

matter whether there is no separate article provided for the principle in the Code [11, p. 10].

The novelty under discussion could be further considered as a prologue to disseminate the Law of the Republic of Belarus of 12.07.2013 “On Mediation” to the sphere of criminal procedure law. The novelty would contribute to the interests of the victims in a criminal trial.

Комаров А. Д.

Принцип “*non bis in idem*” в практике Европейского суда по правам человека и в законодательстве Украины: проблемы применения

Рассматриваются вопросы толкования принципа “*non bis in idem*” в практике Европейского суда по правам человека и в законодательстве и правоприменительной практике Украины. Рассмотрены вопросы нормативного закрепления указанного принципа в законодательстве Украины, потенциальные проблемы, вызванные несовершенным законодательным решением. Изучены подходы и критерии, применяемые Европейским судом по правам человека при констатации нарушения принципа “*non bis in idem*” (ст. 4 Протокола № 7 к ЕКПЧ). Продемонстрированы и проанализированы противоречия, существующие между рекомендациями по квалификации преступлений, изложенными в постановлениях Пленума Верховного суда Украины и толкованием положений Конвенции, осуществляемым Европейским судом по правам человека.

Принцип “*non bis in idem*” является одним из основополагающих принципов современного уголовного материального и процессуального права, нисходящим в своей истории к временам Древней Греции и Древнего Рима [1, с. 254]. Он также нашел свое непосредственное отображение в ряде важнейших международно-правовых актов о правах человека, таких как Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. (п. 7 ст. 14) [2] и Протокол № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (ст. 4). Традиционно этому принципу приписывается в первую очередь процессуальное значение в виде негативного обязательства государства воздерживаться от инициации повторного уголовного производства в отношении лица и относительно деяния, по которому уже было принято окончательное процессуальное решение в виде признания виновным в совершении преступления либо же оправдания. Тем не менее из данного принципа вытекает еще целый ряд важных уголовно-правовых положений, которые будут проанализированы ниже.

1. Пункт 1 ст. 4 Протокола № 7 к Европейской конвенции о правах человека (далее – Конвенция) гласит: «Никакое лицо не должно быть повторно судимо или наказано в уголовном порядке в рамках юрисдик-

ции одного и того же государства за преступление, за которое это лицо уже было окончательно оправдано или осуждено в соответствии с законом и уголовно-процессуальным законодательством этого государства». Корреспондирующие этому предписанию Конвенции положения содержатся:

1) в *Конституции Украины* (ч. 1 ст. 61): «Никто не может быть дважды привлечен к юридической ответственности одного вида за одно и то же правонарушение»;

2) *Уголовном кодексе Украины*: а) ч. 3 ст. 2 – «Никто не может быть привлечен к уголовной ответственности за одно и то же преступление более одного раза»; б) ч. 2 ст. 7 – «Если лица, указанные в части первой настоящей статьи (граждане Украины и лица без гражданства, постоянно проживающие в Украине и совершившие преступления за ее пределами. – А. К.), за совершенные преступления были подвергнуты уголовному наказанию за пределами Украины, они не могут быть привлечены в Украине к уголовной ответственности за эти преступления»;

3) *Уголовно-процессуальном кодексе Украины* (ст. 19): «1. Никто не может быть дважды обвинен или наказан за уголовное преступление, по которому он был оправдан или осужден на основании приговора суда, вступившего в законную силу. 2. Уголовное производство подлежит немедленному закрытию, если станет известно, что по тому же обвинению существует приговор суда, вступивший в законную силу».

На первый взгляд может сложиться впечатление, что украинский законодатель, по сути, продублировал положения Конвенции, изложив их в свойственной для национальной законотворческой традиции манере. Но истина в том, что отечественный законодатель в своем стремлении внедрить лучшие мировые практики несколько «первыполнил» план, заложив в законе определенную опасность для злоупотреблений. Дело в том, что Конвенция устанавливает запрет на повторное привлечение к уголовной ответственности за преступление лица *в рамках юрисдикции одного и того же государства*, т. е. одной и той же Договаривающейся стороны. Это требование вполне обоснованно, так как не затрагивает суверенное право государства решать судьбу своих граждан в отношении преступлений, совершенных за его пределами.

Для наглядности смоделируем потенциально возможную ситуацию. Представим, что гражданин Украины, имеющий доступ к государственной тайне, выехал за пределы Украины и в стране пребывания вступил в связь с иностранной организацией. В результате у него возник умысел на передачу государственной тайны иностранному государству, что им и было осуществлено. Страна пребывания формально привлекала его к

уголовной ответственности за совершенное деяние, назначила минимально возможное наказание, освободила от его отбывания и, вознаградив солидным денежным либо иным вознаграждением, отправила в обратный путь. Возникает вопрос: может ли такое лицо быть привлечено к уголовной ответственности в Украине? Ответ представляется отрицательным, так как формально лицо было подвергнуто уголовному наказанию за совершенное деяние за пределами Украины, а значит, ч. 2 ст. 7 Уголовного кодекса делает невозможным его повторное привлечение к ответственности в Украине. При этом следует обратить внимание, что такое привлечение не противоречило бы ст. 4 Протокола № 7 к Конвенции, поскольку не осуществлялось бы в пределах юрисдикции одного и того же государства.

Подобные украинскому уголовному закону положения содержатся и в УК Республики Беларусь. Гражданин Республики Беларусь или постоянно проживающее в республике лицо без гражданства, совершившие преступления вне пределов Республики Беларусь, подлежат ответственности по настоящему Кодексу, если совершенные ими деяния признаны преступлениями в государстве, на территории которого они были совершены, *и если они не понесли уголовную ответственность в этом государстве* (ч. 1 ст. 6 УК Республики Беларусь). С учетом вышеизложенного намного более дальновидной представляется позиция советского законодателя, предусмотревшего, что в случае, если граждане за совершенные преступления понесли наказание за рубежом, суд имеет право соответственно смягчить назначенное им наказание или полностью освободить виновного от его отбывания (ч. 3 ст. 5 УК УССР 1960 г.). Но по общему правилу: 1) такие лица подлежали уголовной ответственности в Украине; 2) суду предоставлялось *право* применить к ним более мягкое наказание либо же вообще освободить от его отбывания.

2. Следующим немаловажным аспектом применения принципа “*non bis in idem*” является правильное понимание сути терминов «преступление», «уголовное обвинение» («уголовное правонарушение») и «наказание» в соответствии с практикой Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ). Традиционно для постсоветских государств характерно преобладание позитивистского подхода при толковании указанных терминов. Преступление есть общественно опасное виновное деяние, предусмотренное (запрещенное) уголовным законом и совершенное вменяемым физическим лицом, достигшим возраста уголовной ответственности. В той или иной интерпретации это формально-материальное определение преступления является определяющим для большинства постсоветских стран. Совсем иной подход к толкованию преступления используется ЕСПЧ. Суд неоднократно подчеркивал, что

Концепция «уголовного обвинения» имеет «автономное» значение, независимое от категорий, используемых в национальных правовых системах государств – участников Конвенции (Адольф против Австрии (*Adolf v. Austria*), п. 30). Конвенция не возражает против действий Договаривающихся государств по «декриминализации». Однако действия, классифицируемые как «правонарушение, установленное законом» в результате декриминализации, могут быть отнесены к автономному понятию «уголовного» преступления. Предоставление государствам свободы усмотрения в отношении исключения таких правонарушений может привести к результатам, несопоставимым с целями и задачами Конвенции (см. Озтюрк против Германии (*Ozturk v. Germany*), п. 49) [3]. Таким образом, ЕСПЧ автономно определяет, относится ли обвинение в совершении конкретного деяния к разряду «уголовного», учитывая при этом небезызвестные Энгель-критерии – критерии, изложенные в постановлении по делу Энгель и другие против Нидерландов (*Engel and Others v. the Netherlands*) (пункты 82–83), а именно: 1) классификация правонарушения в национальном законодательстве; 2) характер правонарушения; 3) строгость наказания, риску которого подвергается соответствующее лицо [3]. Данный вопрос достаточно широко представлен в литературе, поэтому, не вдаваясь в подробности, отметим, что с учетом Энгель-критериев, под автономное понятие «уголовного» преступления попадает значительная часть деяний, которые в национальном законодательстве многих стран классифицируются как административные, налоговые, таможенные, финансовые и дисциплинарные правонарушения, а также дела о люстрации. С учетом вышесказанного сделаем промежуточный вывод: повторным привлечением к уголовной ответственности (а следовательно, и нарушением принципа *non bis in idem*) во многих случаях, будет считаться и привлечение лица к административной ответственности после постановления судом оправдательного приговора в уголовном деле на основании тех же фактов, а равно и привлечение лица к уголовной ответственности после привлечения его к административной ответственности на основании одних и тех же фактических обстоятельств.

Показательным в этом отношении является дело Франца Фишера против Австрии (*Franz Fischer v. Austria*). В данном деле Фишер, управляя транспортным средством в состоянии опьянения, сбил велосипедиста, чем причинил ему смерть. Австрийские суды сначала привлекли Фишера к административной ответственности за вождение в нетрезвом виде, а впоследствии учли этот же факт при привлечении его к уголовной ответственности за убийство по неосторожности. ЕСПЧ констатировал в этом нарушение ст. 4 Протокола № 7 к Конвенции [1, с. 262; 4].

3. Вышеизложенное является базисом для третьего вывода: материально-правовое содержание принципа “*non bis in idem*” не ограничивается лишь запретом на привлечение к разным видам ответственности (по национальному законодательству) за одно и то же деяние, но прямо касается и правил квалификации преступлений. Целый ряд постановлений Пленума Верховного Суда Украины, предоставляя судам рекомендации по квалификации тех или иных деяний, прямо нарушает предписания принципа «не дважды за одно». Так, в п. 14 Постановления от 7 февраля 2003 г. № 2 «О судебной практике по делам о преступлениях против жизни и здоровья» Пленум прямо указывает, что в случаях, когда умышленное убийство было сопряжено с изнасилованием потерпевшего или насильственным удовлетворением с ней половой страсти в противоестественной форме, действия виновного подлежат квалификации по п. 10 ч. 2 ст. 115 и по ч. 4 ст. 152 или ч. 3 ст. 153 УК [5], т. е. виновному вменяется одновременно убийство, сопряженное с изнасилованием, а также изнасилование, повлекшее особо тяжкие последствия в виде смерти потерпевшего. Аналогичные рекомендации касаются и вменения специальных видов умышленных убийств при наличии квалифицирующих признаков. В этих случаях лишение жизни одного и того же потерпевшего инкриминируется лицу дважды.

Иной пример игнорирования принципа “*non bis in idem*” содержится в Постановлении от 4 июня 2010 г. № 7 «О практике применения судами уголовного законодательства о повторности, совокупности и рецидиве преступлений и их правовых последствиях», где Пленум Верховного Суда Украины, прямо игнорируя заложенное в УК понимание повторности, рекомендует судам квалифицировать по совокупности даже две простые кражи: первую – как совершенную впервые, а последующую – как повторную [6].

Вышеизложенное подталкивает к мысли о необходимости более системной работы по изучению прецедентного права ЕСПЧ и учету высказанных Судом правовых позиций при интерпретации и применении норм отечественного права. Для реализации этих предложений системная работа по повышению уровня осведомленности практических работников (следователей, прокуроров, судей) о существующих решениях ЕСПЧ и их содержании видится необходимой предпосылкой для гарантирования прав человека, предусмотренных Конвенцией.

Список использованных источников

1. Хилюк, С. В. Кримінально-правові аспекти правила *non bis in idem* у практиці Європейського суду з прав людини / С. В. Хилюк // Вісник Львівського університету: сер.: Юридична . – 2012. – Вип. 55 . – С. 254–265.

2. Международный пакт о гражданских и политических правах [Электронный ресурс]: принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml. – Дата доступа: 16.10.2017.

3. Руководство по статье 6 Конвенции. Право на справедливое судебное разбирательство (Уголовно-правовой аспект) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_RUS.pdf. – Дата доступа: 16.10.2017.

4. Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights (Right not to be tried or punished twice) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf. – Дата доступа: 16.10.2017.

5. О судебной практике по делам о преступлениях против жизни и здоровья человека [Электронный ресурс]: Постановление Пленума Верховного Суда Украины, 7 февр. 2003 г. № 2 // Законодательство Украины. – Режим доступа: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-03>. – Дата доступа: 16.10.2017.

6. О практике применения судами уголовного законодательства о повторности, совокупности и рецидиве преступлений и их правовых последствиях [Электронный ресурс]: Постановление Пленума Верховного Суда Украины, 4 июня 2010 г., № 7 // Законодательство Украины. – Режим доступа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-10>. – Дата доступа: 16.10.2017.

Komarov O.

The principle of *non bis in idem* in the practice of the European Court of Human Rights and in the legislation of Ukraine: problems of application
(translated by Volha Vasyuchkova)

The paper deals with the interpretation of the principle *non bis in idem* (double jeopardy) in the practice of the European Court of Human Rights and in the legislation and court practice in Ukraine. The problems caused by imperfect legislation to provide the principle under discussion in the laws of Ukraine are considered. The criteria used by the European Court of Human Rights and the approaches to ascertaining violations of the principle *non bis in idem* (Article 4 of Protocol No.7 to the ECHR) are researched. Contradictions that exist between the recommendations on crime qualification made by the Plenary Session of the Supreme Court of Ukraine and the interpretation of the double jeopardy in the case law of the European Court of Human Rights are analyzed.

The principle of *non bis in idem* is one of the major principles of modern criminal substantive and procedural laws dated back to Ancient Greece and Ancient Rome [1, p. 254]. It was incorporated into a number of significant international acts, such as International Covenant on Civil and Political

Rights of 16 December 1966 (P. 7 Art. 14) [2] and Protocol No. 7 to the Convention of the European Council on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Art. 4). Traditionally, this principle has first of all the procedural meaning of the negative commitment of the state to refrain from initiating repeated criminal procedure in relation to the person and the action following a final decision in the form of the defendant's guilt recognition or acquittal. Nevertheless, a number of essential criminal procedural provisions derive from this principle which will be further dealt with.

1. Protocol No. 7 (P. 1 Art. 4) to the European Convention on Human Rights (further – Convention) reads: “No person is to be subjected to double jeopardy”. Similar provisions are contained in:

1) *Constitution of Ukraine* (P. 1 Art. 61): “No person is to be prosecuted for one and the same wrong”.

2) *Criminal Code of Ukraine*: a) “No person is to be prosecuted for one and the same crime more than once” (P. 3 Art. 3); b) If the persons (citizens of Ukraine and stateless persons permanently residing in Ukraine who committed a crime outside the country – K. O.) were punished outside Ukraine for the crime committed, they cannot be tried again on the same charges in Ukraine (P. 2 Art. 7).

3) *Criminal Procedure Code of Ukraine* (Art. 19): “1. No person can be accused or punished twice for the crime following a valid acquittal or conviction. 2. Criminal proceedings are to be terminated if there exists a valid sentence on the same charges”.

At first sight one can decide, that a Ukrainian legislator in fact borrowed the Convention's provisions having interpreted them in the peculiar for the national legislative tradition manner. But the truth is, native legislators did their best to introduce advanced world practice and “overdid” their tasks having laid down the danger of abuse in the law. The thing is, the Constitution prohibits double jeopardy for the person *within the jurisdiction of one and the same State*, i.e. within the same Contracting party. This requirement seems to be quite reasonable since it does not affect a sovereign right of the State to decide the destiny of its citizens in relation to the crimes committed outside the State.

To illustrate, let us model a potential situation. Imagine, a citizen of Ukraine who had access to state secrets left Ukraine. In the country of his stay, he joined some foreign organization. He had a malice aforethought to disclose the state secret to a foreign state. So, he did it. The country of his stay prosecuted him formally for the crime committed (imposed a minimum penalty and released from prison in no time, having indemnified him generously with money or something else, and let him go). A question arises: “Can this person be prosecuted in Ukraine?” The answer seems to be negative

since formally the person has been punished for the crime committed outside Ukraine. It means that P. 2 Art. 7 of the Criminal Code makes his double jeopardy in Ukraine impossible. It is to be pointed out that such prosecution would not contradict Art. 4 of Protocol No. 7 to the Convention since it was not conducted within the jurisdiction of one and the same State.

Similar provisions to the Ukrainian ones are contained in the Criminal Code of the Republic of Belarus. A citizen of the Republic of Belarus or a stateless person permanently residing in the Republic of Belarus is liable under the Code if the act committed by him was recognized criminal in the State where it had been committed, and if he *had not been prosecuted* in that State (P. 1 Art. 6 of the Criminal Code of the Republic of Belarus).

Taking into account the above said, the view of a Soviet legislator providing that the court has the right to mitigate the sentence for the crime committed if the person has served it abroad or to free him seems to be much more prescient (P. 3 Art. 5 of the Criminal Code of the UkSSR of 1960). According to a general rule: 1) such persons were prosecuted in Ukraine; 2) the court exercised *the right* to inflict less severe punishment or to free from serving it.

2. One more significant aspect of the application of the principle *non bis in idem* is the proper interpretation of the meanings of the terms “crime”, “prosecution” (“criminal wrong”) and “punishment” as used by the European Court of Human Rights (further – ECHR). It was customary for the post-Soviet states to apply a positive approach to the interpretation of the terms mentioned above. Crime is a guilty act causing a public danger envisaged by criminal law, committed by a responsible physical person who has reached a liability age. Whatever the interpretation is, this formal substantive crime definition is crucial for the majority of post-Soviet countries. Quite another approach to the crime definition is applied by the ECHR. The court repeatedly stressed that the concept of “criminal prosecution” possesses an “autonomous” meaning regardless of the categories used in the national legal systems of the States Parties to the Convention (*Adolf vs. Austria*, i. 30). Contracting States agreements on “decriminalization” do not contradict the Convention provisions. However, the actions classified as “the offence established by law “due to decriminalization can be referred to an autonomous notion of “criminal” offence. Providing the States with the discretion to exclude such wrongs can lead to the consequences which contradict the goals and the tasks of the Convention (see *Ozturk vs. Germany*, i. 49) [3]. Thus, it is up to the ECHR to decide whether to consider the act committed as “criminal” taking into account famous Engel criteria – the criteria laid down in the judgment on “*Engel and others vs. the Netherlands*”, ii. 82–83), namely: 1) classification of offences in the national legislation; 2) nature of the of-

fence; 3) severity of the sentence [3]. The issue in question has been broadly discussed in legal literature, therefore avoiding details we would like to mention that taking into account Engel criteria, quite a lot of acts classified in national laws as administrative, tax, customs, financial and disciplinary wrongs, as well as those of lustration, can be considered as “criminal”. In view of the above-said, we can draw a preliminary conclusion: administrative liability following the court sentence on the same charges, as well as criminal prosecution following administrative liability on the same charges can be regarded as violation of the principle *non bis in idem*.

Indicative in this respect can be the case “*Franz Fisher vs. Austria*” where Fisher driving a vehicle bumped a cyclist, which caused the death of the latter. The Austrian courts first held Fisher to be administratively liable for drunken driving, but later he was prosecuted for manslaughter on the basis of the same facts. The ECHR held violation of Art. 4 of Protocol No. 7 to the Convention [1, p. 262; 4].

3. The third conclusion derives from the above said: legal substantive content of the principle *non bis in idem* is not confined to the prohibition to prosecute on various liability grounds for one and the same act (under the national law), but directly concerns the issue of the crime classification. A number of resolutions of the Plenary Session of the Supreme Court of Ukraine, which recommend the courts how to classify certain acts, violate the principle of *non bis in idem*. For example, in Resolution No. 2 of February 7, 2003 “On court practice concerning crimes against life and health” (i. 14) the Plenary Session resolved that in cases of the premeditated murder involving rape of the victim or sexual abuse in an unnatural manner, the accused’s acts are to be qualified in accordance with i. 10 P. 2 Art. 115 and P. 4 Art. 152 or P. 3 Art. 153 of the Criminal Code [5]. That is, the accused is found guilty of both murder involving rape and rape leading to grave consequences in the form of the victim’s death. Similar recommendations concern the qualification of special kinds of the premeditated murder bearing appropriate qualifying features. In such cases, a person is charged for the deprivation of life of one and the same victim twice.

Another example of ignoring the principle of *non bis in idem* is contained in Resolution No. 7 of 4 June, 2010 “On the Practical Application of Criminal Laws Dealing with Repeated, Multiple and Recidivism Crimes by the Courts and their Legal Consequences”. In the Resolution the Plenary Session of the Supreme Court of Ukraine roughly ignores the provision on double jeopardy and recommends to qualify two petty crimes as a multiple crime: the first one as committed for the first time, and the second one – as a repeated one [6].

All the above said drives us to the conclusion of the need to conduct systematic study of the ECHR case law taking into account the Court's legal judgments on the interpretation and application of the native legal norms. To fulfill this task there should be a systematic work on the growing awareness of practical lawyers (investigators, prosecutors, judges) of the content of the ECHR decisions, the latter being a necessary step in the direction of the protection of human rights envisaged by the Convention.