

Висновок № 8 (2006)
Консультативної ради європейських суддів
до уваги Комітету Міністрів Ради Європи
з питання "Роль суддів у захисті верховенства права
та прав людини в контексті тероризму"*

A. ВСТУП

a) Загальний контекст

1. З метою виконання Плану дій, прийнятого на Третньому саміті глав держав та урядів Ради Європи¹, що закликає європейські держави забезпечити ефективний захист прав людини при посиленні боротьби проти тероризму, Комітет Міністрів довірив Консультативній раді європейських суддів (КРЕС) завдання прийняти в 2006 році висновок щодо ролі судді та балансу між захистом публічних прав і прав людини в контексті боротьби проти тероризму².

2. Рада Європи докладає конкретні зусилля у справі боротьби проти тероризму для встановлення належного балансу між захистом індивідуальних прав і свобод та публічною безпекою. Дії Ради Європи спрямовані на досягнення трьох цілей:

- посилення юридичних дій проти тероризму;
- захист основоположних демократичних цінностей;
- усунення причин виникнення тероризму.

3. Ця конкретна робота мала наслідком створення низки юридичних інструментів Ради Європи, зокрема таких:

- Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом [ETS (European Treaty Series) № 90] та Протокол про внесення змін до неї [ETS № 190];
- Європейська конвенція про видачу правопорушників [ETS № 24], а також Перший та Другий додаткові протоколи до неї [ETS № 86 та ETS № 98];
- Європейська конвенція про взаємну правову допомогу у кримінальних справах [ETS № 30], а також Перший та Другий додаткові протоколи до неї [ETS № 99 та ETS № 182];
- Європейська конвенція про передачу провадження у кримінальних справах [ETS № 73];
- Європейська конвенція щодо відшкодування збитку жертвам насильницьких злочинів [ETS № 116];
- Конвенція про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом [ETS № 141];
- Конвенція про кіберзлочинність [ETS № 185] та Додатковий протокол до неї, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи [ETS № 189];
- Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму [CETS (Council of Europe Treaty Series) № 196];
- Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму [CETS № 198].

* Схвалено на 7-у засіданні КРЕС (Страсбург, 8—10 листопада 2006 р.), документ № ССЈЕ (2006) 3.

¹ м. Варшава, 16—17 травня 2005 року.

² 956-те засідання заступників міністрів (15 лютого 2006 р.).

4. У контексті цього Висновку КРЄС також посилається на інші доречні міжнародні документи Європейського Союзу (див., зокрема, План дій ЄС щодо боротьби проти тероризму)¹ і документи Організації Об'єднаних Націй та серед іншого:

- Конвенція ООН про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів, схвалена Генеральною Асамблеєю ООН 14 грудня 1973 р.;
- Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 17 грудня 1979 р.;
- Міжнародна конвенція про боротьбу з бомбовим тероризмом, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 15 грудня 1997 р.;
- Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 9 грудня 1999 р.;
- Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму, Нью-Йорк, 13 квітня 2005 р.;
- Конвенція про злочини та деякі інші акти, що вчиняються на борту повітряних суден, підписана в Токіо 14 вересня 1963 р.;
- Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден, підписана в Гаазі 16 грудня 1970 р.;
- Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації, підписана в Монреалі 23 вересня 1971 р.;
- Конвенція про фізичний захист ядерного матеріалу, підписана у Відні 3 березня 1980 р.;
- Протокол про боротьбу з незаконними актами насильства в аеропортах, що обслуговують міжнародну цивільну авіацію, який доповнює Конвенцію про боротьбу з незаконними актами, що спрямовані проти безпеки цивільної авіації, підписаний в Монреалі 24 лютого 1988 р.;
- Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства, учинена в Римі 10 березня 1988 р.;
- Протокол про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки стаціонарних платформ, розташованих на континентальному шельфі, учинена в Римі 10 березня 1988 р.;
- Конвенція про маркування пластичних вибухових речовин з метою їх виявлення, підписана в Монреалі 1 березня 1991 р.

5. Оскільки деякі їхні положення мають відношення до питань, що розглядаються, КРЄС також бажає згадати про Женевські конвенції від 12 серпня 1949 року:

- Конвенція (I) про поліпшення долі поранених і хворих в діючих арміях;
- Конвенція (II) про поліпшення долі поранених, хворих і осіб, які зазнали корабельної аварії, із складу збройних сил на морі;
- Конвенція (III) про поводження з військовополоненими;
- Конвенція (IV) про захист цивільного населення під час війни.

6. КРЄС також нагадує про свій Висновок № 6 (2004) щодо справедливого суду в розумний строк та ролі судді в судових процесах з урахуванням альтернативних засобів вирішення спорів, а також Висновок № 7 (2005) з питання "правосуддя та суспільство".

b) Узгодження прав людини та необхідності вжиття заходів проти тероризму

7. Рада Європи вже кілька разів підкреслювала, що боротьба проти тероризму при дотриманні прав людини є можливою.

8. З цією метою в липні 2002 року Комітет Міністрів прийняв² Керівні принципи щодо прав людини та боротьби проти тероризму. Ці Керівні принципи підтверджують

¹ Рада Європейського Союзу, 5771/1/06.

² 804-е засідання заступників міністрів, 11 липня 2002 року.

обов'язок держави захищати кожного від тероризму, наголошуючи на необхідності уникати довільних дій та забезпечувати, щоб усі дії, які вживаються для боротьби проти тероризму, були правомірними, та що тортури заборонені.

9. Юридичні положення, викладені в Керівних принципах, стосуються, зокрема, збирання та оброблення персональних даних, заходів, які є втручанням у приватність, арешту, тримання в поліції та утримання під вартою до суду, юридичного процесу, екстрадиції та компенсації жертвам.

10. Відповідно, у березні 2005 року Комітет Міністрів ухвалив¹ Керівні принципи щодо захисту жертв терористичних актів, які визнають їхні страждання та необхідність надавати підтримку жертвам.

11. Щоденний досвід та поточні події свідчать, що попри те, що тероризм не є новою проблемою, він віднедавна набув безпрецедентного міжнародного розмаху. Боротьба проти тероризму є специфічним та особливо важким викликом для держав і правоохоронних органів, а також, відповідно, і для судової системи, яка повинна реагувати гнучко та в межах Європейської конвенції з прав людини.

12. Існує очевидний конфлікт між тероризмом та реалізацією індивідуальних прав і свобод, оскільки тероризм не тільки ставить під серйозну загрозу основоположні права, включно з правом на життя та особисту безпеку, підриває принципи верховенства права та плюралістичної демократії, а й може підштовхувати держави до встановлення обмежень, які самі по собі, якщо не вжити запобіжних заходів, можуть мати негативний вплив на права людини.

13. З огляду на це КРЄС як орган, що складається виключно із суддів, вважає доцільним вивчити роль судді у справі захисту верховенства права та прав людини в контексті тероризму.

14. КРЄС вважає, що суддя, який наділений подвійними функціями, а саме — розгляд порушень закону та захист конституційних прав і свобод осіб, повинен відігравати вирішальну роль у юридичній системі, створеній державами, та повинен отримати всі необхідні повноваження для дієвого вирішення цих завдань.

15. КРЄС вважає, що, якщо тероризм повинен розглядатися як чинник, що створює особливу ситуацію, яка виправдовує тимчасові й специфічні дії, що обмежують певні права у зв'язку з його виключною небезпекою, ці заходи повинні визначатися законом, бути необхідними та пропорційними цілям демократичного суспільства (щодо свободи вираження поглядів дивіться пункт 2 статті 10 Європейської конвенції з прав людини і загальніше — принцип 3 Керівних принципів щодо прав людини та боротьби проти тероризму), а також бути предметом ретельного розгляду та контролю щодо їхньої правомірності тими суддями, які згідно з правовими традиціями окремих держав зазвичай мають повноваження в галузі відповідного законодавства (цивільні, кримінальні або адміністративні суди — на відміну від *tribunaux d'exception* [особливі суди], які працюють поза межами звичайної правової системи, — див. також пункти 26, 33—34 та 42 нижче).

16. Ці заходи в жодному випадку не можуть порушувати права і свободи громадян такою мірою, коли виникає загроза для самих основних принципів демократичного суспільства.

17. У світлі вищевикладених загальних міркувань вважається доцільним вивчити наслідки заходів, які можуть вживатися у сфері адміністративного права (розділ Б) та кримінального права (розділ В) у боротьбі проти тероризму, а також роль судді в захисті свободи вираження поглядів (розділ Г).

¹ 917-е засідання заступників міністрів, 2 березня 2002 року.

Б. АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ЗАХОДИ

18. Держави при здійсненні свого обов'язку захищати населення через попередження терористичних актів можуть через свої адміністративні органи вживати заходів, які відрізняються від кримінальних санкцій, що застосовуються до терористичних правопорушень, які вже вчинено.

19. Депортація іноземців, вимоги щодо віз та дозволів на проживання, контроль документів, що посвідчують особу, заборона об'єднань, заборона зібрань, прослуховування, встановлення відеокамер та моніторинг з використанням інформаційних технологій є прикладами таких запобіжних заходів.

20. Такі запобіжні заходи, як і кримінальні, вимагають дотримання балансу між обов'язком захищати людей від терористичних актів та обов'язком гарантувати права людини.

21. Судді повинні відігравати дуже важливу роль у забезпеченні того, що такий баланс знайдений та належно підтримується. Безперечно, саме держави повинні приймати, а адміністративні органи застосовувати заходи, необхідні для досягнення такого балансу. Коли суди належним чином враховують закони, прийняті для боротьби з очікуваними терористичними загрозами, такі закони та адміністративні заходи повинні підлягати ретельному судовому розгляду та вивченню для забезпечення того, що вони є правовими, необхідними та пропорційними.

22. У цьому контексті необхідно додержуватися міжнародних та європейських юридичних документів, у тому числі зобов'язань, що впливають з Європейської конвенції з прав людини. Захист національної безпеки може призводити до обмеження певних індивідуальних прав, передбачених Конвенцією¹.

23. Превентивні заходи проти тероризму, проте, ніколи не повинні порушувати такі фундаментальні права, як право на життя (стаття 2 Європейської конвенції з прав людини) або заборону катувань або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання (стаття 3 Європейської конвенції з прав людини).

24. Стосовно статті 3 КРЄС відзначає, що Європейський суд з прав людини заявляє про те, що тероризм не може виправдовувати відхід від повної заборони катувань або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання незалежно від поведінки жертви². Оцінюючи, чи існує справжній ризик поводження з порушенням статті 3 у випадку вислання осіб, Суд дійшов висновку, що той факт, що особа сприймається як загроза національній безпеці держави, не є достатньою підставою для таких дій³.

25. Ефективний доступ до судової перевірки адміністративних актів, спрямованих на попередження тероризму, має забезпечуватися так, як передбачено в Рекомендації Rec (2004) 20 Комітету Міністрів державам-членам щодо судового перегляду адміністративних актів⁴. З тим, щоб бути ефективним згідно із статтею 13 Євро-

¹ Див. Стаття 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя), стаття 9 (свобода думки, совісті і релігії), стаття 10 (свобода вираження поглядів) та стаття 11 (свобода зібрань та об'єднань).

² Див. Європейський суд з прав людини, рішення у справі "Чагал проти Сполученого Королівства" (Chahal v. United Kingdom) (15.11.1996), параграф 79: Європейський суд з прав людини добре усвідомлює величезні труднощі, які постають сьогодні перед державами у справі захисту населення цих держав від терористичного насильства. Проте навіть за таких обставин Конвенція містить абсолютну заборону катувань або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання незалежно від поведінки жертви.

³ Див. Європейський суд з прав людини, рішення у справі "Чагал проти Сполученого Королівства" (Chahal v. United Kingdom) (15.11.1996), параграфи 80 та 149.

⁴ Ухвалена Комітетом Міністрів 15 грудня 2004 року.

пейської конвенції з прав людини, засіб юридичного захисту повинен існувати незалежно від того, чи сприймається відповідна особа як загроза національній безпеці¹.

26. Судова перевірка включає розгляд будь-якого порушення закону тими суддями, які згідно з юридичними традиціями окремих держав зазвичай мають юрисдикцію у сфері відповідного законодавства (щодо цієї та наступних вимог дивіться Рекомендацію Rec (2004) 20, згадану в пункті 25). Суд — як правило, цивільний або адміністративний, — повинен мати повноваження вивчити всі правові та фактичні питання і не повинен бути обмежений фактами, установленими адміністративними органами.

27. Гарантується, зокрема, право на справедливий судовий розгляд (стаття 6 Європейської конвенції з прав людини). Це, серед іншого, передбачає, що повинна існувати рівність сторін судового процесу та що процес повинен мати змагальний характер.

28. Право на справедливий судовий розгляд вимагає, щоб усі докази, які прийняті судом, у принципі були доступними для усіх сторін для цілей змагальних дебатів². Виникає запитання: який ступінь обмеження доступу до документів, свідків або інших джерел доказів може бути прийнятним, якщо йдеться про питання безпеки? Коли доступ до доказів надається адвокатам, а не безпосередньо сторонам, оскільки пряме розкриття джерел доказів відповідним особам може становити загрозу суспільним інтересам, постають потенційно складні запитання щодо того, чи є це суттєвим обмеженням ефективного засобу юридичного захисту та прав сторони захисту³. Незалежно від того, яким є рішення щодо доступу до доказів сторін та адвокатів захисту, КРЄС вважає, що жодні обмеження не можуть поширюватися на можливість судді мати прямий та особистий доступ до документів, свідків та інших джерел доказів для забезпечення оцінки усіх відповідних фактів судом і, таким чином, прийняття рішення про ефективний захист прав (стаття 13 Європейської конвенції з прав людини).

¹ Див. Європейський суд з прав людини, рішення у справі "Чагал проти Сполученого Королівства" (Chahal v. United Kingdom) (15.11.1996), параграф 151: "У таких випадках, беручи до уваги непоправний характер шкоди, яка могла б виникнути, якщо б ризик поганого поведіння реалізувався, а також важливість, яку Суд надає статті 3, поняття ефективного засобу юридичного захисту згідно із статтею 13 вимагає незалежного розгляду твердження про те, що існують суттєві підстави побоюватися виникнення реального ризику поведінки, яке суперечить статті 3. Такий розгляд повинен здійснюватися без урахування того, що могла вчинити особа, щоб її видворили, або будь-якої можливої загрози національній безпеці держави, що її видворяє".

² Див. Рекомендацію Rec (2004) 20: судовий процес повинен мати змагальний характер. Усі докази, прийняті судом, повинні у принципі бути доступними для сторін для цілей змагальних дебатів (пункт В(4)(d)).

³ Європейський суд з прав людини трактує доступ до доказів сторін та адвокатів захисту в рішенні по справі Чагала (Chahal) через непряме посилання на законодавство Канади: "Залучені до розгляду особи (...) усі вважали, що судовий розгляд не становить ефективного засобу юридичного захисту у справах, які стосуються національної безпеки. Стаття 13 вимагає, принаймні, щоб певний незалежний орган міг оцінити всі факти й докази та мав право виносити рішення, яке б було обов'язковим для Державного секретаря. У цьому зв'язку Amnesty International, Liberty, Центр AIRE та JCWI (...) звернули увагу Суду на процедуру, яка застосовується в таких справах в Канаді. Відповідно до Закону про імміграцію Канади 1976 року (зміненого Законом про імміграцію 1988 року), суддя Федерального суду проводить закриті слухання усіх доказів, на яких позивачу викладається узагальнення, наскільки можливо, справи, порушеної проти нього, а він має право бути представленим та подавати докази. Конфіденційність матеріалів, які стосуються безпеки, зберігається шляхом вимоги, щоб такі докази вивчалися у відсутності як позивача, так і його представника. Проте за таких обставин їхнє місце займає перевірений службою безпеки адвокат, проінструктований судом, який здійснює перехресне опитування свідків та загалом допомагає суду у перевірці аргументів держави. Резюме доказів, отриманих в ході здійснення такої процедури, з необхідними вилученнями тексту надається позивачеві".

29. Вищезазначені принципи також поширюються на рішення, які стосуються видворення або депортації іноземця, або відмови в дозволі на проживання чи в якійсь формі захисту (наприклад, статусі біженця або допоміжному захисті), якщо мають місце обвинувачення у терористичній загрозі.

30. Хоча стаття 6 Європейської конвенції з прав людини не поширюється на видворення та депортацію іноземців¹, необхідно додержуватися права на справедливий суд також і стосовно таких заходів (див. Рекомендацію Rec (2004) 20, пункт 4).

31. КРЄС вважає, що подібні судові повноваження з нагляду мають бути ефективно гарантовані щодо застосування обмежень на свободу пересування іноземців до завершення розгляду справи про видворення або депортацію. Крім того, нагляд за умовами таких обмежень повинен гарантуватися на основі, схожій для умов тримання під вартою.

32. У будь-якому випадку не можна вчиняти жодної невідновної дії в ході розгляду справи². Це означає, що депортація в ході розгляду справи не може бути прийнятною за жодних обставин, якщо під ризик порушення потрапляють такі абсолютні права, як ті, що захищені статтею 2 або статтею 3 Європейської конвенції з прав людини³. Інтереси публічного порядку або національної безпеки (як ті, що, наприклад, згадані в статті 1 Протоколу № 7 до Європейської конвенції про права людини від 22 листопада 1984 р.) є несуттєвими, якщо йдеться про абсолютні права.

33. КРЄС вважає, що з огляду на делікатне завдання гарантування основоположних прав і свобод нагляд за усіма адміністративно-правовими заходами щодо видворення іноземців (а також тимчасового нагляду за ними), вимоги до віз, контроль документів, що посвідчують особу, заборони об'єднань, зібрань, прослуховування, встановлення відеокамер, розшуку осіб із застосуванням інформаційних технологій повинні бути доручені звичайним судам (у тому числі адміністративним судам), які складаються з професійних суддів, призначених за законом та з повними гарантіями незалежності.

34. Завдання забезпечення ефективного засобу юридичного захисту може бути доручено лише звичайним судам та/або суддям, оскільки вони створені згідно з правовими традиціями окремих країн та мають спеціальні знання (наприклад, адміністративні судді — див. пункт 26 вище).

В. КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАХОДИ

35. Необхідність реагування на акти тероризму за допомогою засобів кримінального права вже давно підтверджена документами Ради Європи (див. Рекомендацію № 703 (1973) Парламентської Асамблеї щодо міжнародного тероризму). Таке реагування передбачає вжиття державами відповідних заходів, які стосуються матеріального права (частина "а"); частина "б" буде присвячена незмінній ролі судді в кримінальних справах щодо тероризму.

¹ Див., наприклад, Європейський суд з прав людини, рішення у справі "Маауїа проти Франції" (Maoui v. France) (05.10.2000), параграф 40: "Суд вважає, що рішення щодо в'їзду, перебування та депортації іноземців не стосуються визначення прав чи обов'язків цивільного характеру заявника або висунутого проти нього кримінального обвинувачення в розумінні пункту 1 статті 6 Конвенції".

² Див. Європейський суд з прав людини, рішення у справі "Маматкулов та Аскарком проти Туреччини" (Mamatkulov and Askarom v. Turkey), 04.02.2005, параграф 124: "Безумовно, можна сказати, що незалежно від правової системи, про яку йдеться, належне відправлення правосуддя вимагає, щоб жодні невідновні дії не виконувалися до завершення провадження".

³ Див. також уже згадуване рішення у справі Чагала (Chahal), згідно з яким Конвенція містить абсолютну заборону катувань.

а) Матеріальне право

36. Багато держав включили окремий склад правопорушення "тероризм" у своє національне кримінальне законодавство, таким чином відреагувавши на спільне бажання, висловлене в різноманітних міжнародних документах Організації Об'єднаних Націй, Ради Європи та Європейського Союзу.

37. З огляду на тяжкість правопорушень, які розглядаються як терористичні, а також на процесуальні наслідки, які випливають з них, важливо, щоб основні принципи кримінального права застосовувалися до терористичних правопорушень так само, як і до будь-якого іншого кримінального правопорушення, і щоб склад такого правопорушення був чітко та точно визначений.

38. Відповідність цим критеріям є важливою не лише для доведення винуватості у правопорушеннях, які включають безпосередній напад на осіб або майно, а й для будь-якого випадку, коли національне законодавство передбачає кваліфікацію певних інших вчинків, як, наприклад, підготовка або фінансування терористичної діяльності, як терористичних.

39. Оскільки тероризм не визнає державних кордонів, юридична відповідь держав на нього має бути міжнародною. Існуючі міжнародні юридичні документи у цій галузі забезпечують спільну нормативну базу для боротьби проти тероризму. Це допомогло б суддям різних держав, особливо у сфері міждержавного співробітництва (наприклад, в обміні інформацією та судовій допомозі), якби міжнародна спільнота розробила погоджене визначення терористичних правопорушень, що відповідають стандартам статті 7 Європейської конвенції з прав людини. Судді, які тлумачать право, повинні, зі свого боку, урахувати міжнародний вимір цього явища при застосуванні норм права.

б) Роль судді залишається незмінною в кримінальному процесі у справах про тероризм

40. У контексті кримінального права судді також відіграють провідну роль у забезпеченні досягнення належного балансу в частині матеріального й процесуального права між необхідністю виявляти й переслідувати терористичні правопорушення та гарантуванням прав людини тих осіб, які підозрюються та обвинувачуються у вчиненні таких правопорушень.

41. Беручи до уваги вищезазначені потреби, можна розглянути деякі питання щодо ролі судді в судових справах у сфері тероризму.

і) Відмова від "tribunaux d'exception"

42. КРЄС відзначає, що насправді універсальною відповіддю європейських держав на вимогу встановлення балансу між антитерористичною безпекою та захистом прав людини була відмова від створення "tribunaux d'exception" (див. пункт 15 вище) як реакції на поточну загрозу, яку несе тероризм.

43. Держави повинні довіряти своїм існуючим судовим інституціям, які мають знаходити зазначений баланс у відповідності з нормами права, які загально застосовуються в демократичних державах, у тому числі міжнародними конвенціями та зокрема Європейською конвенцією з прав людини.

44. КРЄС вважає, що роль судді у справах, які стосуються терористичних актів, не повинна відрізнятися від тієї ролі, яку суддя відіграє стосовно інших правопорушень, та що характер предмета розгляду не виправдовує відмову від звичайних правил, які регулюють компетенцію судів.

45. Тим не менше, важливість тероризму передбачає, що злочини, які стосуються цієї категорії, повинні розглядатися судами, які мають юрисдикцію для слухання та вирішення справ про найтяжчі злочини, коли така компетенція розподіляється між національними судами.

46. КРЄС визнає, що місцеві обставини або потреби, які мають відношення до безпеки суддів, можуть іноді виправдовувати звернення до спеціалізованих судів, які мають компетенцію щодо справ про тероризм.

47. У будь-якому випадку важливо, щоб ці спеціалізовані суди склалися з незалежних суддів та застосовували звичайні процесуальні правила з повним додержанням прав сторони захисту і у принципі права на публічний судовий розгляд таким чином, щоб справедливість судового процесу була гарантована в усіх справах.

48. Необхідно уникати таких ситуацій, коли, з одного боку, слідчі мають спеціальні знання в галузі тероризму, а з іншого боку, судді та прокурори можуть зіткнутися із складнощами через брак інформації та знань.

49. Навчання суддів повинно охоплювати усі питання кримінального та фінансового права, які стосуються розуміння терористичної діяльності, а також повинно включати міжнародний вимір з метою сприяння створенню судових мереж, які є важливими для обміну інформацією та інших форм транскордонної співпраці.

50. Навчальні ініціативи слід також спрямовувати на підкреслення особливої функції суддів, які завжди повинні зберігати баланс між необхідністю подолання злочинності та додержанням основоположних прав навіть тоді, коли йдеться про терористичну діяльність.

ii) Роль судді під час розслідувань

51. КРЄС вважає, що, наскільки б серйозним не було правопорушення, суди повинні на усіх стадіях розслідування забезпечувати, щоб обмеження індивідуальних прав зводилися лише до тих, що є суворо необхідними для захисту суспільних інтересів¹. Суди повинні оцінювати дійсність та легітимність доказів, зібраних слідчими, та мати юридичні повноваження відмовляти у прийнятті доказів, отриманих із застосуванням катувань або нелюдського чи такого, що принижує, поводження, або шляхом порушення прав сторони захисту, або шляхом застосування інших незаконних дій. Суди повинні забезпечувати, щоб рішення стосовно розслідувань відповідали правилам справедливого судочинства та рівності сторін.

52. Хоча в деяких державах розслідування проводяться спеціальними службами, які є важливим інструментом розслідування або попередження злочинності, діяльність таких служб не повинна перетворюватися на порушення чинного законодавства та повинна знаходитися під демократичним контролем відповідно до вимог Європейської конвенції з прав людини².

53. КРЄС вважає, що усі накази про замороження, арешт або конфіскацію активів, які мають на меті попередження фінансування тероризму, мають видаватися з дотриманням закону та підлягати перевірці й регулярному нагляду з боку суду, оскільки такі накази можуть серйозно порушувати право на приватність та право власності.

54. Рада Європи прийняла Рекомендацію Rec (2005) 10 Комітету Міністрів державам-членам щодо спеціальних методів розслідування у зв'язку з тяжкими злочинами, у тому числі актами тероризму³.

55. Ця Рекомендація підкреслює, що використання спеціальних методів розслідування є важливим інструментом у контексті боротьби проти тяжких злочинів, фактично вчинених або таких, що знаходяться на стадії підготовки, але вона також передбачає, що такі методи можуть застосовуватися лише у випадках та за умов, які

¹ Див. також щодо ролі, яку прокурорські служби можуть відігравати у забезпеченні захисту прав людини, Рекомендацію Rec (2000) 19 щодо ролі прокуратури в системі кримінального правосуддя. КРЄС детально вивчить у майбутньому висновку взаємовідносини між судовою владою та державним обвинуваченням (див. Рамковий глобальний план дій для суддів у Європі, документ КРЄС № (2001) 24).

² Див., наприклад, доповідь Венеціанської комісії "Служби внутрішньої безпеки в Європі" (CDL/Inf (98) 6).

³ Згідно з Рекомендацією Rec (2005) 10 спеціальні методи розслідування включають: "Методи, які застосовуються компетентними органами в контексті кримінальних розслідувань для цілей виявлення та розслідування тяжких злочинів і підозрюваних з метою збирання інформації таким чином, щоб це не стало відомо підозрюваному".

чітко визначені законом, під належним наглядом судових органів або інших "незалежних органів". КРЄС висловлює сумнів у тому, що нагляд може бути переданий до компетенції інших "незалежних органів", крім тих суддів, які згідно з юридичними традиціями окремих держав зазвичай мають юрисдикцію у галузі відповідного права (див. пункт 26 вище). Концепції "незалежних органів" бракує точності; вона не гарантує справедливості процесу, як вимагається пунктом 1 статті 6 Європейської конвенції з прав людини.

56. КРЄС вважає, що такі спеціальні методи розслідування повинні відповідати принципам законності та пропорційності, що вони мають у будь-якому випадку розглядатися як тимчасові заходи та що їхнє застосування підлягає постійному нагляду (включно у принципі з наданням попереднього дозволу) компетентного суду.

iii) Роль судді під час тримання під вартою

57. КРЄС нагадує, що положення пунктів 3 та 4 статті 5 Європейської конвенції з прав людини повинні дотримуватися щодо досудового затримання та засудження осіб у зв'язку з обвинуваченням в тероризмі¹. Ув'язнення є санкцією, яка накладається судом на осіб, чия вина була встановлена. Однак у виключних випадках особи можуть знаходитися під вартою до винесення судового рішення — як запобіжний захід (затримання, відмова у звільненні під заставу до висунення офіційного обвинувачення та ін., як до, так і під час судового процесу).

Затримання підозрюваних

58. Щодо затримання або тримання під вартою до винесення рішення про винуватість практика в кожній країні є різною щодо діапазону заходів обмеження прав людини, який дозволяє кожна з них. Таким чином, хоча певні країни збільшили час затримання поліцією у випадку терористичних справ або навіть попереднього ув'язнення, передбаченого загальним правом, інші не мають наміру відходити від положень звичайного права.

59. Оскільки свобода пересування є одним з основоположних прав у демократичних державах, КРЄС вважає, що заходи, які втручаються у реалізацію цього права,

¹ Пункт 3 статті 5 Європейської конвенції з прав людини: "Кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту "с" пункту 1 цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження. Таке звільнення може бути обумовлене гарантіями з'явитися на судове засідання". Пункт 4 статті 5 Європейської конвенції з прав людини: "Кожен, кого позбавлено свободи внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, в ході якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним".

Крім того, у рішенні "Броган та інші проти Сполученого Королівства" (Brogan and others v. United Kingdom) (29.11.1988) Європейський суд з прав людини в параграфі 61 зазначив, що розслідування терористичних правопорушень, безсумнівно, створює для державних органів особливі проблеми. Суд визнає, що, за умов існування адекватних запобіжників, обставини тероризму у справі, що розглядається, "має наслідком подовження періоду, протягом якого державні органи можуть без порушення пункту 3 статті 5 утримувати особу, підозрювану у вчиненні тяжких терористичних правопорушень, під вартою до того, як вона постане перед суддею або іншою судовою посадовою особою. Складнощі, на які посилається уряд, стосовно судового контролю за рішеннями щодо арешту та затримання підозрюваних терористів можуть мати вплив на спосіб застосування положень пункту 3 статті 5, наприклад, вимагаючи встановлення відповідних процесуальних запобіжників з огляду на характер підозрюваних правопорушень. Проте вони не можуть виправдати повну відмову від "невідкладного судового контролю" згідно з положеннями пункту 3 статті 5". Суд додає, що можливість гнучкого тлумачення та застосування поняття "невідкладність" є дуже обмеженою (параграф 62). На думку Суду, навіть найкоротший з чотирьох періодів часу затримання у справі, що розглядається, а саме чотири дні та шість годин затримання в поліцейському управлінні, виходить за межі суворих обмежень щодо часу, дозволеного першим реченням пункту 3 статті 5. "Той безсумнівний факт, що арешт та утримання під вартою заявників були викликані правомірною метою захисту громади в цілому від тероризму, не є сам по собі достатнім для забезпечення відповідності конкретним вимогам пункту 3 статті 5".

повинні не тільки чітко визначатися законом, але також що судді як гаранті індивідуальних свобод повинні мати завдання нагляду над заходами затримання та утримання під вартою, вжитими до встановлення вини.

60. Такий нагляд передбачає, що судді повинні мати можливість перевірити існування юридичних та фактичних умов для утримання під вартою (включно з перевіркою підстав для підозри згідно з обвинуваченням, яке повинно доводитися до відома затриманої особи) для забезпечення того, що гідність особи та право на захист гарантуються, що обмеження таких прав є необхідними в силу фактів та є суворо пропорційними меті, яку необхідно досягти, та що вони не мають негативного впливу на принцип права на захист як такий, для перевірки того, що затримана особа не піддаватиметься катуванням або будь-якому іншому нелюдському чи такому, що принижує, поводженню, щоб оголосити незаконними заходи утримання під вартою, які здійснюються таємно або необмежені в часі (суддя сам повинен встановлювати період утримання під вартою), або які не забезпечують з'явлення перед судом, як передбачено законом. Якщо при здійсненні таких функцій суддя дізнається, що особа могла бути об'єктом таємного арешту, утримання під вартою та/або перевезення, він повинен передати це питання на розгляд органів, відповідальних за кримінальні розслідування.

Ув'язнення після судового процесу

61. Що стосується ув'язнення осіб, чия вина була встановлена, КРЄС вважає, що серйозність терористичних злочинів не виправдовує будь-якого відходу від загальних правил, установлених законом у сфері кримінального судочинства та заходів утримання під вартою. Зокрема, суддя не може застосовувати кримінальну санкцію згідно із стандартами доказів, які відрізняються від загальних правил.

Умови утримання

62. Цей висновок не є належним місцем для обговорення теми умов утримання, хоча це питання заслуговує на подальший розгляд у майбутньому висновку КРЄС¹. Ця тема відображає складність дотримання вимог як щодо прав людини, так і щодо захисту суспільних інтересів. У багатьох країнах існує велика спокуса автоматично надавати пріоритет питанням безпеки, що може тягти за собою ризик зловживань.

63. Для цілей питання, що розглядається, КРЄС звертає увагу на Рекомендацію Res (2006) 2 Комітету Міністрів державам-членам щодо європейських в'язничних правил, прийняту 11 січня 2006 року.

64. Особам, що тримаються під вартою як підозрювані у вчиненні терористичних правопорушень, має бути гарантовано невідкладний доступ до юридичної допомоги та представництво адвокатом на власний вибір, де б вони не утримувалися. Суди повинні мати можливість надавати належний судовий захист та видавати відповідні накази для забезпечення того, що затримані особи не є об'єктами нелюдського або такого, що принижує, поводження чи покарання. Для цього вони повинні мати можливість (якщо вони так вирішують з власної ініціативи) провести перевірку будь-якого місця утримання та мати вільний доступ до будь-якої особи, яка утримується в такому місці.

iv) Роль судді в захисті свідків, жертв та осіб, які співпрацюють з правосуддям

65. Судові процеси щодо терористичних правопорушень часто ґрунтуються на свідченнях людей, які тісно пов'язані з терористичними групами та є більш вразливими, ніж інші перед залякуванням їх або їхніх близьких. Це ставить питання захисту таких осіб.

¹ Див. Рамковий глобальний план дій для суддів у Європі, прийнятий Комітетом Міністрів на 740 засіданні, документ № CCJE (2001) 24.

66. Жертви терористичних актів повинні також бути захищені від тиску або погроз, що можуть застосовуватися до них для того, щоб запобігти їхній появі в суді.

67. Захист свідків виявився б складним завданням суто на національній основі з огляду на умови в країні, де вони знаходяться. Тому необхідним є міжнародна співпраця, що відповідає стандартам, які вже розроблено в інших сферах¹.

68. Суддя повинен знайти баланс між необхідністю захисту свідків/жертв злочину та правом відповідача на справедливий суд. Такий баланс викликає труднощі, коли свідки та жертви знаходяться під програмою захисту, коли контакт між підозрюваними та/або їхніми адвокатами може не допускатися навіть під час судових слухань.

69. КРЄС пропонує, щоб судді з огляду на те, що їхня роль включає повне забезпечення права на захист та рівність сторін судового процесу, у випадках, коли свідки не присутні в суді або є анонімними, і тому відповідач не міг оспорювати їхні твердження та ставити їм запитання, не обґрунтовували вирок виключно або вирішальною мірою свідченнями, які свідки надали слідчим.

70. Інша проблема, що постає перед судовими системами, пов'язана з інформацією, отриманою від розвідувальних служб (часто з транскордонним наданням розвідувальних даних). Тут йдеться про захист джерел, свідків та співробітників розвідувальних служб. КРЄС вважає, що в цій сфері повинні дотримуватися принципи, подібні до згаданих в пункті 69.

71. З іншого боку, КРЄС вважає, що судді повинні також урахувати міжнародні юридичні норми, у тому числі антитерористичне законодавство, що захищає жертв тяжких злочинів, особливо коли вони є свідками в справі. Саме суддя повинен забезпечувати на кожній стадії процесу, щоб були вжиті всі ефективні заходи з тим, щоб жертви могли в повному обсязі здійснювати свої права і водночас щоб були дотримані повною мірою права відповідача. Коли відповідні повноваження не надані іншим органам влади, або у випадку, коли такі органи влади не забезпечили адекватні заходи, суддя повинен мати можливість забезпечити безпеку жертв, захист їхніх родин та приватного життя, їхній доступ до правосуддя, справедливе ставлення до них, а також безоплатну правову допомогу. Жодні необґрунтовані обмеження не можуть накладатися на такі повноваження з боку інших державних органів з фінансових чи інших міркувань.

72. КРЄС також пропонує, щоб коли конкретні умови, установлені законом, виконані, жертві надавалася адекватна компенсація, наприклад, з боку держави або через конфіскацію майна порушника для використання з метою компенсації жертвам².

73. І, нарешті, КРЄС підкреслює необхідність забезпечення державою безпеки слідчих, суддів та персоналу судової системи, залучених до вирішення питань, пов'язаних з тероризмом.

¹ Рекомендація Rec (2005) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо захисту свідків та осіб, які співпрацюють з правосуддям. Див. також Керівні принципи щодо захисту жертв терористичних актів, прийняті Комітетом Міністрів Ради Європи 2 березня 2005 року, Рекомендацію Rec (85) 11 Комітету Міністрів державам-членам щодо положення потерпілого в рамках кримінального права і кримінального процесу, а також Рекомендацію Rec (97) 13 Комітету Міністрів державам-членам щодо залякування свідків та прав сторони захисту.

² Див. Керівні принципи щодо захисту жертв терористичних актів: "Жертви терористичних актів повинні отримувати справедливу, відповідну та своєчасну компенсацію завданої їм шкоди. Якщо компенсація з інших джерел неможлива, зокрема через конфіскацію майна виконавців, організаторів та спонсорів терористичних актів, держава, на території якої вчинено терористичний акт, повинна взяти участь у компенсуванні жертвам прямої фізичної або психологічної шкоди незалежно від їхнього громадянства (принцип 7.1)".

Г. РОЛЬ СУДДІ В ЗАХИСТІ СВОБОДИ ВИРАЖЕННЯ ПОГЛЯДІВ ТА ІНШИХ ПРАВ І СВОБОД

74. Тероризм б'є по самому демократичному устрою.

75. Попри зростання терористичної активності, КРЄС вважає, що національні судді повинні за будь-яких обставин додержуватися основних принципів верховенства права, які є необхідними в демократичному суспільстві, у тому числі свободи вираження поглядів та інших індивідуальних прав. Оскільки боротьба проти тероризму ніколи не повинна призводити до підриву цінностей і свобод, які намагаються знищити терористи, для демократії життєво важливим є те, щоб суди залишалися охоронцями дуже важливої демаркаційної лінії між демократичним суспільством та суспільством, яке завдає удар у відповідь з використанням методів, які самі незаконно обмежують свободу вираження поглядів або порушують інші права та свободи, як, наприклад, права меншин або політичні свободи.

76. При обговоренні ролі судді як тлумача закону в процесі ідентифікації вчинків, які потрапляють під визначення "тероризм", КРЄС може послатися, наприклад, на Рамкове рішення Ради № 2002/475/ЖНА, яким Європейський Союз вимагає від держав-членів ставитися як до "терористичних правопорушень" та карати список правопорушень, "які, беручи до уваги їхню природу або контекст, можуть серйозно зашкодити країні або міжнародній організації, коли вони вчинені з метою сильного залякування населення або незаконного примушування уряду чи міжнародної організації виконати чи утриматися від виконання будь-якої дії, або серйозно дестабілізувати чи знищити фундаментальні політичні, конституційні, економічні або соціальні структури в країні або міжнародній організації". Від держав-членів також вимагається встановити відповідальність за навмисні дії "керування терористичною групою" або участь в її діяльності, знаючи, що така участь є внеском у кримінальну діяльність такої групи, а також встановити відповідальність за підбурювання чи допомогу або сприяння, або загалом за замах вчинення будь-яких з вищезазначених правопорушень.

77. Водночас у пункті 10 вступної частини Рамкового рішення зафіксовано, що жодне з його положень не може тлумачитися як таке, що має на меті скорочення обсягу або обмеження фундаментальних прав або свобод (у тому числі права зібрань та об'єднань, свободи вираження поглядів, права приєднуватися до профспілок, право на страйк та демонстрації тощо). Стаття 5 передбачає також, що санкції, які застосовуються, повинні бути не просто ефективними та відповідними, а й пропорційними. КРЄС поділяє такий підхід.

78. Зокрема, КРЄС розуміє та визнає необхідність і обов'язок держав забезпечувати вільне та безпечне суспільство, але вона вважає, що цього слід досягати за допомогою закону та його належного застосування без принесення в жертву основоположних свобод.

79. Специфічні проблеми постають у зв'язку із заявами, які намагаються виправдати тероризм як реакцію на нібито існуюче політичне, ідеологічне, релігійне та економічне пригнічення в певних частинах світу. Оскільки в деяких випадках така поведінка може становити загрозу для демократичних суспільств, розширена заборона вихвалення або прославлення тероризму ("Apologie du terrorisme") стає, відповідно, в останній час суттєвою додатковою відповіддю на загрозу тероризму.

80. У принципі існує чітка відмінність між заявами та іншими діями, які становлять собою реалізацію основоположних прав і свобод, навіть якщо вони є дуже спірними або політично мотивованими, та незаконним підбурюванням, заохоченням, підтримкою або вихваленням актів злочинного тероризму. Ця відмінність повинна насамперед бути встановлена законодавчо та застосовуватися виконавчою гілкою влади, але те, як саме визначається та застосовується така відмінність, по-

винно залишатися під наглядом судів. Хоча суди в демократичному суспільстві можуть та повинні враховувати точки зору інших гілок влади, вони мають окремий обов'язок розглядати необхідність та пропорційність заходів, які можуть порушувати основоположні права, гарантовані національною Конституцією або Європейською конвенцією з прав людини.

81. Терористичні правопорушення повинні визначатися в законодавстві та підлягати дії звичайного кримінального права. Визначення того, чи суперечить певне діяння закону, також має здійснюватися звичайними судами відповідно до верховенства права та Європейської конвенції з прав людини, а також на підставі доказів, здобутих допустимими засобами без застосування будь-якого неправомірного тиску. Суди можуть вживати запобіжних заходів, наявних згідно з цивільним та кримінальним правом, для заборони або обмеження підготовки матеріалу, випуск або використання якого передбачатиме або підбурюватиме до вчинення терористичного правопорушення.

82. Судді постають перед складними та подекуди суперечливими рішеннями при визначенні того, чи відповідає національне законодавство основоположним правам або свободам, та при визначенні того, чи становлять певні вчинки терористичне правопорушення в межах такого законодавства. Труднощі можуть бути особливо гострими, коли питання полягає в тому, чи є висловлювання або дії незаконним підбурюванням до вчинення терористичного акта або схваленням тероризму. Практика також показує, що судді, спираючись на існуюче визначення тероризму на національному та міжнародному рівні, можуть стикатися з труднощами визначення того, чи мають певні політично мотивовані насильницькі дії, які, як правило, вчиняються або можуть бути вчинені за кордоном та/або їхнє фінансування, або навчання чи вербування осіб для вчинення вищезазначеного розглядатися як терористичні акти, як це може мати місце в певних випадках, що передбачають індивідуальну або колективну самооборону згідно з положеннями статті 51 Хартії Організації Об'єднаних Націй.

83. Справи про тероризм та особливо ті, що викликають вищезазначені труднощі, зазвичай стають предметом ретельної уваги з боку засобів масової інформації і широкої громадськості, часто супроводжуються критикою та спорами стосовно судових рішень. Намагання держав запобігти тероризму призвели до криміналізації певних дій, класифікація яких як злочинів відокремлена тонкою лінією від дій, які могли б становити собою реалізацію свободи вираження поглядів або політичних свобод. КРЄС вважає, що рішення держав про наділення суддів відповідальністю за таке розмежування робить необхідним те, щоб такі судові процеси проводилися в спокійній атмосфері.

84. Політики та засоби масової інформації повинні утримуватися від спроб тиску або нападок на суддів з перевищенням того, що може вважатися правомірною критикою. Це є обов'язком відповідного незалежного органу реагувати на такі нападки (див. Висновок КРЄС № 6, пункт С(13)). КРЄС вважає, що судова влада, зі свого боку, повинна забезпечувати те, щоб судові процеси провадилися добре підготовленими професійними суддями; відповідні навчальні заходи повинні допомагати суддям виробити розуміння тероризму та його історичного, політичного й соціального контексту.

85. Основним висновком є те, що загрози безпеці та верховенству права, які становить тероризм, не повинні давати привід для застосування заходів, які самі по собі мають тенденцію до порушення основоположних демократичних цінностей, прав людини або принципів верховенства права. Це — той Висновок, який, якщо втілений в життя, зменшує ризик того, що заходи, які здійснюються для боротьби проти тероризму, самі по собі викличуть нове напруження або навіть сприятимуть

тероризму. Це — Висновок, який потребує розуміння та сприйняття в демократичних суспільствах з боку громадськості, політиків, засобів масової інформації, а також судів.

РЕЗЮМЕ РЕКОМЕНДАЦІЙ ТА ВИСНОВКІВ

У світлі вищевикладених міркувань КРЄС рекомендує, щоб держави:

а) проводили консультації із своїми національними судовими органами при підготовці законодавства, що може мати негативний вплив на матеріальні та процесуальні права, та забезпечували, щоб усі адміністративні або репресивні заходи, які можуть мати негативний вплив на права людей при боротьбі проти тероризму, контролювалися незалежною судовою владою;

б) відмовилися від створення *tribunaux d'exception* або законодавства, несумісного із загальновизнаними правами, як у контексті адміністративних дій, спрямованих на попередження актів тероризму, так і в контексті кримінального судочинства;

в) пильно стежили за тим, щоб основоположні принципи кримінального права застосовувалися по відношенню до актів тероризму таким же чином, як вони застосовуються до будь-яких інших правопорушень, та забезпечували, щоб склади цих правопорушень були чітко та точно визначені;

г) сприяли міжнародній співпраці у сфері боротьби проти тероризму, особливо при розробленні під егідою міжнародних організацій узгоджених дефініцій правопорушень, пов'язаних з тероризмом;

г) гарантували безпеку свідків та жертв актів тероризму, а також слідчих, суддів та інших судових працівників, які беруть участь у розгляді цих справ.

КРЄС також рекомендує, щоб національні судові органи:

а) розвинули своє розуміння тероризму та його історичного, політичного й соціального контексту, а також свої знання відповідних національних і міжнародних юридичних документів;

б) при здійсненні своїх функцій як тлумачів закону й гарантів індивідуальних прав та свобод забезпечували, з одного боку, щоб встановлення правопорушення "тероризм" (включно з підбурюванням, підготовкою до вчинення та фінансуванням таких актів) досягало мети, визначеної законодавцями, і з іншого боку, щоб не було зловживання обсягом кримінального переслідування "тероризму", та стежили за тим, щоб захист суспільних інтересів узгоджувався з правами людини й основоположними свободами;

в) постійно забезпечували баланс між необхідністю захисту свідків і жертв актів тероризму та правами осіб, які були учасниками таких актів.