

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov



1. Відповідно до правила 80, Суд попросили переглянути його рішення у справі *Ireland v. the United Kingdom*, оскільки в останньому було встановлено, що, хоча застосування *п'яти методів* щодо осіб, інтернованих у Північній Ірландії в 1971 році, порушувало статтю 3 Конвенції, воно становило нелюдське та таке, що принижує гідність, поводження, але не катування.

2. *П'ять методів*, які полягали у примусовому триманні біля стіни, накритті [голови] капюшоном, вплив шуму, позбавленні сну, позбавленні їжі та води упродовж невідомого періоду від чотирьох до семи днів упродовж невизначеної кількості годин у будь-який момент часу та з імовірним застосуванням фізичного насильства під час їх застосування принаймні в деяких випадках, детально описані у доповіді Комісії, первинному рішенні та рішенні більшості за заявою про перегляд (далі – «*рішення про перегляд*»).

3. Заява про перегляд складається з двох взаємопов'язаних частин.

По-перше, нові виявлені матеріали свідчать про те, що Сполучене Королівство володіло матеріалами, в тому числі, але не тільки, медичними звітами, які показували, що п'ять методів могли мати суттєві, тяжкі й довготривалі наслідки для тих, кому вони були застосовані (пункт «*медичні докази*»). Стверджується, що ці докази, які були зібрані паралельно з національними провадженнями щодо відшкодування шкоди, ініційованими 14-ма затриманими, суперечили тим, які були надані Комісії Урядом-відповідачем, і ніколи не були надані Комісії, Суду або державі-заявнику.

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

По-друге, архівні матеріали, як стверджується, демонструють на більш загальному рівні, що у відповідний час влада держави-відповідача прийняла та проводила чітку політику перешкоджання та нерозголошення, приховуючи від Комісії, а згодом і від Суду ключову інформацію про надання дозволу, навчання, застосування та наслідки застосування п'яти методів (положення про «нерозголошення»).

4. З причин, викладених нижче, я схвалюю рішення про перегляд щодо дотримання шестимісячного строку, встановленого правилом 80 (§§ 82-95 рішення про перегляд), а також підтвердження того, що запит на перегляд може бути спрямований на зміну підстав, на яких первинне рішення встановило порушення статті 3 Конвенції (§§ 98-103 рішення про перегляд).

5. На противагу цьому, я з усією повагою не погоджуюся з рішенням більшості відхилити другу частину заяви про перегляд на тій підставі, що частина про нерозголошення ґрунтується на фактах, які були відомі Суду на момент винесення первинного рішення (§§ 114-118 рішення про перегляд), а також відхилити першу частину заяви щодо медичних доказів на тій підставі, що вони не відповідають критерію «*вирішального впливу*» правила 80 (§§ 119-135 рішення про перегляд).

6. Як видно з §§ 132-135 рішення про перегляд, більшість ґрунтується майже виключно на двох пунктах первинного рішення – §§ 167 і 168, де Суд дійшов висновку, що *п'ять методів* становили нелюдське та таке, що принижує гідність, поводження, але не катування. Більшість вважає, що на підставі невинновданого вузького підходу до первинного рішення, провадження, яке призвело до нього, і самої заяви про перегляд, більшість вважає, що

«Якби було доведено, що п'ять методів можуть мати серйозні довгострокові психіатричні наслідки, цей єдиний елемент привів би Суд до висновку, що застосування п'яти методів спричинило такі «дуже серйозні і жорстокі страждання», що їх слід кваліфікувати як практику катувань. Проте через відсутність такої вказівки у первинному рішенні Суд не може зробити висновок, що нові факти могли мати вирішальний вплив на первинне рішення».

7. Крім того, хоча в основі аргументації Комісії та Суду, відображеної у первинному рішенні, було виявлення *адміністративної практики* щодо поводження з 14 затриманими, більшість з них обмежують свій правовий аналіз, зосереджуючись виключно на двох затриманих, обраних як *ілюстративні справи*, які були розглянуті Комісією, і не беручи до уваги нові докази щодо решти справ. Складається враження, що сутність та докладні деталі запиту на перегляд були проігноровані, так само як і характер та обсяг первинного провадження і первинного рішення. Крім того, не були розглянуті наслідки, які це рішення

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

може мати для інших міждержавних справ або заяв, які Суд розглядає в якості ілюстративних або зразкових, як видається, не були розглянуті.

8. Запит на перегляд стосувався *приховування інформації* – як конкретного, так і загального характеру – Високою Договірною Стороною та її стверджуваної *відмови співпрацювати* з органами Конвенції.

Запит на перегляд мав на меті продемонструвати мету, характер і масштаби такого приховування інформації, яке, як стверджувалося або підозрювалося під час первинного провадження, але не було доведено, а також встановити, який вплив на правову аргументацію Суду і, власне, Комісії могли або могли б мати докази такої політики.

У наступних розділах я намагаюся помістити запит на перегляд у контекст (A.), висвітлити аспекти первинного провадження, Звіту Комісії та рішення, які мають відношення до запиту (B.), окреслити застосовне прецедентне право, яке більшість проігнорувала (C.), і коротко торкнутися функціонування Правила 80 (D.). Критика суті рішення щодо перегляду міститься в розділі E. У той час як розділи A і B стосуються конкретної справи, розділи C і E порушують питання, що виходять за межі справи *Ireland v. the United Kingdom*.

A. Попередні зауваження

9. На мою думку, деякі попередні зауваження є необхідними для того, щоб належним чином розмежувати правові питання, які виникли у зв'язку з запитом про перегляд, та прояснити контекст, в якому він був поданий.

10. *По-перше*, Палата не була покликана вирішувати, чи кваліфікував би цей Суд або національний суд, якому доручено розглядати те саме питання, у разі надходження скарги за статтею 3 Конвенції, що стосується застосування п'яти методів, таку практику як катування. Відповідь на це питання, здається, вже була надана в різних справах, які розглядалися в судах Сполученого Королівства. Так, у 2006 році у справі *A. and others v. Secretary of State for the Home Department* лорд Бінгем, процитувавши рішення цього суду від 1999 року у справі *Selmouni*, зазначив:

«Цілком можливо, що поведінка, на яку скаржилися в справі Ireland v. the United Kingdom [...] тепер буде визнана такою, що підпадає під визначення, наведене в статті 1 Конвенції проти катувань».

Зовсім недавно, у 2017 році, у справі *McKenna, re judicial review* – провадження, порушене в Північній Ірландії деякими з 14 затриманих, до яких застосовувалися п'ять методів у 1971

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

році, або членами їхніх сімей, що залишилися в живих, про які йдеться в § 18 рішення про перегляд, – суддя Макгуайр заявив наступне:

«[...] [Високому суду Північної Ірландії] здається ймовірним, що якби події, про які йде мова, були б відтворені сьогодні, результатом, ймовірно, було б те, що ЄСПЛ визнав би опис катувань щодо цих подій як точний. [...] Ці моменти підтверджують висновок про те, що вид діяльності, з яким пов'язана ця справа, має більший вимір, ніж звичайне кримінальне правопорушення, і був би рівносильний запереченню самих основ Конвенції».

Більше того, те, що *адміністративна практика*, яка складається з примусового застосування п'яти методів, тепер буде визнана Судом як така, що становить катування, здається, є висновком, який більшість хоче, щоб читач зробив з § 124 рішення про перегляд, де також міститься посилання на справу *Selmouni* і на практику Суду щодо катувань, що [послідовно] розвивається. У цій справі Суд не мав права застосовувати *ретроспективно* прецедентну практику за статтею 3 Конвенції щодо того, що вважається катуванням сьогодні. Клопотання про перегляд не є засобом, за допомогою якого сторона може домогтися перегляду первинного рішення у світлі подальшої практики Суду, а також, як справедливо зазначив Уряд-відповідач, формою оскарження.

11. Тим не менш, Палата могла і повинна була звернутися до справ, пов'язаних зі статтею 3 Конвенції, які вже були розглянуті Комісією та Судом до 1978 року, не в останню чергу до міждержавних заяв (див. далі §§ 38-40 нижче). Проте ця судова практика була проігнорована. Враховуючи характер запиту на перегляд, він мав би також посилатися на статті Конвенції та усталену судову практику щодо обов'язку Договірних Сторін *співпрацювати* з інституціями Конвенції та щодо відповідної ролі цих інституцій у відповідний час у встановленні фактів (див. далі §§ 41-49 нижче).

12. По-друге, якщо балансувати між повагою до правової визначеності та суспільним інтересом у перегляді помилкових рішень, то сорокарічний проміжок часу між первинним рішенням і рішенням про перегляд може здатися, що шальки терезів рішуче схилиються на користь першого. Однак «правило тридцяти років» означало, що нові докази, на які посилалися, стануть доступними лише через багато років після винесення первинного рішення, після розсекречення.

Завдання, яке стояло перед Палатою у цій справі, полягало в тому, щоб оцінити, чи були дотримані у цій справі суворі процесуальні та матеріальні умови, які впливають з правила 80, не забуваючи при цьому про загальне завдання Суду відповідно до статті 19 Конвенції, а саме: роз'яснювати, захищати і розвивати норми, встановлені Конвенцією, сприяючи тим самим дотриманню державами зобов'язань, взятих ними на себе. Слід пам'ятати, що, затверджуючи первинне рішення про повторний розгляд беззаперечного факту катування,

4

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

Суд надав великого значення цьому останньому обов'язку, покладеному на нього системою Конвенції.

13. *По-третє*, може виникнути спокуса розглядати запит на перегляд як протистояння двох держав-членів Ради Європи через 40-47 років після події. Однак це означало б випустити з уваги той факт, що система міжнародного захисту в Конвенції ґрунтується на концепції «колективної гарантії» прав та свобод, що містяться у ній. Міждержавний випадок є таким: «Нездійснення права на позов для забезпечення прав держави-заявника, а позов проти стверджуваного порушення громадського порядку в Європі».

Це було визнано обома урядами під час первинного провадження, обидва з яких вважали справу «важливою й такою, що має тривалий вплив». Прохання про перегляд міждержавного судового рішення такого характеру слід розглядати в такому ж світлі. Незалежно від політичного контексту, минулого чи теперішнього, відповідь Суду мала бути ґрунтовною та юридично обґрунтованою, оскільки його аргументація може мати наслідки, що виходять за межі первинної справи, яка розглядається, і за межі запитів за правилом 80.

Крім того, враховуючи тісні зв'язки, які пов'язують народи Сполученого Королівства та Ірландії – географічні, історичні, мовні, економічні, політичні, родинні тощо, силу, глибину та складність яких можуть повною мірою оцінити лише ті, хто проживає на двох островах, – можна впевнено припустити, що рішення про подання цієї заяви не було ухвалене з легкістю. Не можна не відзначити взаємне співробітництво та повагу, до яких держава-заявника та держава-відповідач прагнули упродовж останніх років і які проявилися в їхній співпраці під час процедури перегляду і, що ще важливіше, в процесі миру та примирення, що лежить в основі Угоди Страсної П'ятниці (*the Good Friday Agreement*).

14. Хоча ця справа за своєю природою є складною, *правові питання*, що постали перед Судом, були *відносно простими*. З одного боку, чи своєчасно Уряд-заявник представив Комісії та Суду нові факти, які були невідомі йому, Комісії та Суду у відповідний час. З іншого боку, якби ці факти були відомі на той час, чи могли б вони мати вирішальний вплив на висновки Суду в його первинному рішенні. Суддів просили поставити себе на місце їхніх попередників. Дивлячись на первинне провадження в цілому, на доповідь Комісії, метод та аргументацію Суду, які призвели до висновків, викладених у §§ 167 і 168 первинного рішення, чи могла б більшість членів Суду підтвердити одностайне рішення Комісії і констатувати практику катувань, якби вони знали те, що відомо Суду на сьогоднішній день?

В. Первинне провадження та первинне рішення

15. У процедурі перегляду для того, щоб встановити, чи розкривають нові факти, подані стороною-заявником, «*факти, які за своїм характером можуть мати вирішальний вплив*»,

5

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

ці факти повинні розглядатися у зв'язку з первинним судовим рішенням, про перегляд якого подається заява. Процедура, аргументація та висновки – все це має бути перевірено. Це методологія, викладена у *the Pardo revision case*, на яку посилається більшість, і застосована у багатьох інших справах.

16. Витяги зі Звіту Комісії та первинного рішення відтворені у рішенні про перегляд. Однак, якби справа *the Pardo revision* дійсно була застосована, то параграфи рішення про перегляд (§§ 14-16) повинні були б висвітлити кілька важливих елементів первинного рішення, які, в свою чергу, мали б бути включені до аргументації більшості при перегляді.

1. Часові рамки первинного провадження

17. Необхідно відновити хронологію первинного провадження з урахуванням аргументації в окремих частинах рішення про перегляд.

18. Провадження у справі розпочалося 16 грудня 1971 року, коли Уряд-заявник подав свою заяву до Комісії; вона була визнана частково прийнятною 1 жовтня 1972 року. Провадження в Комісії включало письмові та усні подання двох держав-учасниць, а також збір доказів на низці слухань, що відбулися в Страсбурзі, на авіабазі Сола в Норвегії та в Лондоні. У Доповіді, переданій Комітетом Міністрів 9 лютого 1976 року, Комісія одноголосно встановила, що застосування цих п'яти методів становило катування в порушення статті 3 Конвенції. Тодішній Уряд-відповідач не оскаржував це рішення або фактичні дані, на яких воно ґрунтувалося.

19. Уряд-заявник подав свою заяву до Суду 10 березня 1976 року. Письмові меморандуми були подані до Суду в період з 2 серпня 1976 року по 15 грудня 1976 року. Перші усні слухання відбулися 7-9 лютого 1977 року. Постановою від 11 лютого 1977 року Суд вирішив, що він має юрисдикцію винести рішення щодо безспірного порушення статті 3 Конвенції, і заявив, що «Суд вважає, що він вже володіє достатньою інформацією та матеріалами, які дозволяють йому винести таку постанову». Друга серія слухань у Суді відбулася 19-22 квітня 1977 року. 18 січня 1978 року Суд 13 голосами проти 4 постановив, що застосування п'яти методів становило нелюдське поводження на порушення статті 3 Конвенції, але не було катуванням. Отже, первинний розгляд справи тривав з грудня 1971 року по січень 1978 року.

2. Отримання та оцінка доказів і встановлення фактів

20. Процедура встановлення фактів була визначена Комісією та прийнята сторонами. Вибір ілюстративних справ був зроблений з метою процесуальної економії. У зв'язку зі скаргою за статтею 3 Конвенції, яка є предметом запиту про перегляд, Уряд-заявник направив до

6

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

Комісії вісім справ осіб, до яких було застосовано п'ять методів у невстановленому центрі допитів у серпні 1971 року, а також ще одну справу – схоже, справу T22, – до якої їх було застосовано у жовтні 1971 року. Комісія розглянула справи T6 і T13 як «ілюстративні», заслухала цих двох затриманих і спиралася на конкретні медичні висновки щодо них. Однак вона також отримала письмові зауваження та докази від обох урядів, їхні усні заяви, а у зв'язку зі скаргами за статтею 3 Конвенції було заслухано сто свідків. Були надані медичні докази як конкретного, так і загального характеру.

21. Хоча Уряд-відповідач спочатку заперечував існування адміністративної практики, пізніше він визнав це, але спирався на це визнання, стверджуючи, що те, *як саме* ця практика виникла, не є важливим. *Рівень повноважень* [осіб, які санкціонували таку адміністративну практику] так і не був розкритий.

22. Під час слухань у Комісії щодо доказів існував явний *конфлікт між доказами*, наданих Урядом-заявником та Урядом-відповідачем щодо наслідків застосування п'яти методів. Двоє експертів, викликаних від імені Уряду-заявника, дали свідчення про те, що наслідки, ймовірно, були значними, серйозними і довготривалими.

Доктор L. від імені Уряду-відповідача засвідчив, що, хоча під час допитів у інтернованих спостерігалися гострі психіатричні симптоми, психіатричні наслідки застосування п'яти методів були незначними і короткостроковими; вони зменшувалися і не були тяжкими.

Стенографічний звіт про слухання в Комісії також показує, що доктор L. заявив, що немає вагомих доказів того, що ці п'ять методів насправді спричинять довгострокові наслідки, що, на його думку, вони, ймовірно, не спричинять таких наслідків, але що його думка про довгострокові наслідки є не більше ніж обґрунтованим припущенням, оскільки він не мав доступу до інформації про те, як ці п'ять методів фактично застосовувалися. На думку доктора L., при правильному застосуванні ці п'ять методів не повинні були б спричинити довготривалу шкоду.

Відповідаючи на запитання про розмір відшкодування шкоди, встановлений у контексті національних проваджень за участю 14-х затриманих, він заперечив, що суми, про які йдеться, підтверджують думку інших свідків-експертів щодо характеру та наслідків застосування цих п'яти методів.

Крім того, на запитання одного з делегатів Комісії про те, чи була рекомендація Короні у цих цивільних справах такою ж, як і рекомендація Комісії, доктор L. відповів:

«Так, точно такі ж, як і тут. Ці звіти є тими, які надсилаються Короні».

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

23. Зі стенограми та протоколу слухань Комісії випливає, що медичні експерти, викликані обома сторонами, не обстежили всіх затриманих після застосування до них п'яти методів. Доктор О'Меллі оглянув лише двох з них, і зробив це відразу після допиту. Доктор L., навпаки, оглянув більше, але не всіх з 14 чоловіків, і його огляди відбувалися через різні проміжки часу упродовж набагато тривалішого періоду.

24. Комісія встановила, що висновки експертів-психіатрів *«суттєво розходилися»* щодо наслідків застосування п'яти методів та прогнозів на одужання. У випадках, коли твердження про жорстоке поводження були спірними, Комісія, таким чином, розглядала як *«найважливіші об'єктивні докази»* медичні висновки, які не були оскаржені як такі.

25. Після передачі справи на розгляд Суд пояснив свій підхід до доказів наступним чином:

«[Суд] вивчає наявні у нього матеріали, незалежно від того, чи походять вони від Комісії, Сторін або інших джерел, і, якщо необхідно, отримує матеріали proprio motu».

26. Подекуди Суд скасовував фактичні висновки Комісії, не приймаючи нових доказів і не пояснюючи, на якій підставі він це зробив. Коли виникали питання щодо доказів індивідуальних порушень статті 3 Конвенції або практики порушення цієї статті в інших центрах допитів, таких як *Girdwood Park* або *Ballykinler*, Суд вказав наступне:

«Суд буде уповноважений отримати, за необхідності proprio motu, додаткові докази (правило 38 Регламенту Суду). Однак, такий шлях зобов'язав би Суд обрати ще низку «ілюстративних» справ і заслухати значну кількість додаткових свідків, а в іншому випадку, як підкреслили делегати Комісії, він міг би дійти вкрай непевних висновків. У цій справі немає необхідності відновлювати розслідування таким чином. ... Висновки, зроблені у зв'язку з п'ятьма методами [...], втілені в обов'язковому для виконання рішенні Суду, надають більш ніж значну гарантію проти повернення до серйозних помилок минулих часів. За цих обставин інтереси, що захищаються Конвенцією, не змушують Суд проводити тривалі дослідження, які б затягували прийняття рішення Судом».

27. У § 105 рішення про перегляд зазначено наступне:

«Певні важливі факти, що стосуються п'яти методів, а саме, що вони були санкціоновані на високому рівні, що вони склалися з комбінації заходів і спричиняли фізичні та моральні страждання затриманим, які до них застосовувалися, не оскаржувалися під час первинного провадження і не оскаржуються зараз».

Однак у рішенні про перегляд не висвітлюються інші важливі факти, пов'язані з п'ятьма методами, які, як підкреслила Комісія, були відсутні через те, що вона назвала «ембарго на докази», накладені державою-відповідачем.

Наприклад, було відомо, що ці методи викладалися усно на семінарі, організованому Англійським розвідувальним центром у квітні 1971 року, але вони ніколи не були зафіксовані в письмовому вигляді і не були санкціоновані в жодному офіційному документі; не було отримано жодних доказів того, як вони застосовувалися; затриманих привозили до невідомого місця або місць; протоколи допитів не були надані Комісії або Суду; делегати Комісії не мали можливості почути усні свідчення представників сил безпеки щодо звинувачень, які стосувалися центрів допитів; свідки, які були присутні в цих центрах, не були надані в розпорядження; свідкам Уряду-відповідача, які були заслухані в Солі, було дано вказівку не відповідати на жодні запитання щодо п'яти методів та їх застосування; вказівка свідкам з боку сил безпеки не відповідати на запитання щодо застосування п'яти методів була виправдана необхідністю захисту їхньої безпеки; хоча Уряд-відповідач визнав, що ця практика була санкціонована на «високому рівні», він не повідомив, на якому рівні і ким; коли 20 лютого 1975 року в Лондоні делегати Комісії допитували політичних свідків, викликаних Урядом-відповідачем (головних радників відповідного Уряду), представникам сторін не було дозволено проводити перехресний допит, і вони були зобов'язані залишити кімнату. Матеріали, доступні Комісії та Суду на той час, були визначені вище.

3. Обов'язок щодо належної співпраці

28. У первинному провадженні Уряд-заявник стверджував, що Уряд-відповідач неодноразово не виконував свій обов'язок щодо створення необхідних умов для ефективного проведення розслідування. Наприклад, стосовно доказів, поданих до Комісії щодо п'яти методів, а також доказів, зібраних у контексті національного провадження щодо відшкодування шкоди, поданих 14 затриманими, він заявив наступне:

«У випадках, коли провадження було порушено проти Уряду-відповідача, факти повинні були бути розслідувані, а докази отримані. Тим не менш, ці докази не були надані Комісії».

29. Суд зазначив, що його не просили винести окреме рішення з цього питання, зауваживши, що Комісія також вказала на відсутність бажаної допомоги з боку Уряду-відповідача, але просто констатувала це:

«Суд висловлює жаль з приводу такого ставлення [...]; він повинен підкреслити фундаментальну важливість принципу, закріпленого в підпункті (а) in fine статті 28 Конвенції, згідно з яким Договірні держави зобов'язані співпрацювати з установами Конвенції».

30. Однак, що дуже важливо, питання про поведінку сторін знову постало в конкретному контексті стандарту доказування, який має бути застосований, і доказів, на яких має ґрунтуватися рішення про те, чи мало місце порушення статті 3 Конвенції, і якщо так, то якого типу. Уряд-заявник стверджував, що стандарт Комісії – *поза розумним сумнівом* – може виявитися або виявиться *надмірно жорстким* у контексті провадження у конкретній справі. На їхню думку, система забезпечення дотримання Конвенції виявиться неефективною, якщо за наявності очевидних ознак порушення статті 3 Конвенції ризик встановлення такого порушення не буде покладений на державу, яка не виконує свій обов'язок сприяти Комісії у встановленні істини. Суд підтвердив, що стандарт Комісії є правильним для оцінки доказів, але додав наступне важливе застереження в § 161 первинного рішення:

«Такі докази можуть впливати із співіснування достатньо сильних, чітких та узгоджених висновків або аналогічним чином неспростованих презумпцій факту. У цьому контексті слід брати до уваги поведінку сторін під час отримання доказів».

С. Запити на перегляд

31. Згідно з правилом 80, відповідні критерії для розгляду запиту про перегляд є такими:

- Виявлення факту, який за своєю природою може мати вирішальний вплив.
- Цей факт не був відомий Суду на момент винесення первинного рішення.
- Цей факт не міг бути обґрунтовано відомим Уряду-заявнику на той час.
- Уряд-заявник повинен звернутися до Суду з проханням переглянути первинне рішення упродовж шести місяців після того, як йому стало відомо про цей факт.

32. Суд послідовно дотримується думки, що оскільки перегляд ставить під сумнів остаточний характер рішень, можливість перегляду, яка не передбачена Конвенцією, але була введена в Регламент Суду, є *винятковою процедурою*.

33. Типи справ, у яких Суд досі отримував заяви про перегляд, викладені в §§ 91-93, 100, 120-121 рішення про перегляд. Ця справа, яка не піддається формальному застосуванню цієї здебільшого недоречної практики, має кілька відмінних рис.

34. *По-перше*, оскільки факти, на яких ґрунтувалася заява про перегляд, стали відомі лише у 2014 році, повторний склад Суду, який ухвалив первинне рішення, як це передбачено пунктом 3 правила 80, був неможливий.

35. *По-друге*, заява про перегляд не намагалася покладатися на «факт». Натомість вона ґрунтувалася на *низці фактів*, документів, медичних висновків та міжвідомчих заяв і

коментарів. Суд одноголосно встановив, що 6-місячний строк був дотриманий у цій справі саме тому, що сукупність достатніх і доступних доказів мала бути зібрана упродовж тривалого часу.

36. *По-третьє*, ця справа не була стандартною справою про перегляд. У ній йшлося про перегляд первинного рішення у першій міждержавній заяві, яка перейшла на стадію винесення судового рішення. Міждержавні заяви є *рідкісними* і *делікатними*. Правило 80 ніколи не застосовувалося до подібних справ, оскільки така ситуація ніколи не виникала з процесуальної точки зору. Той факт, що не було прецеденту, коли Суд на підставі заяви про перегляд змінював підстави, на яких було встановлено порушення Конвенції, не є причиною, всупереч позиції Уряду-відповідача, виключати таку можливість.

D. Відповідні загальні принципи, що впливають з практики Суду

37. Вражає, до якої міри рішення про перегляд значною мірою ігнорує або уникає прецедентного права, що має відношення до ключових правових питань, які стоять перед ним.

1. Щодо поняття адміністративної практики

38. Центральним для первинного провадження, первинного судового рішення та застосованих стандартів і засобів доказування був той факт, що звернення до п'яти методів було визнано *адміністративною практикою*.

Остання складається з двох компонентів: 1) *повторення оскаржуваних дій*; 2) *толерантність з боку офіційної влади*.

Перший компонент був визначений Судом у справі *Ireland v. the United Kingdom*, застосовуючи попереднє рішення Комісії у справі Греції, наступним чином:

«Накопичення ідентичних або аналогічних порушень, які є достатньо численними та взаємопов'язаними, щоб становити не просто окремі випадки або винятки, а закономірність або систему».

39. Що стосується другого компонента, толерантності з боку офіційної влади, Комісія та Суд чітко визначили, що хоча акти катувань і жорстокого поводження є незаконними, вони можуть толеруватися начальством безпосередніх виконавців, які можуть знати про оскаржувані дії, але не вживати жодних заходів, або вищими органами державної влади, які не мають права стверджувати, що вони не знають про існування такої практики.

40. Якщо буде встановлено, що оскаржувані дії становлять адміністративну практику, це має процесуальні та матеріально-правові наслідки.

По-перше, правила вичерпання призупиняються, оскільки Комісію або Суд не просять виносити рішення щодо кожної справи, висунутої в якості доказу або ілюстрації такої практики. Докази щодо цих справ розглядаються, однак, як частина *загальної оцінки*.

По-друге, з точки зору суті, рівень санкціонування практики вважається центральним для оцінки будь-якого порушення та його серйозності. Чим вищий орган санкціонує або толерує дії, тим серйознішим є порушення.

2. Про відповідні ролі Комісії та Суду щодо встановлення фактів

41. У системі Конвенції, що діяла до 1 листопада 1998 року, відповідно до пункту 1 статті 28 та статті 31, встановлення і перевірка фактів були головним чином справою Комісії у світлі всіх наявних у неї матеріалів. Хоча Суд постановив, що він не пов'язаний висновками Комісії щодо фактів і що він залишається вільним у своїй власній оцінці у світлі всіх наявних у нього матеріалів, лише за виняткових обставин він може здійснювати свої повноваження у цій сфері. Такі *виняткові обставини* можуть виникнути, зокрема, якщо Суд після ретельного вивчення доказів, на яких Комісія зробила свій висновок, встановить, що факти не були доведені поза розумним сумнівом.

У зв'язку з цим, посилаючись на справу *Ireland v. the United Kingdom*, Суд часто додавав, що такі докази можуть впливати із співіснування достатньо сильних, чітких і узгоджених висновків.

Суд також підкреслював, що гостро усвідомлює власні недоліки як суду першої інстанції, особливо коли стикається з суперечливими і конфліктними фактичними описами подій, коли йому бракує детального і безпосереднього ознайомлення з відповідними умовами, коли свідки не з'являються або не дають свідчень, коли вони з'являються, а також коли відсутнє детальне розслідування на національному рівні.

3. Щодо релевантності обов'язку розкривати інформацію загалом, при перегляді та у міждержавних справах

42. Наголосивши на фундаментальній важливості обов'язку держав-учасниць відповідно до статті 28 Конвенції (нині стаття 38 Конвенції) співпрацювати з установами Конвенції, Суд у своєму первинному рішенні підкреслив, що *«поведінка сторін під час отримання доказів має бути взята до уваги»*.

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

43. Хоча запит на перегляд не може бути визначений з огляду на розвиток прецедентного права щодо поняття катування (*див. пункт 11 вище*), обов'язок держав-учасниць співпрацювати з Судом і розкривати відповідні докази, закріплений у самій Конвенції, був чітко визначений, коли було винесено перше міждержавне рішення. Регламент Суду, який зараз деталізує обов'язок повного співробітництва, лише кодифікує те, що вже застосовувалося в 1976-1978 роках, про що свідчить первинне рішення у справі *Ireland v. the United Kingdom*.

44. У контексті скарг за статтею 3 Конвенції, поданих затриманими, існують численні приклади висновків, зроблених Судом з поведінки держав-відповідачів під час отримання доказів та їхньої відмови розкрити інформацію або співпрацювати. На підтримку цього стандарту «висновків, що мають бути зроблені»/«поведінки сторін» постійно цитується справа *Ireland v. the United Kingdom*.

Візьмемо, наприклад, справу *Timurtas v. Turkey*:

«[...] Суд хотів би підкреслити, що провадження за Конвенцією не у всіх випадках піддається суворому застосуванню принципу *affirmanti incumbit probatio* (той, хто стверджує щось, повинен довести це твердження). [...] Держави повинні забезпечити всі необхідні умови для належного та ефективного розгляду заяв [...]. Провадження у справах такого роду, де заявник-фізична особа звинувачує державні органи у порушенні його конвенційних прав передбачає, що в деяких випадках лише держава-відповідач має доступ до інформації, здатної підтвердити або спростувати ці звинувачення. Ненадання урядом інформації, яка знаходиться в його розпорядженні, без задовільного пояснення причин може не тільки негативно вплинути на рівень дотримання державою-відповідачем своїх зобов'язань за пунктом 1(а) статті 38 Конвенції (колишнім пунктом 1 (а) статті 28 Конвенції), проте й дати підстави для висновків щодо обґрунтованості цих тверджень. У зв'язку з цим Суд повторює, що поведінка сторін може братися до уваги при отриманні доказів (*Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, Series A no. 25, pp. 64-65, § 161)».

45. У справі *Ahmet Ozkan and Others v. Turkey* Суд чітко вказав, що держави повинні надати всі відповідні докази, а не лише документи, про існування яких відомо Суду та Комісії, і які можуть бути прямо запитані:

«Дійсно, не можна сказати, що Уряд не відреагував з необхідною ретельністю на подання документів після того, як вони були чітко визначені і запитані Комісією. Однак Суд також вважає, що пасивна позиція Уряду щодо надання документів, які перебували в його розпорядженні і які, безсумнівно, мали фундаментальне значення для з'ясування спірних фактів, а також нездатність Уряду надати ці документи за власною ініціативою на набагато більш ранній стадії провадження, була – в кращому випадку – *надзвичайно некорисною*».

13

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

46. Причина, чому обов'язок розкриття інформації є настільки важливим у справах за статтею 3 Конвенції, що стосуються затриманих та заяв про катування або жорстоке поводження, вже пояснювалася у *Грецькій справі* та була підтверджена Комісією у справі *Ireland v. the United Kingdom*.

Як зазначила Комісія у *Грецькій справі*, «оскільки катування і жорстоке поводження, як стверджується, відбуваються в місцях, що перебувають під контролем поліції або військової влади, докази, що свідчать про правдивість або неправдивість таких тверджень, знаходяться, як правило, в межах компетенції або під контролем цих органів влади». Крім того, будь-які «передбачені судові засоби правового захисту, як правило, виявляються неефективними через складність отримання доказової бази, а адміністративні розслідування або не проводяться, або, якщо і проводяться, то, швидше за все, будуть половинчастими й неповними».

Ключовим моментом завжди було те, чи не завадила відмова надати інформацію взагалі, повністю або вчасно, інститутам Конвенції розглянути справу або не дозволила встановити факти. Якщо інформація стосується самої суті справи, Суд очікував достатніх пояснень щодо її ненадання. Розкриття медичних даних про фізичний і психічний стан затриманих регулярно ставало предметом суперечок. Справа в тому, що належному функціонуванню Суду або належному веденню провадження в ньому не повинні створюватися перешкоди, і Суд повинен бути в змозі виносити рішення з цього питання, маючи повне уявлення про факти.

47. Наслідки нерозголошення також були центральним питанням у багатьох заявах про перегляд, які Суд прийняв до розгляду. Наприклад, у *Pennino v. Italy*, згаданий у § 92 рішення про перегляд, Суд чітко зазначив, що «сторони зобов'язані довести до відома Суду всі відповідні факти, які були отримані в національному правовому контексті, зокрема, якщо ці факти є вирішальними для результату справи». Справи *Gardean and S.C. Grup, Cernescu and Manolache* та *Hertzog* є аналогічними прикладами.

48. Обов'язки розкривати інформацію та співпрацювати були не менш важливими у міждержавних справах, як до, так і після винесення первинного рішення.

У справі *Georgia v. Russia* Суд повторив стандарт доведення «поза розумним сумнівом», встановлений у міждержавних справах, прямо посилаючись на рішення у справі *Ireland v. the United Kingdom*, і пояснив його:

«Метою [Суду] ніколи не було запозичення підходу національних правових систем, які використовують цей стандарт у кримінальних справах. Роль Суду полягає в тому, щоб

14

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

виносити рішення не про вину за кримінальним правом або про цивільну відповідальність, а про відповідальність держав-учасниць за Конвенцією. Специфіка його завдання за статтею 19 Конвенції – забезпечити дотримання Високими Договірними Сторонами своїх зобов'язань щодо забезпечення конвенційних прав – обумовлює його підхід до питань доказів і доказування. У провадженні в Суді не існує процесуальних бар'єрів щодо прийнятності доказів або заздалегідь визначених формул їх оцінки. Він приймає висновки, які, на його думку, підтверджуються вільною оцінкою всіх доказів, включаючи такі висновки, які можуть впливати з фактів і подань сторін. Згідно з усталеною прецедентною практикою, докази можуть впливати із співіснування достатньо сильних, чітких та узгоджених висновків або подібних неспростованих презумпцій факту. Більше того, рівень переконливості, необхідний для досягнення певного висновку, і, у зв'язку з цим, розподіл тягара доведення нерозривно пов'язані з конкретністю фактів, характером висунутого твердження і конвенційного права, про яке йдеться».

Потім Суд повторив, що у справах, в яких існують суперечливі свідчення про події, Суд неминуче стикається при встановленні фактів з тими ж труднощами, з якими стикається будь-який суд першої інстанції. Коли Уряд-відповідач має виключний доступ до інформації, здатної підтвердити або спростувати твердження Уряду-заявника, відсутність співпраці з боку Уряду-відповідач без задовільного пояснення може дати підстави для висновків щодо обґрунтованості тверджень Уряду-заявника. Якщо факт приховування інформації встановлено, сильна презумпція працює на користь Уряду-заявника, особливо якщо висновки або висновки про факти є результатом серйозних, послідовних розслідувань і підтверджуються іншими джерелами. Хоча справи, про які щойно йшлося, були розглянуті після винесення попереднього рішення, всі вони відображають принцип ефективного співробітництва, закріплений у статті 38 Конвенції (*раніше – у статті 28*). Повага до цього принципу вважається невід'ємною умовою ефективного розгляду заяв за статтями 33 і 34 (*раніше статтями 24 і 25*).

49. Чи припиняється обов'язок розкривати відповідну та доступну інформацію та співпрацювати з інституціями Конвенції у збиранні доказів та встановленні фактів через те, що держава-відповідач не оскаржила висновки Комісії про застосування катувань? Здається, що рішення про перегляд принаймні частково ґрунтується на цій ідеї. Однак Суд чітко вказав, що він має юрисдикцію переглядати незаперечні висновки. Таким чином, відсутність оскарження з боку Сполученого Королівства не могла бути підставою для Сполученого Королівства або Суду, який вирішив повторно розглянути центральне питання і здійснити свою юрисдикцію, ігнорувати принципи, що мають фундаментальне значення для авторитету Суду і виконання ним своїх завдань за статтею 19 Конвенції.

49. Чи припинився обов'язок розкривати відповідну та доступну інформацію та співпрацювати з інституціями Конвенції у збиранні доказів та встановленні фактів через те,

15

що держава-відповідач не оскаржила висновки Комісії про застосування катувань? Здається, що рішення про перегляд принаймні частково ґрунтується на цій ідеї. Однак Суд чітко вказав, що він має юрисдикцію переглядати незаперечні висновки. Таким чином, відсутність оскарження з боку Сполученого Королівства не могла бути підставою для нього або Суду, який вирішив повторно розглянути центральне питання і здійснити свою юрисдикцію, ігнорувати принципи, що мають фундаментальне значення для авторитету Суду і виконання ним своїх завдань за статтею 19.

Е. Розгляд рішення щодо перегляду справи

50. Умови правила 80 є чіткими: 1) факт(и), на які посиляється Суд, мають бути невідомими Суду на час винесення первинного рішення; 2) ці факти не могли бути обґрунтовано відомими Уряду-заявнику на той час; 3) Уряд-заявник повинен був дізнатися про ці факти упродовж шести місяців, що передували поданню ним заяви про перегляд рішення.

1. Перший пункт, що стосується медичних доказів

(а) Медичні докази – нові факти?

51. Визнавши, що 6-місячний строк був дотриманий, палата одноголосно дійшла висновку, що документи, які містили нові факти, на які посилався Уряд-заявник, не могли бути відомі їй до трансляції телеканалу *RTE* від 4 червня 2014 року (§§ 86-90 та §§ 93-95 рішення про перегляд). У § 89 рішення про перегляд чітко зазначено наступне (виділено нами):

«Ця вимога стосується ситуацій, в яких новий факт, що є підставою для подання заяви про перегляд, міг бути відомий стороні ще до винесення первинного рішення, а не, як у цій справі, через тривалий час після завершення первинного провадження».

52. Вивчивши документи, подані у зв'язку з частиною медичних доказів, більшість визнала, що вони надають достатні *prima facie* докази на підтримку позиції Уряду-заявника. Цей висновок означає, що частина медичних доказів буде розглянута з огляду на те, чи могли наявні документи та нові факти, які вони розкривають, мати вирішальний вплив на первинне рішення.

53. Однак, дійшовши такого висновку про достатність доказів *prima facie*, більшість довго пояснювала свої «сумніви» щодо нових фактів і доказів, на які вона спиралася.

На думку більшості: «нові» факти щодо медичних свідчень доктора L. з'явилися після слухань у Комісії (§109); нові медичні свідчення стосувалися пана S.K., який, однак, не був одним з двох ілюстративних випадків, щодо яких доктор L. давав свідчення Комісії (§109);

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

нові свідчення щодо пана S.K., який помер невдовзі після того, як був оглянутий доктором L. у 1975 році, не мають значення, оскільки вони просто доводять його попереднє погане самопочуття, не є доказом узагальнених довгострокових наслідків і не свідчать про те, що заяви, зроблені щодо наслідків застосування п'яти методів, вводили в оману або були зроблені недобросовісно (§ 109); нові докази, що детально описують медичні огляди інших затриманих, які вказували на те, що метод допиту мав довгострокові серйозні наслідки, а також дискусії, що відбувалися, які призвели до врегулювання національних судових розглядів з відшкодування шкоди, вважаються нерелевантними або такими, що вже були відомими (§§ 110-111).

54. З усією повагою я не погоджуюся з аналізом моїх колег щодо первинної справи та матеріалів, поданих у розділі медичних доказів на підтримку запиту про перегляд.

По-перше, це правда, що свідчення доктора L. та інших осіб, які вказують на визнання довгострокових, серйозних, психіатричних наслідків п'яти методів, з'явилися після слухань у Комісії. Однак первинний розгляд справи розпочався 10 грудня 1971 року, коли заяву було подано до Комісії, і завершився 18 січня 1978 року, коли було винесено первинне рішення. Як такі, слухання в Комісії не можуть розглядатися як єдина точка відліку, особливо з огляду на обширні письмові та усні подання, які згодом були подані до Суду в 1976-1977 роках (див. §§ 17-19 вище).

Посилання на конфлікт експертних висновків щодо серйозності психіатричних наслідків застосування п'яти методів *переповнюють* подання сторін до Комісії, аналіз Комісії та аналіз Суду у первинній справі.

Медичні докази, надані доктором L., який наполягав на незначних, короткострокових наслідках, були частиною справи, поданої до Суду, і стали підставою для Комісії заявити, що вона не може зайняти більш чітку позицію щодо довгострокових наслідків.

Це було *центральним моментом* в оцінці Судом інтенсивності страждань затриманих. Свідчення доктора L., надані Комісії, не були змінені або доповнені посиланнями на різні медичні докази, зібрані ним та іншими особами та використані у національних провадженнях, які велися паралельно з провадженнями за Конвенцією як в Комісії, так і в Суді.

55. *По-друге*, хоча також вірно, що нові медичні докази стосуються обстежень панів S.K., B.T. та W.S. і що жоден з цих чоловіків не був одним з двох ілюстративних випадків, розглянутих Комісією, всі вони були серед 14 затриманих, до яких було застосовано п'ять методів. Як чітко зазначено в §§ 11-13 рішення про перегляд і як зазначено в §§ 20-24 вище, перед Комісією і Судом були медичні докази *конкретного характеру* щодо T6 і T13 і

17

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

загального характеру щодо наслідків застосування п'яти методів. Крім того, саме тут рішення про перегляд починає далеко відходити від умов та обсягу первинного рішення. Останнє визнало адміністративну практику щодо 14 затриманих такою, що порушує статтю 3 Конвенції. Порушення не було виявлено лише у двох ілюстративних справах. Крім того, посилення на ілюстративні справи було методом, якому Комісія віддала перевагу з міркувань *процесуальної економії*. Медичні докази, як загальні, так і конкретні, щодо наслідків застосування п'яти методів і будь-якого з 14-ти затриманих, залишалися актуальними, оскільки саме в цьому полягав конфлікт доказів. Крім того, 11 з 14 затриманих були предметом *Доповіді Комптона*, яка була єдиним прямим доказом, поданим Урядом-відповідачем. Крім того, хоча міждержавна справа, в якій йдеться про адміністративну практику, не передбачає винесення Судом рішення щодо індивідуальних порушень прав, передбачених Конвенцією, окремі випадки, які були доведені до його відома, можуть і повинні розглядатися як докази можливої практики. Як Суд чітко зазначив у контексті перегляду у справі *Pennino* та інших справах, згаданих вище, сторони зобов'язані доводити до відома Суду всі відповідні факти, які були встановлені в рамках національної правової системи. Як зазначено в прецедентному праві щодо обов'язку розкриття інформації (*див. §§ 42-48 вище*), активна допомога та співпраця є необхідною умовою для ефективного здійснення інституціями Конвенції своєї юрисдикції. Підхід більшості до ілюстративних справ має викликати занепокоєння в майбутніх та очікуваних міждержавних справах і не тільки.

56. *По-третє*, на думку більшості, стан здоров'я пана S.K. був таким, що медичні докази щодо нього слід розглядати як нерелевантні при оцінці загального впливу п'яти методів. Однак, згідно з прецедентним правом, оцінка поведінки за статтею 3 Конвенції за своєю природою є *відносною*. Вона залежить від обставин, тривалості, фізичних і психічних наслідків, а в деяких випадках – від статі, віку та стану здоров'я (*див. § 131 рішення з перегляду та § 162 оригіналу*). Більшість обирає, які з перелічених факторів вона вважає релевантними, з якою метою і коли вона надасть їм релевантності. У цій частині рішення про перегляд стан здоров'я ув'язненого не вважається релевантним для оцінки довгострокових наслідків застосування п'яти методів, тоді як пізніше, в §§ 134-135, релевантність довгострокових наслідків для загальної оцінки застосованого поведінки знижується або виключається. Однак, якщо фактори, перелічені у § 162 первинного рішення і на які з тих пір спирається практика за статтею 3 Конвенції, мають відношення до оцінки того, чи був перетнутий мінімальний поріг за статтею 3 Конвенції, вони також мають і мали відношення до загальної оцінки оскаржуваного поведінки. Стан здоров'я пана S.K. був зафіксований у медичній документації слідчого ізолятора у Баллікеллі, але п'ять методів все одно були застосовані. Крім того, помилково зводити аргумент Уряду-заявника до недобросовісності доктора L. або до поведінки з одним із затриманих, паном S.K. Як зазначалося раніше, держава-заявник дуже чітко зазначає, що свідчення доктора L.

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

вписуються, яна її думку, в більш широку загальну картину і позицію, прийняту Урядом-відповідачем у первинному провадженні.

57. Нарешті, хоча документи, що стосуються врегулювання національних проваджень, можливо, не є визначальними, вони ілюструють характер і вплив нових стверджуваних фактів, а саме, що серйозність і тривалість психічних та фізичних наслідків п'яти методів після того, як вони більше не застосовувалися, були по-різному представлені перед Комісією і Судом, з одного боку, і в контексті національних проваджень, з іншого боку. Докази серйозних і довготривалих наслідків застосування п'яти методів з'являлися стосовно інших затриманих, окрім пана S.K. (наприклад, панів B.T. and W.S.) упродовж періоду, охопленого первинним провадженням, аж до винесення Судом свого первинного рішення. Ці нові докази зазначені у пп. 111 рішення про перегляд, але знову відхиляється, оскільки *«жоден із згаданих чоловіків не був серед ілюстративних справ»*. З причин, викладених у § 55 вище, ця аргументація не витримує критики. Більше того, під час провадження в Комісії Уряд-заявник критикував той факт, що, хоча Уряд-відповідач отримав усі докази, на яких ґрунтуються скарги, він не надав жодних спростовуючих доказів щодо кількох ілюстративних справ та відмовився надати факти, які були досліджені, та докази, отримані в ході цих національних проваджень. Деякі з цих нерозкритих матеріалів зараз знаходяться на розгляді Суду.

58. З огляду на процедуру встановлення фактів, встановлену в первинному провадженні, проведення цього провадження та спосіб, у який вони були покладені в основу аргументації, прийнятої в первинному рішенні, сумніви, висловлені в §§ 109-113 рішення про перегляд, є *необґрунтованими та дивовижними*.

(b) Медичні докази – вирішальний вплив

59. У рішенні про перегляд відповідний критерій встановлюється наступним чином:

«З мотивування, викладеного у первинному рішенні, має бути зрозуміло, що Суд не дійшов би до конкретного висновку, якби йому було відомо про справжній стан справ».

Як зазначалося раніше, посилаючись на усталену практику перегляду (див. § 15 вище), процедура, аргументація та висновки мають значення при оцінці того, чи дотримано цього критерію.

60. У рішенні про перегляд підкреслюються два моменти, які ніколи не ставилися під сумнів у заяві про перегляд. По-перше, відмінність між нелюдським та таким, що принижує гідність, поведінням та катуванням ґрунтується на інтенсивності завданих страждань. По-друге, оцінка різного ступеня інтенсивності страждань повинна залежати від ряду

19

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

елементів. Однак, на думку більшості, оскільки в первинному рішенні не було чітко зазначено питання можливих довгострокових наслідків у правовій оцінці, важко надати особливого значення невизначеності щодо довгострокових наслідків застосування п'яти методів, не кажучи вже про те, щоб надати цьому елементу вирішального впливу. Без вказівки у первинному рішенні на те, що, якби були доведені тяжкі довгострокові психіатричні наслідки, цей єдиний елемент змусив би Суд прийняти інше рішення, більшість вважає, що він не може зробити висновок про те, що нові факти, на які він покладався, могли мати вирішальний вплив (§§ 134-135 рішення про перегляд).

61. Наслідком такої аргументації є ігнорування шляху, який привів до ключових пунктів первинного рішення щодо катувань, применшення значення як змісту, так і наслідків первинного рішення, як наслідок, знецінення доказів, які були доступні Комісії та Суду у відповідний час, і, знову ж таки, ігнорування умов та змісту запиту на перегляд рішення. Більше того, критерій «вирішального впливу» у Правилі 80 адаптований таким чином, щоб припустити, що новий елемент (елементи), на який (які) намагався покластися Уряд-заявник, мав (мали) становити один або вирішальний елемент у його юридичному визначенні катувань.

62. Медичні докази відіграли важливу, навіть центральну роль у справі *Ireland v. the United Kingdom*. Комісія чітко зазначила, що розглядає їх, якщо вони не оскаржуються, як найважливіші об'єктивні докази. Вона дослідила ці докази та їхню цінність для встановлення фактів до того, як розглянула свідчення співробітників сил безпеки та свідків у справі. У рішенні про перегляд визнається, що вплив поводження на жертву був одним з елементів, які розглядалися під час винесення первинного рішення при оцінці того, чи підпадає поводження під дію статті 3 Конвенції, але стверджується, що важливість довгострокових наслідків поводження при розмежуванні нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження і катувань з'явилася лише через роки.

Якою б зручною або поверхнево переконливою не здавалася ця аргументація на перший погляд, вивчення оригінального провадження, оригінального рішення і, власне, особливих думок показує, що вона є помилковою. Судді, які висловили окрему думку, всі з яких були присутні на дебатах, підкреслили сучасний і систематичний характер застосовуваного поводження, а також центральне місце в судовому обговоренні мети і наслідків поводження:

«Визначення катувань [Комісії та Суду] зосереджуються на наслідках відповідних дій для жертви».

Крім того, природа *нефізичних катувань* та *наслідки сильного психологічного тиску* не були новими для інститутів Конвенції, які вже розглядали такі особливості у *Грецькій справі*.

20

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

63. Тепер ми знаємо, що медичні докази довгострокових психіатричних наслідків застосування п'яти методів були доступні, але не були розкриті ні Комісії до публікації її доповіді, ні Суду упродовж двох років, коли справа перебувала на його розгляді (див. §§ 21-27 і §§ 109-112 рішення з перегляду).

Заява про перегляд не ставила під сумнів юридичне визначення катувань, надане Судом у 1978 році. Вона не мала на меті встановити, що якби Суд у 1978 році мав у своєму розпорядженні те, що зараз має Суд у 2018 році, він би змінив своє юридичне визначення катувань або особливу стигматизацію, пов'язану з катуваннями. Натомість запит на перегляд мав на меті встановити, що, застосовуючи це правове визначення до обставин цієї справи, Суд не відійшов би від фактичної оцінки Комісії щодо наслідків застосування п'яти методів та інтенсивності страждань, яких зазнали жертви внаслідок їх застосування.

Нові докази впливу п'яти методів на затриманих, а також численні докази масштабу, характеру та мети нерозголошення інформації зробили б дуже важким, якщо не неможливим, заперечення одностайного висновку Комісії про застосування катувань в обставинах цієї справи. Тепер зрозуміло, наприклад, що неявка певних свідків або відмова інших відповідати на запитання була зумовлена не тільки і не стільки міркуваннями їхньої безпеки. Немає сумнівів, що Суд у 1978 році був, відповідно до статті 55 Конвенції, *«господарем своєї процедури і своїх правил і мав повну свободу в оцінці не тільки прийнятності та належності, але й доказової сили кожного представленого йому доказу»*.

Однак ця юрисдикція також поширювалася б на оцінку впливу доказів, які не були надані суду, з'ясування причин, чому ці докази не були розкриті, і прийняття рішення про те, як після розкриття вони доповнюють загальну картину довгострокових фізичних і психічних наслідків застосування цих п'яти методів.

Рішення не кваліфікувати застосоване поводження як катування ґрунтувалося на оцінці Судом ступеня інтенсивності заподіяних страждань. Однак більшість, як видається, обмежує цю оцінку психічними та фізичними стражданнями під час самого допиту, виключаючи значення фізичних та психічних наслідків. Я з усією повагою не погоджуюся з їхнім аналізом первинного рішення в цьому відношенні. Питання, що стосуються тяжкості наслідків та інтенсивності страждань, були чітко оцінені з посиланням на наявні медичні докази. *Конфлікт доказів* щодо довгострокових наслідків застосування п'яти технік виник просто тому, що, як ми тепер знаємо, *не всі докази були розкриті*.

2. Друга частина, що стосується доказів про нерозголошення

(a) Докази про нерозголошення – нові факти?

64. Чи були нові факти, розкриті на підтримку другої умови, невідомі Уряду-заявнику та Суду на час винесення первинного рішення?

65. Що стосується Уряду-заявника, то в рішенні щодо перегляду це питання безпосередньо не розглядається. Знову ж таки, з §§ 89, 93-94 рішення щодо 6-місячного строку можна зробити висновок, що якщо Уряд-заявник дізнався про «нові факти» або про документи, що містять ці нові факти, у червні 2014 року, він не міг знати про них у січні 1978 року. Використання в рішенні про перегляд «передбачуваних нових фактів» та «потенційно нових фактів, що можуть розкрити», як видається, є засобом підірвати на цій ранній стадії розгляду справи доказову силу (або «новизну») того, що вважається прийнятним для дотримання шестимісячного строку.

66. Що стосується Суду, то в рішенні про перегляд робиться висновок, що факти, викладені в документах, на які посилалися на підтримку умови про нерозголошення, були відомі Суду, коли в січні 1978 року було винесено первинне рішення (*§ 118 рішення про перегляд*). Коротко кажучи, більшість, схоже, дійшла висновку, що розкриті документи можуть бути новими, але факти, які вони розкривають, не є новими. Крім того, на думку більшості, те, про що Уряд-заявник, можливо, стверджував, але не знав – і не міг довести – у 1978 році, було відомо Суду, коли він виносив первинне рішення.

67. Висновок більшості у § 118 рішення про перегляд є *вражаючим*. Оскільки Суд у 1978 році «висловив жаль» з приводу позиції Уряду-відповідача (див. *§ 148 первинного рішення*) і, побічно, тому, що Уряд-відповідач не оскаржив Комісії висновки про катування, обмеження щодо нерозголошення руйнується.

І тут я з усією повагою не погоджуюся з моїми колегами.

Документи, що містять нові факти або матеріали, підсумовані в §§ 22-43 рішення про перегляд справи. Вони говорять самі за себе. Достатньо зазначити, що деякі документи свідчать про те, що знання і санкціонування п'яти методів було на рівні *міністрів*. Як зазначено у *Грецькій справі* (див. *§ 40 вище*), цей рівень повноважень мав би відігравати *центральну роль* в оцінці серйозності будь-якого порушення, що впливає з існування або застосування тієї чи іншої адміністративної практики.

Документи також свідчать про те, що один з міністрів Уряду в той час, коли справа перебувала на розгляді Суду, посилався на «рішення про застосування катувань у Північній Ірландії» (*§ 43 рішення про перегляд*). Державний секретар з питань оборони швидко

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

запропонував більш підходящий, нейтральний варіант формулювання, віддавши перевагу «рішенню про застосування поглибленого допиту».

З точки зору загальної оцінки обставин операції «Деметріус» і застосування п'яти методів, обидва ці документи, хоча і не є визначальними, є новими і дуже актуальними. У примітках до документів Міністерства закордонних справ та у справах Співдружності наведено думку одного чиновника: «Ми завжди говорили, що Страсбургу не можна дозволяти впливати на те, що є правильним і необхідним у Північній Ірландії» (§ 41).

Інші матеріали вказують на те, що Постійний наказ про функціонування центру допитів у невідомому місці був призначений лише для інформації Генерального аторнея.

Більшість вважає за краще розглядати документи, викладені в §§ 22-43 рішення про перегляд, з точки зору судової стратегії Уряду-відповідача (див. § 114 рішення про перегляд), незважаючи на неодноразові посилання на можливість нанесення шкоди звинуваченням або висновкам проти Уряду Її Величності або окремих його членів у змові (див. матеріал, відтворений у §§ 31, 33 і 38 рішення про перегляд).

Незважаючи на цей новий матеріал, і незважаючи на *стандарт висновків*, встановлений у *Грецькій справі* та справі *Ireland v. the United Kingdom*, який, як правило, працює на шкоду стороні, що чинить перешкоди, більшість доходить висновку, що відповідні факти «не були невідомі Суду» в 1978 році.

68. Незалежно від того, чи могло чи не могло знання цих документів та їхнього змісту розглядатися як таке, що могло мати вирішальний вплив у відповідний час, мені важко зрозуміти, як Суд міг знати у 1978 році про факти, які, як він визнав у § 89 рішення про перегляд, містилися в документах, раніше засекречених, і які могли бути відомі державі-заявнику лише через тривалий час після завершення первинного провадження. Відхилення вимоги про нерозголошення з причин, викладених у §§ 114-118, має мало спільного з первинним провадженням, з тим, як Комісія отримала, оцінила і встановила факти, з перешкодами, що виникли на цьому шляху, або навіть з міркуваннями, яких дотримувався Суд у 1978 році на шляху до висновку, викладеного в §§ 167 і 168 первинного рішення, на який зараз виключно покладається більшість.

69. Раніше я вже згадував про рішення у справі *McKenna*, винесене Високим судом Північної Ірландії у жовтні 2017 року. Ця справа стосувалася процесуального обмеження статей 2 і 3 і необхідності або відсутності ефективного розслідування щодо поводження з 14-ма затриманими. Вона була подана до цього суду після виявлення і на основі архівних матеріалів, які зараз знаходяться у провадженні ЄСПЛ. Хоча об'єкт обох проваджень є різним, досліджені матеріали є схожими або ідентичними.

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

Стосовно архівних матеріалів суддя Макгуайр заявив, що до них необхідно ставитися «з певною обережністю», оскільки:

«Не може бути жодного серйозного аргументу на користь того, що суд отримує повну, а не часткову картину подій. Очевидно, що існувало і, можливо, досі існує багато інших документів, яких суд не бачив».

Крім того, суддя Макгуайр вважає, що слід також мати на увазі, що багато документів, які розглядав національний суд, походять з іншої епохи. Незважаючи на цю дуже мудру і законну обачність, детально розглянувши фактичні обставини, а також великий документальний матеріал, який був наданий Високому суду, і перш ніж звернутися до закону, суддя Макгуайр заявив, що «існують докази, які підтверджують думку про те, що інформований дозвіл був наданий заздалегідь одним, якщо не двома міністрами Кабінету міністрів, а також Міністром внутрішніх справ Північної Ірландії». За його словами, рівень обізнаності особи, яка надала дозвіл, був питанням, яке було «значною мірою витонченим в офіційній лінії» на момент первинного розгляду справи. Крім того, стверджується, що після детального допиту 12-ти затриманих, але перед застосуванням методів до двох інших у жовтні 1971 року, Міністр був проінформований про допит та спостерігав за демонстрацією п'яти методів.

Як зазначалося раніше, правові питання, що постали перед Високим судом у справі *McKenna* та цим судом відповідно до Правила 80, відрізняються. Тим не менш, оцінка обома судами наявних архівних матеріалів і фактів, що містяться в них, помітно відрізняється. Іншими словами кажучи, важко зрозуміти, як цей Суд знав як встановлені факти в 1978 році те, що інші підозрювали, але раніше не могли довести, поки архівні матеріали не були розсекречені, знайдені та зібрані.

(b) Докази про нерозголошення – вирішальний вплив

70. На мою думку, Палата могла і повинна була розглянути обидві частини заяви про перегляд за критерієм *вирішального впливу*. Роблячи це, можна було б стверджувати, що незалежно від того, які нові факти або докази зараз знаходяться перед нами – докази, які не були розкриті Комісії або Суду в період між 1971 і 1978 роками – жоден з них не змінив би рішення Суду 1978 року про скасування одностайного висновку Комісії про катування і встановлення натомість порушення, пов'язаного з нелюдським і таким, що принижує гідність, поводженням.

Суд 1978 року, як зазначено у рішенні про перегляд, вирішив скористатися нагодою, наданою передачею справи *Ireland v. the United Kingdom*, щоб переконатися, що існують

24

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

градації поводження, що спричиняє страждання, що охоплюються статтею 3 Конвенції, і що катування відповідає *найтяжчій* формі поводження.

У 2018 році також можна було б відкрито визнати, що Суд у 1978 році не бажав визнавати Сполучене Королівство, батька-засновника системи Конвенції, відповідальним за порушення, на яке покладено *особливу стигму*.

71. Однак навіть такий підхід, що характеризується «*realpolitik*», може бути оскаржений. У своєму первинному рішенні Суд заявив, що він діє на основі «всіх наявних у нього матеріалів, незалежно від того, чи походять вони від Комісії, Сторін або інших джерел, і, за необхідності, отримує матеріали *proprio motu*» (§ 161 первинного рішення).

Ми знаємо, що Суд не отримав матеріал *proprio motu*, і тепер ми знаємо, що матеріали, які були в його розпорядженні та в розпорядженні Комісії, були *неповними* в кількох важливих і одному вирішальному відношенні.

Як зазначалося раніше, запит на перегляд не мав на меті змінити юридичне визначення катувань, дане Судом у 1978 році. Скоріше, він мав на меті встановити, що нові докази щодо характеру та інтенсивності страждань, які спричинялися п'ятьма методами, у поєднанні з висновками, які Суд чітко заявив, що він зробить з приховування та перешкоджання – про які він тепер має докази – можуть мати або мали б мати *вирішальний вплив*.

Принаймні, за наявності нових доказів, що наразі перебувають у розпорядженні Суду, видається *неминучим*, що перед тим, як скасувати беззаперечне, одностороннє рішення свого органу з встановлення фактів, який бачив і перехресно допитував свідків та перевіряв доказову цінність доказів, що перебували в його розпорядженні упродовж багатьох років, Суд у 1978 році повинен був би отримати нові докази *proprio motu*. У протилежному випадку, як зазначалося у § 184 оригінального рішення, він ризикував дійти «*надзвичайно хитких висновків*».

72. Крім того, не можна забувати, що рішення Суду здійснити свою юрисдикцію у зв'язку з беззаперечним фактом катування було мотивовано тим, що його рішення «роз'яснюють, захищають і розвивають норми, встановлені Конвенцією, сприяючи тим самим дотриманню державами зобов'язань, взятих ними як Договірними Сторонами (стаття 19 Конвенції)». Важко уявити, як Суд, маючи у своєму розпорядженні обширний матеріал, який зараз є в розпорядженні Палати з перегляду, може вважати, що ігнорування цього матеріалу та виявлених ним перешкод сприятиме дотриманню стороною, яка чинить перешкоди, або будь-якою іншою Договірною Стороною взятих на себе зобов'язань.

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

73. Рішення у справі *Ireland v. the United Kingdom* дало перше визначення катувань за статтею 3 Конвенції та залишається знаковим у цьому відношенні. Однак це також була перша міждержавна справа, яка дійшла до судового розгляду. Більшість у цій справі не розглядала питання про те, чи міг суд, який тоді перебував у зародковому стані, дозволити собі бути безцеремонним, коли мова йшла про обов'язок Договірних Сторін співпрацювати з органами Конвенції з метою забезпечення ефективного функціонування системи Конвенції.

Як Суд чітко зазначив у справі *Georgia v. Russia № 1* специфіка його завдання за статтею 19 Конвенції обумовлює його підхід до питань доказів і доказування у міждержавних справах, а також до питань нерозголошення та перешкоджання. Суд, який покликаний втручатися до політичних і надзвичайно чутливих міждержавних справ, знає, що запліскування очей на політику широкого розкриття інформації та перешкоджання розслідуванню загрожує визначеності та авторитету його власних рішень – цінностям, які також покликаний захищати принцип правової визначеності – і тому закриває очі на політику широкого розкриття інформації та перешкоджання розслідуванню.

Г. Заключні зауваження

74. Більшість обрала надзвичайно вузьку версію того, з чим мав справу Суд у 1976-1978 роках, і виключила або значно звузила релевантність проваджень Комісії та Суду, що призвело до того, що два заключні абзаци оригінального рішення майже повністю покладаються на нього. Мимоволі, для того, щоб відхилити запит на перегляд, аргументація, якій віддала перевагу більшість, подекуди применшує зміст і статус первинного рішення.

Принцип правової визначеності справедливо визнається як такий, що має фундаментальне значення. Однак, як видається, у цій справі він був використаний трьома особливими способами.

По-перше, більшість виходила з того, що лише *абсолютної впевненості* щодо альтернативного результату – встановлення факту катувань з огляду на нові розкриті матеріали – було б достатньо для скасування первинного судового рішення. Звідки впливає цей стандарт, ніколи не пояснюється.

По-друге, адаптовано критерій «*вирішального впливу*» у Правилі 80. На думку більшості, для того, щоб умови Правила 80 були виконані, необхідно було продемонструвати, що докази того, що довгостроковий вплив п'яти методів був би *єдиним* або *вирішальним* елементом, який привів би суд до висновку про наявність катувань. У § 135 рішення з цього приводу спостерігається значний ступінь *судової акробатики*.

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

По-третє, існує припущення, що *абсолютна впевненість*, про яку йшлося вище, також мала б супроводжуватися (майже) однотайним висновком про катування. Проте, особливо у чутливих справах думки Пленуму або Великої Палати часто розділяються. Насправді питання полягало в тому, чи призвели б оприлюднені зараз матеріали, якби вони були відомі у відповідний час, до того, що 5 з 13 суддів, які складають більшість, перейшли б через зал засідань. Більшість прагнула визначеності там, де може бути застосована лише ймовірність.

75. З причин, викладених вище, я вважаю, що так і було б. Обидві частини заяви про перегляд розкривають нові факти, які були невідомі як Суду, так і державі-заявниці на момент винесення первинного рішення.

Ці нові факти свідчать про: (1) наявність у держави-відповідача медичної експертизи, яка вказує на довгострокові серйозні психічні наслідки застосування п'яти методів, а отже, про відсутність конфлікту доказів щодо цього важливого питання, пов'язаного з інтенсивністю пережитих страждань; 2) існування, характер, масштаби та мету політики нерозголошення та перешкоджання з боку держави-відповідача.

Також з причин, викладених вище, я вважаю, що ці нові факти могли або могли б мати вирішальний вплив при розгляді Судом питання про те, чи повинен він підтвердити або скасувати однотайний висновок Комісії про застосування катувань. Не слід забувати, що це був висновок, який держава-відповідач, до її честі, на той час не оскаржувала.

76. У 1978 році Суд вирішив не робити певних висновків з того, що стверджувалося, але не могло бути доведено через поведінку держави-відповідача. У 2018 році більшість Палати вирішила проігнорувати більш широку картину, яка зараз є в її розпорядженні, на тій підставі, що *принцип правової визначеності* повинен переважати.

Однак важко зрозуміти, яким чином правова визначеність опинилася під загрозою у справі, де порушення статті 3 Конвенції у будь-якому випадку було встановлено, де держава-відповідач не оскаржувала висновки Комісії про катування і де запит на перегляд мав на меті не поставити під сумнів встановлені правові принципи, а скоріше їх застосування за обставин первинної справи, які тепер продемонстровані *належним чином*.

77. На мою думку, саме Суд і система Конвенції, а не держава-відповідач, перебували під пильною увагою в контексті цього запиту про перегляд. Я шкодую, що мої колеги в залі не змогли або не захотіли цього побачити. Перегляд повинен залишатися винятковим випадком, і запити повинні, коли це доречно, відхилятися на підставі цілком законного і фундаментального принципу правової визначеності.

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

Однак у цій справі важко уникнути враження, що саме Суд намагався сховатися за цим принципом.

Роблячи це, він ризикував завдати шкоди авторитету прецедентного права, який цей принцип покликаний захищати, і випустити з уваги свої власні обов'язки відповідно до статті 19 Конвенції.

Я можу лише з жалем зробити висновок – так само, як і мій попередник у первинній справі – що в загальному підході первинного та переглянутого рішень є багато такого, що має утримувати держави-члени від посилання на статтю 33 Конвенції, і, на жаль, багато такого, що заохочуватиме майбутні держави-відповідачі, на яких можна буде посилатися на цю статтю.

Ireland v. the United Kingdom (2018 revision)
Dissenting Opinion of Judge O'Leary



28

IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov



IRELAND V. THE UNITED KINGDOM (2018 revision)
DISSENTING OPINION OF JUDGE O'LEARY

Translated by Dmytro Yagunov

