

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ

УДК 343.137 : 341.44

В. В. Бортницька

здобувач

Харківського національного університету внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО ПРАВИЛА ЩОДО МЕЖ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Постановка проблеми. Застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності є достатньо новим механізмом у законодавстві України і, як показує аналіз наукової літератури, недостатньо дослідженим. Зазначене зумовлює складнощі у його застосуванні. Невірно застосування такого правила, або його не застосування у випадках, коли сторона, що видає, мала змогу застосувати, однак не застосувала, створює певні ризики подальшого переслідування для особи, що видається.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Деякі питання застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності досліджували В.С. Березняк, А. І. Бойцов, О. І. Виноградова, С.М. Вихрист, О.М. Гумін, Л.Н. Галенська, В.В. Зуєв, Л.П. Лихолат І.І. Лукашук, В.І. Мотиль, В.А. Навроцький, І.В. Озерський, В.М. Руєф, М.М. Сенько, М.І. Суржинський, Л.Д. Удалова, та інші через призму інституту видачі особи. Разом з тим, такі дослідження дотично стосуються застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності. Застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності не виступало як окремий предмет досліджень. Разом з тим, недослідженість застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності у випадку застосування принципу взаємності між державами на разі залишається не вирішеним питанням, яке потребує законодавчих ініціатив та вирішення

Метою дослідження є аналіз міжнародних договорів, які регулюють застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності, а також дослідження міжнародної практики застосування зазначеного правила, виокремлення проблемних аспектів та розроблення авторських пропозицій щодо їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Спеціальне правило щодо меж кримінальної відповідальності має статус універсального принципу міжнародного права. Воно означає, що видана особа не може бути переслідувана у кримінальному порядку,

підлягати покаранню за будь-які інші злочини крім тих, які обумовили її видачу. Основною функцією принципу спеціальності є функція захисту прав особи, залученої до процедури видачі особи та обмеження її переслідування лише тим діями, яке дозволило запитуваній державі прийняти позитивне рішення про видачу. Основною запровадження спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності стала необхідність у розробленні механізмів, які дозволили б обмежити можливості запитуючої держави судити запитувану особу щодо інших фактів [1]. Одним із завдань застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності є захист прав осіб, які підлягають видачі, від обвинувачень за будь-які злочини, окрім тих, за які видано особу. Обмеження, висловлені компетентним органом іноземної держави під час прийняття рішення про видачу особи, є обов'язковими при прийнятті відповідних процесуальних рішень.

Спеціальне правило передбачене ст. 14 Європейської конвенції про видачу правопорушників та іншими міжнародними договорами. Застосування спеціального правила при видачі осіб передбачено і в Резолюції 45/16 Генеральної Асамблеї ООН «Типовий договір про видачу», яка має ще більший географічний спектр дії, ніж Європейська конвенція про видачу правопорушників [2]. Зазначене підвищує роль та значення спеціального правила. Крім того, спеціальне правило передбачене і в Інтер-Американській конвенції про видачу особи, 1981 року [3].

Кожна держава під час підписання чи здачі на зберігання своєї ратифікаційної грамоти, документа про прийняття, затвердження або приєднання чи будь-коли пізніше може заявити, що правила, визначені статтею 14 Конвенції, не застосовуються, якщо особа, видана цією державою відповідно до статті 4 цього Протоколу: а) погоджується на видачу; або б) погоджується на видачу та явно висловлює відмову від права застосування спеціального правила [4]. Відповідно до підпункту "b" статті 5 Третього додаткового про-

токолу Україна заявляє, що стаття 14 Конвенції не застосовується, якщо видана Україною особа погодилася на видачу та чітко висловила відмову від застосування спеціального правила [5].

Спеціальне правило передбачає, що видана особа не може бути піддана арешту, переслідуванню, суду, засуджена або затримана з метою виконання покарання чи постанови про утримання під вартою, її свобода також не може бути обмежена збудьяких інших підстав за будь-яке правопорушення, вчинене до її видачі, крім правопорушення, за яке її було видано, за винятком таких випадків, коли Страна, яка її видала, на це згодна. Запит про надання згоди подається разом з документами [6].

Положення спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності викладено в ст. 576 КПК України та у ст. 588 КПК України.

Проблемним аспектом є те, що правило спеціальності не виступає окремим інститутом міжнародного права, як наприклад правило подвійної злочинності діяння і не має виключного розповсюдження на всі випадки видачі осіб. Така проблема обумовлена тим, що спеціальне правило щодо меж кримінальної відповідальності є складовою Конвенції про екстрадицію, однак не є обов'язковою складовою двосторонніх договорів, які регулюють видачу особи керуючись принципом взаємності. Існує ряд держав, які не є членами-підписантами Європейської конвенції про видачу правопорушників, зокрема Японія, Сінгапур, Оман, Об'єднані Арабські Емірати, тощо. На сьогодні частота процедури видачі зазначеним країнам дедалі збільшується. Разом з тим, застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності не застосовується щодо цих країн відповідно до опитування (47%). Тобто, на запитувану сторону і на запитувану сторону не покладено обов'язку застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності у випадку, якщо особа видається з України на підставі принципу взаємності. Така ситуація обумовлена тим, що в двосторонніх договорах наявне посилання на те, що порядок видачі особи на принципах взаємності відбувається відповідно до національного законодавства держави, що видає. Оскільки в КПК України відсутня обов'язкова умова застосування такого правила, за даними опитування співробітників Генеральної прокуратури України, воно не застосовується у 87 % випадків. За даними опитування співробітників Міністерства юстиції України, таке правило не застосовується у 91% випадків. Співробітники центрального уповноваженого органу відмічають негативну тенденцію щодо цього питання.

Слід зазначити, що статус спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності не визначено у міжнародному праві. Невизначеність цього питання ані в двосторонніх договорах між державами, ані в національному законодавстві

приводить до того, що правило не застосовується у всіх випадках видачі осіб. В такому випадку, особа, що видається, позбавлена основного механізму захисту від переслідувань – політичних, релігійних, расових, а отже мета спрощеної видачі особи навіюється, як і ґрунтовні принципи інституту видачі щодо подвійності криміналізації діяння. Національне законодавство не містить регламентації цього питання.

Спеціальне правило щодо меж кримінальної відповідальності виступає принципом міжнародного права. Воно служить для захисту від неправомірного використання процесу екстрадиції та подальшого переслідування особи. Застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності унеможлиблює притягнення до кримінальної відповідальності за інше правопорушення, ніж те, за яке особу було видано, тобто в межах, на які державою надано згоду щодо видачі. Це обумовлено тим, що даючи згоду на видачу, на державу покладається обов'язок перевірки відсутності ризиків для особи, яка видається, щодо її переслідування. Крім того, у разі наявності ознак, що свідчать про можливість існування таких ризиків, які унеможлиблюють видачу особи відповідно до Конвенції, у застосуванні спрощеного порядку видачі осіб відмовляється навіть за наявності згоди особи та застосовується екстрадиційна перевірка. Притягнення до відповідальності поза межами статей, за які видавалась особа, невілюють інститут видачі особи [7]. Так, наприклад Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього, 1954 р. та Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, 1998 р. передбачають собою видачу особи за певні види злочинів, однак не містять посилання на застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності [8].

Відповідно до Звіту неформальної робочої групи щодо ефективності видачі осіб зазначено, що держави повинні забезпечувати спеціальне правило щодо меж кримінальної відповідальності з метою проведення ідентифікації та перевірки всіх злочинів, за які вимагається видача особи [7]. Спеціальне правило щодо меж кримінальної відповідальності виступає принципом міжнародного права.

На арені світової спільноти відсутня єдність поглядів щодо концепції спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності. Так, в законодавстві США відсутні норми, які б передбачали застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності на підставі принципу взаємності. Разом з тим, Президент наділений повноваженнями щодо вжиття заходів захисту особи, що видається, не лише на момент видачі, а й забезпечення безпеки після винесення вироку за злочини, зазначені у запиті на екс-

традицію. Показовою у питанні застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності є справа Сполучені Штати проти Рапсера [9]. Верховний Суд у зазначеній справі приходить висновку, що спеціальне правило щодо меж кримінальної відповідальності це принцип звичайного міжнародного права, яке застосовується до видачі поза межами договорів [10; 11].

Ще одним яскравим прикладом застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності в США є справа Фісоні проти Генерального прокурора. Фісоні був виданий Італією до США на підставі застосування принципу взаємності та із застосуванням спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності [12]. В рамках цієї справи прийнято рішення про те, що засудження особи за злочин, за який запитувана сторона не видала б особу, є таким, що суперечить нормам міжнародного права [12].

Таким чином, судова практика США свідчить про те, що застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності є положенням звичайного міжнародного права і застосовується навіть у випадках, коли особу видано на підставі принципу взаємності.

Щодо застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності в Європі, слід відзначити справу Ді-ре Діласер, відповідно до якої Венесуельський федеральний та касаційний суд звернувся зі застосуванням спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності у справі Ді-ре Діласер. На момент видачі особи у Франції не було діючого договору про екстрадицію. Венесуела погодилась екстрадувати Діласера Франції на основі принципу взаємності [13]. Після видачі особи Франція попросила Венесуелу дозволити притягнення Ді-ре Діласера до відповідальності за інші злочини, які не були визначені у запиті на видачу. Судом було відмовлено у задоволенні такого запиту, посилаючись на те, що спеціальне правило щодо меж кримінальної відповідальності є домінуючим у доктрині, в міжнародній практиці, і послався на те, що людину можна судити лише за злочин, за який він був виданий.

Зважаючи на сферу застосування та деталі спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності, обмеження спеціальності не є обов'язковим звичаєвим міжнародним правом [14]. Однак, у випадку виникнення спірних питань, які можуть виникнути після видачі, судова практика свідчить про те, що це правило застосовується щодо особи.

Відповідно до судового рішення Кован проти Ізраїлю, Верховний Суд Ізраїлю відхилив запит на екстрадицію з Південної Африки без застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності відповідно до двостороннього договору з огляду на те, що відповідно до внутріш-

нього законодавства Ізраїлю передбачено обов'язкове застосування такого правила. Таке рішення було прийнято не дивлячись на те, що законодавство запитуючої держави – Африки, передбачало обов'язок дотримання спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності [15].

Позиція Австралії полягає у необхідності застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності як до правила, яке діє незалежно від договору. Питання застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності в Австралії висвітлено у рішенні «Бартон проти Співдружності», відповідно до якого встановлено, що закон про екстрадицію не забороняє державі запитувати видачу особи та видавати особу на відповідний запит державам, з якими не укладено договору про екстрадицію [14]. Спеціальне правило щодо меж кримінальної відповідальності імplementоване в національне законодавство [14]. В загальному, питання спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності вирішується шляхом віднесення його до правила, визначеного внутрішнім законодавством, що обумовлює обов'язковість його застосування. Інша позиція полягає в тому, що зазначене право діє як норма звичаєвого міжнародного права, як доктрина, а тому має бути застосоване у всіх випадках видачі особи.

В Канаді правило щодо меж кримінальної відповідальності розглядається як норма та складова частина внутрішнього законодавства, а не як складова міжнародного права. Така позиція знайшла відображення у рішенні Паризьєн проти Канади [14; 16; 17]. В законодавство Канади імplementоване спеціальне правило щодо меж кримінальної відповідальності.

Таким чином, аналіз практики застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності на міжнародній арені свідчить, що найнадійнішим способом використання зазначеного правила є закріплення такого обов'язку в законодавстві, оскільки на міжнародному рівні зазначене правило не визнано як доктрина. Закріплення обов'язковості такого правила, навіть за відсутності договору про видачу між державами, дозволило б усунути конфлікт норм щодо видачі осіб на підставі договору про взаємну допомогу у кримінальних справах та на підставі принципу взаємності. Разом з тим, слід зазначити, що відповідно до міжнародного права держави не зобов'язані дотримуватися принципу взаємності та можуть видавати особу без застосування цього права на підставі двосторонніх договорів. Разом з тим, така ситуація посилює небезпеку ненадання гарантій особі, що видається.

Аналіз ст. 588 КПК України свідчить, що у законодавстві України не визначено чи застосовується спеціальне правило щодо меж кримінальної відпо-

відальності у випадку, коли особа видається запитаній стороні на підставі принципу взаємності.

Слід звернути увагу ще на один проблемний аспект, який стосується спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності, це відсутність критеріїв, які дозволяють встановити відповідність меж кримінальної відповідальності.

Відповідно до судового рішення, постановлено з даного приводу, для того, щоб встановити, чи розглядається злочин як «відмінний від іншого», ніж той, за який особу було видано, слід з'ясувати, чи є складовими елементами правопорушення, згідно з правовим описом, наданим державою, що видає, ідентичним з тими, щодо якого особу засуджено та чи є достатня відповідність між інформацією, наведеною в запиті на видачу та тією, що міститься в процесуальному документі. Зміни, що стосуються часу або місця правопорушення допустимі, якщо вони впливають із доказів, зібраних під час розслідування, якщо вони не змінюють характер правопорушення[1]. Відповідність дотримання меж застосування спеціального правила є складним питанням, яке має вирішуватися з урахуванням конкретних обставин справи, тому їх законодавче визначення, на нашу думку, не є доречним. Але доцільно було б визначити такі критерії у відомчому наказі, який регулював би порядок видачі осіб з України.

Висновки. Порядок застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності щодо особи, виданої в Україну, у випадку притягнення її до відповідальності за інший злочин, ніж той, за який її було видано, передбачає можливість Здійснення досудового розслідування щодо особи, виданої в Україну, у випадку притягнення її до відповідальності за інший злочин, ніж той, за який її було видано, можливе у разі, якщо заходи, що обмежують особисту свободу відповідної особи не застосовуються.

Література

1. The European arrest warrant and the necessary balance between mutual recognition and fundamental rights in the EU. URL: <http://www.ejtn.eu/Documents/Themis/THEMIS%20written%20paper%20-%20Romania%201.pdf>
2. Резолюція Генеральної Ассамблеї ООН «Типовий договір о выдаче» № 45/116 от 14 декабря 1990 года. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_687/print
3. Inter-American convention on extradition. March 27, 1879. URL: <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-47.html>
4. Третій додатковий протокол до Європейської конвенції про видачу правопорушників 2010 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_001-10#n3
5. Про ратифікацію Третього додаткового протоколу та Четвертого додаткового протоколу до Європейської конвенції про видачу правопорушників. Закон Украї-

ни. 7 червня 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2090-19#n2>

6. Четвертий додатковий протокол до Європейської конвенції про видачу правопорушників. 20.09.2012. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_001-12

7. Report Informal Expert Working Group on Effective Extradition Casework Practice. United Nations. Office on Drugs and Crime. URL: https://www.unodc.org/documents/legal-tools/lap_report_ewg_extradition_casework.pdf

8. Extradition to and from the United States: overview of the law and recent treaties. Michael John Garcia & Charles Doyle, Cong. Research serv. 2010. № 2. 98–958. URL: <https://fas.org/sgp/crs/misc/98-958.pdf>

9. Сполучені Штати проти Рашера. Рішення Верховного суду США. 2 березня 1886 р. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/119/407/>

10. United states of America, Plaintiff-Appellee, v. Joaquin Mario Valencia-Trujillo, a.k.a. El Joven, a.k.a. El Abogado, a.k.a. Oscar Martinez, Defendant-Appellant. No. 07-10524. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1290140.html>

11. United States v. Kaufman, 267 U.S. 408 (1925). Nos. 515 and 516. Argued January 13, 1925. Decided March 2, 1925. 267 U.S. 408. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/267/408/>

12. Fiocon v. Att'y Gen. of the U.S., 462 F.2d 475, 479 n.8 (2d Cir. 1972). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/267/479>

13. In re Dilasser, 19 I.L.R. 377 (Venez. Fed. S.C. Cassation 1952). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/267/377>

14. Barton v. Commonwealth [1974] 131 CLR 477 (Austl.). URL: <https://jade.io/j/?a=outline&id=66469>

15. Cowan v. Israel 29(1) PD 589 [1975] (Isr.). URL: <https://jade.io/j/?a=outline&id=66469>

16. Extradition Act 1988 (Cth) (Austl.). URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00197>

17. R. v. Parisien, [1988] 1 S.C.R. 950 (Can.). URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/6278/index.do>

Анотація

Бортницька В. В. Особливості застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності. – Стаття.

Стаття присвячена здійсненню аналізу порядку застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності, виокремлення його особливостей та проблемних аспектів, які потребують вирішення на національному рівні шляхом внесення змін до законодавства. Визначено статус спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності та встановлено, що воно є універсальним принципом міжнародного права. Охарактеризовано завдання та принципи застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності та проаналізовано порядок застосування зазначеного правила. В статті проаналізовано міжнародне та національне законодавство, визначено недоліки та розбіжності та запропоновано авторське бачення вирішення проблем. Зокрема, запропоновано внести законодавчі зміни, які б дозволили проведення досудового розслідування щодо особи, яку видано з певними обмеженнями.

Ключові слова: спеціальне правило щодо меж кримінальної відповідальності, досудове розслідування, згода особи, застереження, кваліфікація правопорушення, що тягне видачу.

Аннотация

Бортнецкая В. В. Особенности применения специального правила границ уголовной ответственности. – Статья.

Статья посвящена осуществлению анализа порядка применения специального правила пределов уголовной ответственности, определению его особенностей и проблемных аспектов, которые требуют решения на национальном уровне путем внесения изменений в законодательство. Определен статус специального правила пределов уголовной ответственности и установлено, что оно является универсальным принципом международного права. Охарактеризованы задачи и принципы применения специального правила пределов уголовной ответственности и проанализирован порядок применения данного правила. В статье проанализированы международное и национальное законодательство, определены недостатки и разногласия, а также предложено авторское видение решения проблем. Предложено внести законодательные изменения, которые бы позволили проведение досудебного расследования по отношению лица, которое выдано с определенными ограничениями.

Ключевые слова: специальное правило о границах уголовной ответственности, досудебное расследование,

согласие человека на выдачу, оговорки, квалификация правонарушения, влекущего выдачу.

Summary

Bortnytska V. V. Peculiarities of application of a special rule on the limits of criminal liability. – Article.

The article deals with the analysis of the procedure for applying the special rule on the limits of criminal liability, highlighting its features and problematic aspects that need to be addressed at the national level by amending the legislation. The status of the special rule on the limits of criminal liability was determined and found to be a universal principle of international law. The tasks and principles of application of the special rule on the limits of criminal liability are described and the procedure of application of that rule is analyzed. The article analyzes international and national legislation, identifies shortcomings and differences, and proposes the author's vision for problem solving. It is suggested that legislative changes be made to allow pre-trial investigation of a person who has been issued with certain restrictions.

Key words: special rule on the limits of criminal liability, pre-trial investigation, consent of the person, reservation, qualification of the offense that extradites.