the provisions of the European Convention are interpreted and applied and these will inevitably require some rethinking as to whether the approach being adopted in Ukraine to the application of the Code is actually sufficient to ensure that compliance with the European Convention is occurring.

What has been achieved so far is undoubtedly a job well done but now it is essential to ensure that the very good foundations that have been laid are built upon in a manner that produces an edifice that is pleasing to behold, is adaptable to the needs that emerge and is sufficiently strong enough to withstand the close scrutiny that the European Court can be expected to exercise.