М ПРОТИ НІДЕРЛАНДІВ

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

ТРЕТЯ СЕКЦІЯ

СПРАВА М ПРОТИ НІДЕРЛАНДІВ

(Заява № 2156/10)

© Переклад з англійської мови та опрацювання цього рішення здійснено:
адвокатом, членом ВККСУ, Президентом Спілки адвокатів України, першим проректором Вищої школи адвокатури, доцентом кафедри кримінального процесу НЮУ ім. Я. Мудрого, кандидатом юридичних наук, доцентом,
заслуженим юристом України
Олександром Дроздовим
начальником відділу дослідження проблем прокурорської діяльності у сфері міжнародного прав та впровадження практики ЄСПЛ науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України, кандидатом юридичних наук
Веронікою Плотніковою
адвокатом, кандидатом юридичних наук, головним науковим співробітником відділу дослідження проблем прокурорської діяльності у сфері міжнародного прав та впровадження практики ЄСПЛ науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України, директором Адвокатського бюро «Дроздова та партнери»
Оленою Дроздовою
адвокатом
Юлією Корчевською

Офіційне цитування:
CASE OF M v. the Netherlands
(Application no. 2156/10)
Офіційний текст англійською мовою:
http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175667

РІШЕННЯ

СТРАСБУРГ

25 липня 2017 року

ОСТАТОЧНЕ

25/10/2017

Рішення набуло статусу остаточного відповідно до пункту 2 статті 44 Конвенції. Текст рішення може підлягати редакційним виправленням..

COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

М ПРОТИ НІДЕРЛАНДІВ

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

У справі М. проти Нідерландів,

Європейський суд з прав людини (Третя Секція), засідаючи Палатою, до складу якої увійшли:

Хелена Жадерблом, *Голова,*
Бранко Лубарда,
Луіс Лопес Гуерра,
Хелен Келлер,
Пере Пастор Віланова,
Алена Полачкова, *судді,*
Егберт Майер, спеціальний *суддя,*
І Фатос Арачі, *Секретар,*

після обговорення за зачиненими дверима 4 липня 2017 року,

постановляє таке рішення, що було ухвалено у той же день:

ПРОЦЕДУРА

1. Справу розпочато за заявою (№ 2156/10) проти Королівства Нідерландів, яку було подано до Суду на підставі статті 34 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод («Конвенція») громадянином Нідерландів, паном М («заявник»), 7 січня 2010 року. Голова Секції задовольнив прохання заявника про нерозголошення його імені (Правило 47 пункту 4 Регламенту Суду).

2. Заявника представляли А. В. Еікелбом та М. Пестман, обидва юристи, які практикують у Амстердамі. Уряд Нідерландів («Уряд») був представлений його Агентом і Заступником Агента, Р.А.А. Бокер і К. Адхін Міністерства закордонних справ.

3. Заявник скаржився, зокрема, на те, що у кримінальному провадженні проти нього було порушено статтю 6 §§ 1 та 3 (b), (c), а також (d) Конвенції, тому, що AIVD (*Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst,* Служба розвідки і безпеки Нідерландів) мала вирішальний контроль над доказами, у такий спосіб обмежуючи його доступ і доступ національних судів до інформації, яка містилася в документах, та контролюючи її використання, а також перешкоджаючи йому дати інструкції своєму захиснику та ефективному ознайомленню з доказами.

4. 2 грудня 2014 року вищезгадані скарги заявника були доведені до відома Уряду, а решта заяви була оголошена недопустимою.

5. Суддя Йоханнес Сілвіс, суддя, обраний від Королівства Нідерландів, відмовився від участі у справі (Правило 28 Регламенту Суду). Відповідно, 21 травня 2015 року Голова Секції призначив

М ПРОТИ НІДЕРЛАНДІВ

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

Егберт Майер для участі в якості *спеціального* судді (стаття 26 § 4 Конвенції та Правило 29 § 1 Регламенту Суду).

ФАКТИ

І. ОБСТАВИНИ СПРАВИ

6. Заявник народився в 1970 році та проживає в Хоутен.

А. Вступ

7. Заявник був найнятий AIVD як аудіоредактор і перекладач. На цій посаді він мав доступ до інформації з обмеженим доступом (*gerubriceerde informatie*), яку він був зобов’язаний не розголошувати особам, що не мають такого доступу.

8. Виникла підозра, що заявник передав копії документів з обмеженим доступом особам поза службою, у тому числі в окремих випадках особам, які перебували під негласним розслідуванням AIVD в зв'язку з можливою терористичною діяльністю.

9. 30 вересня 2004 року заявника було заарештовано. Він був звинувачений у розголошенні державної секретної інформації особам, які не мали права ознайомлюватись із нею, та взятий під варту (*voorlopige hechtenis*).

10. AIVD повідомив заявника в письмовій формі, що він все ще перебував під зобов'язанням зберігати таємницю. Отже, було б логічним для подальшого кримінального обвинувачення, якби він не обговорював питання, що охоплюються його обов'язком зберігати державну таємницю, включаючи його захисника.

11. Захисник заявника був також попереджений, що вони можуть бути притягнуті до відповідальності, у разі розголошення державної секретної інформації третім особам.

Б. Провадження у Місцевому суді

12. Провадження було розпочато Місцевим судом Роттердаму (*rechtbank*) 10 січня 2005 року. Розгляд було відкладено декілька разів.

13. Захисник заявника, оскаржив обмеження, що впливають на спілкування між ними та заявником, що в їхньому розумінні підривали ефективність захисту. Вони також попросили деякі документи, які мають бути додані для повного формування справи: а саме, внутрішній

звіт AIVD, який був основою провадження, та був повністю відсутній у справі, а також документи, які нібито були розголошені, та які були додані до матеріалів справи у відредагованій формі із прихованими частинами. Крім того, вони повторили прохання, заявлене раніше в письмовій формі, про звільнення заявника від обов'язку зберігати державну таємницю, з метою здійснення захисту (*vrijwaring*).

14. Прокурор (*officier van justitie*) оголосив, що деякі з документів, але не усі, які просила надати сторона захисту, будуть долучені до справи, але відмовився безумовно звільнити заявника від його обов'язку зберігати державну таємницю.

15 24 січня 2005 року Місцевий суд постановив рішення, яким передав справу слідчому судді, на якого було покладено обов’язок провести розслідування таким чином, щоб пом'якшити та компенсувати, наскільки це можливо, обмеження, якими була зв’язана сторона захисту.

16. 4 березня 2005 року Керівник AIVD повідомив заявника у письмовій формі, що спілкування з питань, охоплених його обов'язком зберігати державну таємницю, було дозволено, при умові дотримання наступних умов:

1. Йому буде дозволено обговорювати подібні питання лише зі своїм захисником, Бохлер та Пестман;
2. Йому не було дозволено розкривати особи будь-кого з персоналу AIVD або працівників;
3. Він міг обговорювати лише "те, що [містилося] у матеріалах справи";
4. Цей виняток охоплював лише інформацію, яка була необхідна для захисту;
5. Цей виняток був дійсним лише до постановлення остаточного рішення у справі у внутрішньому провадженні.

Лист продовжується:

> «З метою уникнення будь-якого непорозуміння, я підкреслюю, що це звільнення від обов'язку зберігати державну таємницю не поширюється на захисника підозрюваного. У тому випадку, коли захисник бажає скористатися інформацією, отриманою від підозрюваного в цілях захисту М., то це має бути зроблено шляхом консультації із слідчим суддею. Слідчий суддя за наслідком цього буде визначати, чи стоються (відповіді на) питання яким-небудь чином кримінального провадження (*strafvorderlijk van belang*). Якщо це так, то AIVD буде вирішувати, яку частку цьому разі складає державна таємниця».

17. 1 квітня 2005 року Голова AIVD звернувся до слідчого судді з наступним:

> «... Я надаю великого значення тому, щоб підозрюваний (*verdachte*) мав змогу захистити себе адекватно щодо діянь, у скоєнні яких він підозрюється. Це означає, що для цього йому доведеться проконсультуватися зі своїм захисником.

М ПРОТИ НІДЕРЛАНДІВ

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

З цією метою мною надано підозрюваному умовне звільнення від його обов'язку зберігати державну таємницю. Ці умови є необхідними і відповідають інтересам національної безпеки. Існує певне протистояння у цих рамках, тобто в (більш широкому) звільненні (за проханням) від обов'язку зберігати державну таємницю та інтересами національної безпеки. В решті решт, AIVD має можливість лише виконувати свій статутний обов'язок у встановлених межах секретності. У даному разі важливими є три критерії, а саме, що AIVD повинен забезпечувати секретність поточних рівнів розслідування, його джерел та методів роботи. Це критичні межі, що можуть розглядатися в якості практичного застосування так-званого критерію «ставлення під загрозу» в прецедентному праві Європейського суду з прав людини.

...

... Застосовуються дві додаткові умови:

1. звільнення від покладеного на нього обов'язку зберігати державну таємницю (заявника) стосується виключно спілкування між підозрюваним, його юристами Бохлер та Пестман, прокурором З. та судом, та

2. може застосовуватись в стінах офісів слідчого судді або у присутності суду під час закритого засідання.

...

Сторони у провадженні повинні надіслати свої запитання та інші клопотання до вас [тобто слідчому судді]. Потім перевірте чи питання і клопотання мають процесуальне значення (*strafvorderlijk belang*) у межах даного провадження, як ви зазначили мені відносно трьох питань, порушених захисником. З метою підтвердження, ви надаєте мені можливість вирішити чи сам по собі *текст* питань може завдати шкоди національній безпеці.

У (можливо найбільш імовірному) випадку, якщо питання самі по собі не можуть завдати шкоди національній безпеці, відповідь може бути надано у звичному форматі, тобто у формі офіційної доповіді AIVD ...

Крім того, і якщо учасники провадження вважатимуть це за необхідне, більш конкретні відповіді можуть бути надані за допомогою, наприклад, заслуховування свідків. Можливо, зайве, але зауважу, що застосовується розділ 86 (2) Закону про Службу розвідки та безпеки 2002 року (*Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten*).

У тому випадку, якщо лінія допиту (*vraagstelling*) сама по собі здатна становити загрозу національній безпеці, моєю відповідальністю, відповідно до розділу 15 Закону про Службу розвідки та безпеки 2002 року, буде забезпечення секретності інформації, яка повинна залишитися такою згідно до класифікації цієї інформації. Враховуючи викладене, я пропоную вам не розміщувати цю інформацію, після того, як я класифікував її, у матеріали справи, і просити місцевий суд розглянути ці питання під час закритого засіданні. На моє переконання, вищевикладені процедурні пропозиції забезпечують інтереси усіх учасників провадження, беручи до уваги інтереси, пов'язані з національною безпекою.

...

М ПРОТИ НІДЕРЛАНДІВ

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

Другою умовою та явною для мене умовою є те, що підозрюваному не має бути дозволено розголошувати особистості членів AIVD або його персоналу. Уся інформація, яка, незалежно від того, окремо, чи у поєднанні з іншою інформацією, може привести до ідентифікації членів AIVD або його персоналу, підпадає під дію другої умови для звільнення [від обов'язку зберігати державну таємницю].

...

Що стосується третьої і четвертої умов, я притримуюсь позиції, що вони теж досить зрозумілі: [заявник] звільняється від свого обов'язку зберігати державну таємницю віч на віч з його захисниками Б. Бехлер і М. Пестман, у тому разі, коли консультування між підозрюваним та його захисниками [д-р] Бехлер та Пестман, стосується злочинів, у яких йому звинувачують. У випадку, якщо захисник бажає обговорити документи з підозрюваним, які вони можуть прагнути додати до матеріалів справи, третя та четверта умови повинні означати, що документи повинні бути релевантними та безпосередньо необхідними для захисту у цій справі та можуть бути додані до справи. [Ці вимоги] відповідності і прямої необхідності також застосовується до підготовки запитів та заперечень.

Що стосується останньої умови: якщо та коли така процедура стає реальною можливістю, я прийму рішення, на відповідний запит, чи є можливим звільнення від обов'язку зберігати державну таємницю, умовно чи безумовно.

...

По-четверте, ви попросили мене відреагувати на свідків, які викликаються захисником. Я припускаю, що ви маєте на увазі членів AIVD. Я притримуюсь думки, що це, перш за все, питання кримінального процесу, прокурор визначила у своєму листі, що питання, які би хотів поставити захисник, відносяться перш за все до методів роботи AIVD, поширення розголошеної інформації, та внутрішнього розслідування щодо цього. Я можу погодитись з позицією прокурора, що відповіді на ці питання вірогідно, можуть бути надані мною або моїм заступником під час заслуховування свідків. Чи може бути надана відповідь та наскільки розгорнутою вона буде в розрізі інтересів національної безпеки, буде залежати від кожного окремого питання. Тому я змушений просити попередньо надати у моє розпорядження усі питання, що мають бути поставлені, щоб міністри юстиції та внутрішніх справ і справ Королівства могли вирішити разом у визначені строки щодо застосування статті 86(2) Закону про Службу розвідки та безпеки 2002 року.

Що стосується можливого допиту членів AIVD у якості свідків, я хотів би попросити вас зробити можливим, відповідно до статті 187c Кримінального процесуального кодексу в процесу, надати особливий доступ додатковому члену AIVD. Ця особа здатна враховувати інтереси національної безпеки в межах кожного конкретного питання протягом допиту. Це також дозволить стороні захисту ставити "похідні питання", які виникатимуть із питань, раніше поданих у письмовій формі. Заслуховування свідків, таким чином, на мій погляд, значно прискорить хід провадження – принаймні, в частині заслуховування свідків – так присутній (додатковий) член AIVD у багатьох випадках зможе майже одразу прийняти рішення чи може бути надана відповідь на поставлені похідні питання. Таке прискорення провадження, на мій погляд, стане на користь всім

сторонам провадження. Я готовий радити міністрам юстиції, внутрішніх справ, справ Королівства, керуючись розділом 86(2) Закону про Службу розвідки та безпеки 2002 року, прийняти це рішення.

... »

18. 15 квітня 2005 року Місцевий суд постановив рішення, у якому, ураховуючи думку прокурора, відмовився зробити безумовний виняток. Він висловив думку, що жодної корисної мети не буде досягнуто надавши дозвіл заявникові ідентифікувати його захисникові співробітників AIVD та інформаторів. Інтереси заявника були належним чином захищені настільки, наскільки виняток, що розповсюджувався на інформацію, був необхідним для його захисту. Місцевий суд зобов'язав слідчого суддю заслухати тринадцять свідків, зазначених поіменно та сім свідків, зазначених за кодовим іменем або номером. Суд відмовив у клопотанні заслухати п'ятнадцять інших свідків, зазначених за номерами, та одного названого поіменно свідка, залишивши це рішення для слідчого судді, після того, як було заслухано окремого свідка, члена AIVD персоналу на ім'я Б. Що стосується частково затемнених документів, місцевий суд зазначив, що він також запобіг встановленню чи містили ті документи секретну інформацію за змістом в статей 98 і 98a Кримінального кодексу (*Wetboek van Strafrecht*, див. нижче); тим не менше, інтерес обвинувачення щодо збереження секретності переважав.

19. Названого свідка Б. було заслухано 23 травня 2005 року та 6 червня 2005 року. Виявляється, він відмовився відповідати на деякі питання, з міркувань обов'язку зберігати державну таємницю.

20. Стало відомо, що 9 червня 2005 року слідчий суддя вирішив відмовити у заслуховуванні шістнадцяти свідків, викликаних захистом через брак часу (*agendatechnische redenen*).

21. 17 червня 2005 року слідчим суддею було прийнято рішення, що непоіменовані свідки, заслуховування яких було дозволено, будуть заслухані у більш секретному місці, з використанням сильного маскування і обладнання, що спотворює голос. Представник AIVD і юрисконсульт від Держави буде присутній в доповнення до сторін обвинувачення і захисту.

22. Стороною захисту було подано заперечення проти рішення слідчого судді від 17 червня 2005 року у Місцевому суді, заявляючи також, що вони не будуть співпрацювати у жодному заслуховуванні свідків, проведеному у секретному місцерозташуванні. Вони також заявили про звільнення від обов'язку зберігати державну таємницю тих свідків, які вже були заслухані, та заслухати їх знову.

23. Місцевим судом було проведено закрите (*in camera)* судове засідання 5 липня 2005 року. Сторона захисту дотримувалась своєї

попередньої позиції, яка була спрямована на виправдувальний вирок, за умови виявлення потенційних джерел витоку не пов‘язаних із заявником, і демонстрації того, що документи, які були розголошено, не містять державної таємниці. Вони також прагнули встановити відношення заявника до його роботи на AIVD. Ця стратегія передбачала допит колишніх безпосередніх колег, а нередаговані копії документів, що були предметом спору, стали доступними для захисту і суду.

24. 8 липня 2005 року Місцевий суд ухвалив рішення про допит двох далі названих свідків, але залишив без задоволення заперечення захисту у іншому.

25. 14 липня 2005 року стороною захисту було оскаржено дії двох суддів з судової палати, які також брали участь у прийнятті рішення від 8 липня 2005 року, оспорюючи за різними підставами, що позиції, прийняті в останньому рішенні визначили результат розгляду.

26. Наступного дня, 15 липня 2005 року, у задоволенні скарги було відмовлено, і судовий розгляд було відновлено. Захист клопотав долучити до матеріалів справи документи, у тому числі усі ті, що були наявні у заявника. Місцевий суд направив справу слідчому судді для допиту свідків, допущених до слухань, оскільки їх ще не було заслухано, і зобов’язав прокурора додати до матеріалів справи документи за описом – який мав бути складений AIVD – з документів, виявлених у заявника.

27. Допит свідків відбувався у різні дати. Так як вони були непоіменованими членами персоналу AIVD, вони були ідентифіковані за номерами; вони були сильно замасковані, а також поміщені у конструкцію, яка залишала видимою тільки верхню частину їх тіла; крім того, їхні голоси були змінені. Заявник заявляє, що неможливо було розрізнити їх жести та міміку. Крім того, він стверджує, що була присутня посадова особа AIVD, який мав змогу вплинути – і дійсно вплинув – а саме, запобіг відомим та непоіменованим свідкам надати відповіді на частину запитань, поставлених стороною захисту, і що це було дозволено слідчим суддею.

28. Судовий розгляд було відновлено 30 серпня 2005 року. Не знайшовши жодних підтверджень того, що інформацію AIVD було розголошено іншою особою, Місцевий суд знову відмовив у допиті відомого свідка та п'ятнадцяти непоіменованих свідків. Щодо співробітників AIVD, які відмовились розголошувати відповідну інформацію, виходячи зі свого обов'язку зберігати державну таємницю, суд постановив, що остаточне рішення про те, чи дозволяти це, покладено на суд, що розглядає справу, проте виявив, що він не може встановити точні межі, як того вимагало обвинувачення.

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

29. Судове засідання було відновлено 6 та 7 жовтня 2005 року. Заявник не було заявлено жодних клопотань.

30. 30 листопада 2005 року судовий розгляд було відновлено. Сторона обвинувачення та захисту зробили свої заключні заяви.

31. Місцевий суд постановив рішення 14 грудня 2005 року. Він визнав заявника винним і засудив його до чотирьох років і шести місяців позбавлення волі.

C. Провадження в Апеляційному суді

32. Заявник подав у скаргу до Апеляційного суду (*gerechtshof)* в Гаазі.

33. Апеляційне провадження відкрито 28 вересня 2006 року. Серед іншого, захисник заявника оскаржував відмову у суді першої інстанції у безумовному звільненні від обмежень, яке дозволило б заявнику та його захиснику безперешкодно спілкуватися; заслуховування непоіменованих свідків під сильним маскуванням, у закритій конструкції, яка частково приховувала їх від очей, і з використанням зміни голосу, навіть у випадку, коли вони були колишніми безпосередніми колегами заявника; утримання свідків від показань, на підставі їх обов'язку зберігати державну таємницю у якості співробітників AIVD; та відмову від забезпечення письмових доказів, які було витребувано захистом. Генеральний адвокат (*advocaat-generaal*) висловив пропозицію AIVD дозволити незалежному експерту побачити нередаговані документи і звіт AIVD та повідомити про їх зміст; запропонований експерт раніше був членом з комісії, призначеної для розслідування внутрішнього функціонування самої AIVD. Захист заперечував, на тій підставі, саме через цю обставину даний експерт не буде незалежним.

34. Апеляційний суд ухвалив попереднє рішення 12 жовтня 2006 року. Його обґрунтування включало наступне:

> «Обов'язки зберігати державну таємницю, що випливають із Закону про Службу розвідки та безпеки 2002 року, застосовуються тільки для винятків, визначених у цьому законі. Висновком є те, що лише можливість, передбачена статтею 86 (1) цього закону пропонує рішення для наявної ситуації заявника.
>
> Інтереси національної безпеки, які захищаються Законом про Службу розвідки та безпеки 2002 року та статтею 98, а також Кримінальним кодексом, знаходяться на шляху повного звільнення від зобов'язання секретності за бажанням захисту і повного звільненні від переслідування за розголошення державної таємниці, що має надавати Державна прокуратура. Очевидно, що зазначений обов'язок зберігати державну таємницю становить собою обмеження на – як правило, без виключень – безперешкодне і конфіденційне консультування між підозрюваним і його адвокатом, і що у разі, якщо воно

М ПРОТИ НІДЕРЛАНДІВ

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

залишається в силі у повному обсязі, це стане перепоною для справедливого судового розгляду. У даній справі підозрюваному та його двом захисникам було надано звільнення від цього обов'язку AIVD під умовами, виходячи з останнього розділу Закону про Службу розвідки та безпеки 2002 року. Умови, згідно до яких надається таке звільнення, та усі з яких стосуються інтересів на національної безпеки у відношенні інтересів захисту в цьому кримінальному провадженні, Апеляційний суд вважає ані обґрунтованими у рамках інтересів національної безпеки, ані застосованими у рамках інтересів захисту.

...

Нарешті, це той випадок, коли підозрюваний і захист, якщо вони вважають, що залишений їм простір у зазначеному звільненні не є достатнім для здійснення захисту відповідно до вимог Конвенції, і вони вважають, зі свого боку, що він/вони повинні порушити його/їх обов'язки зберігати державну таємницю і це дозволено умовами, що регулюють таке звільнення, можуть клопотати про виправдання (*rechtvaardigingsgrond*), а саме просити належного захисту в значенні статті 6 Конвенції. Генеральний адвокат дав зобов'язання на слуханні 28 вересня 2006 року не переслідувати підозрюваного в судовому порядку за порушення обов'язку зберігати державну таємницю, як і його адвоката, як визначив Апеляційний суд, якщо таке порушення було б виправдано правами захисту, гарантованими статтею 6 Конвенції.»

I

«Апеляційний суд визначив, що клопотання захисту [про доступ до внутрішніх матеріалів розслідування AIVD] включає в себе усі дослідження, зроблені AIVD після того, як стало відомо, що третя особа, тобто С., мав доступ [копію документа AIVD, що містив інформацію з обмеженим доступом]. З матеріалів справи не випливає, що ці внутрішні розслідування були викладені в будь-якому звіті. Матеріали справи містять кримінальні скарги (*aangiftes*), основані на цих розслідуваннях.

Слід зазначити в першу чергу, що клопотання захисту не стосується документів, що знаходяться у розпорядженні Прокуратури у розумінні статті 30 Кримінального процесуального Кодексу; жодному з учасників судового розгляду не відомо про зміст внутрішніх розслідувань, за винятком того, що було заявлено свідками у цьому відношенні, і того, що викладено в зазначених кримінальних скаргах. Таким чином, відсутнє порушення принципу «рівності сторін» («equality of arms»)[1].

Окрім питання, чи не буде AIVD, зважаючи на свій обов'язок та відповідальність ..., готовий подати свій звіт чи будь-які письмові документи, що стосуються свого внутрішнього розслідування, до прокуратури з метою долучення до справи, має бути розглянуте питання, чи можуть ці документи, які не надходять від жодного слідчого органу, бути належними для захисту.

Захист у даному випадку не заявляв, як окремо показано, що матеріали, зібрані AIVD в рамках його внутрішнього розслідування були отримані незаконно чи є недостовірними, а зазначив лише про те, що документи і відомості, що були надані, були прийняті безумовно (*voor zoete koek aangenomen*) спочатку Управлінням внутрішніх розслідувань Національної поліції (*Rijksrecherche*), а потім Державною прокуратурою, і з ними не можна ознайомитись.

[1] На англійській мові в оригіналі.

М ПРОТИ НІДЕРЛАНДІВ

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

> Апеляційний суд приймає попередню позицію – не бажаючи передбачати остаточне рішення [щодо питання справедливості суду] – що зазначені матеріали можуть бути оцінені на основі показань свідків, хоча і в частині, що стосується працівників AIVD, з урахуванням деяких обмежень в силу їх обов'язку зберігати державну таємницю».

Він відзначив «особливу напруженість між фундаментально протилежними інтересами», а саме інтересом заявника як обвинуваченого у кримінальному провадженні, і національним інтересом у збереженні таємниці інформації AIVD, але відхилив заперечення, висунуті на користь заявника. Рішення містить зобов'язання Генерального адвоката не переслідувати за порушення обов'язку зберігати державну таємницю, як і його адвоката, як визначив Апеляційний суд, якщо таке порушення було б виправдано правами захисту, гарантованими статте 6 Конвенції (*gerechtvaardigd is door een beroep op artikel 6 EVRM*). Було зобов'язано прокуратуру подати певні офіційні звіти, але не нередаговані документи AIVD, які вимагав захист.

35. Апеляційний розгляд було відновлено 12 лютого 2007 року. Заявник заявив, що він може, на свій захист, розкрити державну таємницю. Це спонукало Апеляційний суд виключити громадськість від допиту заявника, незважаючи на заперечення.

36. В ході допиту його адвокатом заявник зазначив імена конкретних співробітників AIVD; вони не відображаються в офіційному записі судового розгляду. Генеральний адвокат протестував проти зазначення даних імен, оскільки вони не були раніше вказані у матеріалах справи, що, на його думку, не було виправдано статтею 6 Конвенції, і оголосив про свій намір переслідувати, у разі якщо заявник "перетне ці межі" (*mocht hij die grenzen overschrijden*). Адвокат заявника відповів, що захисту потрібні ці імена для того, щоб вирішити, чи можна викликати зазначених осіб у якості свідків зі сторони захисту і зазначив, що громадськість була виключена. Після того як головуючий вирішив, що Генеральний адвокат має бути уповноважений висловитися щодо допустимості запитань, поставлених заявникові його адвокатом, заявник заявив, що він протягом решти частини слухань буде дотримуватись обов'язку зберігати державну таємницю. Після цього слухання було відкрито для громадськості.

37. 14 лютого 2007 року адвокат заявника Петсман надіслав Генеральному адвокату листа факсом, до якого був прикладений список запитань, які він і Бехлер хотіли б поставити заявнику на посилення сторони захисту. Ці питання стосувалися методів та процедур роботи AIVD та її членів. Одне питання просило заявника ідентифікувати окремих членів AIVD у рукописній анонімній

організаційній діаграмі поіменно. У інших питаннях, просили заявника назвати імена інших членів AIVD крім нього самого, хто б мав доступ до документів, які були розголошені.

38. Розгляд було продовжено 15 лютого 2007 року. Генеральний адвокат оголосив про свій намір здійснювати судове переслідування заявника, у разі, якщо він надасть відповіді на питання поіменування джерел AIVD, надаючи розуміння методів роботи AIVD або стосовно затемнених частин відредагованих документів. У відповідь на заперечення з боку захисту, Апеляційний суд, посилаючись на своє попереднє рішення від 12 жовтня 2006 року (див. пункт 34 вище), в якому було визначено, що якщо заявник вважає, що порушення його обов'язку зберігати державну таємницю буде здійснено в інтересах його захисту, він матиме право, якщо це підтверджено, клопотати про належний захист у значенні статті 6 Конвенції та виправдання. Рішення про підтвердження, однак, належало виключно Прокуратурі і виключало суди.

39. Апеляційний суд виніс рішення 1 березня 2007 року. Він скасував рішення про Місцевого суду на процесуальних підставах, у результаті чого рішення Місцевого суду не може набрати законної сили, визнати заявника винним і засудити його до чотирьох років позбавлення волі.

40. Суд керувався наступними обставинами:

1. Заява заявника в судовому засіданні Апеляційного суду (12 лютого 2007 року), про те, що:
   a. Він працював у AIVD і, відповідно, мав у своєму розпорядженні документи, згадані у звинуваченні;
   b. Був знайомий з деякими суб’єктами особисто;
   c. Мав записані імена та адреси, знайдені в його адресній книзі;
   d. Мав один із документів (доповідь по телефону) у своєму будинку, а також у своєму кабінеті на роботі;
   e. Він знав ім‘я іншого суб’єкта.
2. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 29 вересня 2004 року, заява про вчинення кримінального правопорушення, подана від імені чинного керівника AIVD, з якої було виявлено, що одна з осіб (О.) була обізнана про те, що є суб'єктом провадження. Зокрема, О. виявляється володіє копією у документа щодо цього. Цей документ був поширений серед «десятків людей» у AIVD. Заявник згадується по імені.
3. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 5 жовтня 2004 року, заява керівника AIVD про те,

що секретний документ AIVD (копія перехоплення телефонного звіту) був виявлений під час обшуку у заявника вдома. Ім'я людини, яка надрукувала його, як правило, були б вказано в документі , але, як видається, було вилучено.

4. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 5 жовтня 2004 року, заяву посадової особи AIVD про те, що документ, який показали йому співробітники поліції є секретним, і що одною з осіб, яким він був наданий, був заявник.

5. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 28 жовтня 2004 року, заяву посадової особи AIVD, що стосуються розслідувань, проведених самою AIVD, виявлена на жорсткому диску домашнього комп'ютера заявника. Це визначено інформацією, що компрометує заявника. Зокрема, заявник визнається таким, що повідомив ціль розслідування про його здійснення AIVD.

6. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 4 листопада 2004 року, заява посадової особи AIVD про те, що факс вилучений у об'єкта розслідування, був розшифровкою перехопленого телефонного дзвінка, здійсненого заявником. Зміст документа виявляє специфічні методи, що використовуються AIVD в пов'язаних з тероризмом розслідуваннях. Документ ідентичний до знайденого документа у столі заявника, який містив ID заявника.

7. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 31 січня 2005 року, заява посадової особи AIVD про те, що розголошена інформації є державною таємницею, чутливою інформацією, та відноситься до поточних заходів AIVD для збору інформації про терористичні групи.

8. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 30 вересня 2004 року, з якої видно, що заявник був затриманий в той же день і мав у розпорядженні адресну книгу.

9. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 4 жовтня 2004 року, який зазначає, що речі (конверти, щоденники, звіт про телефонні дзвінки, письмові нотатки, дискети, компакт-диски і комп'ютери) були вилучені у заявника вдома. Більше деталей не наводиться.

10. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 4 жовтня 2004 року, про список речей, вилучених в будинку суб'єкта розслідування.

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

11. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 6 жовтня 2004 року щодо обшуку офісу заявника і опису державних секретних документів, знайдених в його столі. Один з них є ідентичним документу, знайденому в розпорядженні у об'єкта розслідування; інший ідентичний документу, знайденому в будинку заявника (хоча, й ID заявника була стерта). Ці документи визначені чинним керівником AIVD як державна таємниця.
12. Розшифровка сторінки з адресної книги заявника, що містять імена в арабськими буквами, визначені експертом AIVD як імена об'єктів розслідування.
13. Копія записки, знайденої в адресній книзі заявника.
14. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 8 жовтня 2004 року про те, що два (неназвані) членів AIVD класифікували список речей, вилучених у заявника вдома (пункт 9 вище) в якості державної таємниці.
15. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 8 жовтня 2004, що ідентифікує осіб, зазначених у звіті телефонних дзвінків.
16. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 12 жовтня 2004 року, що ідентифікує розшифровку з перехопленої телефонної розмови як тотожний документу, знайденому в заявника на робочому столі.
17. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 27 ї жовтня 2004 року про те, що документ, знайдений під час пошуку будинку об'єкта розслідування (К.) був ідентичний секретному документу, знайденому в заявника на робочому столі.
18. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 29 грудня 2004 року, що стосуються арешту іншого суб'єкта розслідування (О.), якого було виявлено із секретними документами AIVD. О. заявив, що вони були відправлені його другу анонімно поштою. Огляд жорсткого диска заявника показав електронний лист із запитанням до друга (С.Б.) чи "стала інформація, надіслана йому поштою, у пригоді."
19. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 3 лютого 2005 року. Обшук житла, де також проживав Мохаммед Б., який був пізніше засуджений в убивстві кінорежисера Тео ван Гог, що призвело до викриття, серед особистих речей співмешканця Мохаммеда

В., розшифровки телефонної розмови, яка була частиною розслідування AIVD.

20. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 3 лютого 2005 року. Знайдена в адресній книзі заявника нотатка містила адресу, на яку, вірогідно, вищезгаданий документ було відправлено.

21. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 18 березня 2005 року. Опис документів, знайдених в розпорядженні суб'єкта розслідування К., будинок якого було обшукано, і копії деяких з них були знайдені у володінні суб'єкта О. Усі документи вже згадувались в інших доповідях Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції.

22. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 21 січня 2005 року. Показання посадової особи AIVD, відповідальної за безпеку в IT-системі. Без імені, офіційно ідентифікований тільки номером (05/20040094). Виявляється, що заявник мав доступ до всіх систем, необхідних для роботи в якості аудіо-аналітика, і мав власний ID користувача та пароль.

23. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 21 лютого 2005 року. Показання свідка 05/20040094 про те, що заявник, і лише він один, підготував розшифровку розмови, яку виявили пізніше у володінні об'єкту Н.

24. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 30 вересня 2004 року. Показання заявника, з яких слідує, що заявник був працевлаштований AIVD з 2003 року, отримує щотижневі звіти про хід розслідувань (які класифіковані), підписав в угоду про нерозголошення і знає суб'єктів К. та О., які є друзями його зятя. Він усвідомлює, що О. та К. – цілі розслідування.

25. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 2 жовтня 2004 року. Показання заявника, який впізнає розшифровку перехопленої телефонної розмови, яку він визначає секретною і такою, що не має покидати приміщень AIVD, але яку він забрав додому помилково. Заявник також впізнає і нотатку з ім'ям.

26. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 6 жовтня 2004 року Показання заявника, який визнає нотатку з іменами трьох осіб (О. К. і Х.) і визнає, що йому відомо, що він не повинен брати імена цих осіб

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

додому. Заявник також визнає, що не існує ніякого іншого пояснення виявлення розшифровки з перехопленої телефонної розмови в його офісному столі, ніж те, що він сам поклав її туди.

27. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 7 жовтня 2004 року. Заявник впізнає два звіти про спостереження, які є секретними. Один з них, як стверджується, був знайдений у його кабінеті на роботі.

28. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 26 жовтня 2004 року. Заявник ідентифікує ім'я цілі X. у своїй записці.

29. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 8 листопада 2004 року. Заявник ідентифікує особисті адреси електронної пошти, які він використовував (в його особистій якості від агента бюро подорожей, заснованому в Марокко) і його дружина, відповідно.

30. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 8 листопада 2004 року. Заявник визнає, що розшифровка з перехопленої телефонної розмови носить його ім'я користувача. Ім'я X. на записці відповідає особі X., яка суб'єктом розслідування AIVD; заявник сам визначив його як такого суб'єкта.

31. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 27 жовтня 2004 року. Зразок ДНК відібраний у заявника.

32. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 9 листопада 2004 року. Зразок ДНК відповідає зразку, знайденому на конверті.

33. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 8 листопада 2004 року. Додаткове збіг зразків ДНК виявлено на конверті.

34. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від про 25 березня 2005 року. В один мільярд разів і більше ймовірніше, що збіг зразків ДНК пояснюється наявністю ДНК заявника, аніж наявністю ДНК невідомих людей.

35. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 1 жовтня 2004 року. Особа K. зазначає, що він отримав два конверти, що містять документи, з яких видно, що за ним та іншими людьми з Марокко здійснювалося спостереження.

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

36. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 2 жовтня 2004 року. Ціль К. пояснює, як він отримав два конверти. Перший був надісланий йому за його домашньою адресою. Другий було адресовано йому, але надіслав на домашню адресу другої особи, В1, а передано йому третьою особою – В2.
37. Офіційний запис слідчого судді від 28 червня 2005 року. Ціль К. впізнає надіслані йому документи.
38. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 27 вересня 2004 року. Заява цілі О. О. було відомо, що за ним спостерігають, оскільки його друг К. отримував звіти поштою.
39. Офіційний запис слідчого судді від 28 червня 2005 року. Особа О. визнає, що при затриманні у нього було два аркуші паперу в кишені, які він отримав від одного друга (А.В., «третя особа», зазначеного в документі № 36).
40. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 30 вересня 2004 року. В1 стверджує, що об'єкт К. отримував листи із позначкою про "наші імена". Один з них був відправлений на його адресу (адреса об'єкта К.); другий був направлений на адресу В2. Листи були документами AIVD, з яких видно, що усі троє знаходяться під спостереженням. В1 впізнав документи.
41. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 2 жовтня 2004 року. В2 впізнає конверт відправлений К. з фотокопії.
42. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 2 жовтня 2004 року. В2 описує, як другий лист, адресований К. і О. був отриманий за адресою В1. Він відкрив лист, в якому згадується він і О. Він залишив його К. О. Отримав копію.
43. Офіційний запис слідчого судді від 28 червня 2005 року. В2 впізнав другий лист, названий №. 42. Він передав листа К. і дав копію О.
44. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 18 січня 2005 р. Заява С.Б. (див. під № 18 вище), який визнає, що знає заявника, а також, що він отримав електронне повідомлення від заявника. У квітні або травні 2004 року він отримав в розшифровку перехопленої розмови від заявника.
45. Офіційний запис слідчого судді від 21 червня 2005 року. С.Б. визнає, що отримав електронну пошту від заявника. Він

зізнався, що отримав розшифровку поштою і впізнав її фотокопію.

46. Доповідь Відділу внутрішніх розслідувань Національної поліції від 10 листопада 2004 року. Ціль X. визнає телефонну розшифровку, яку йому надіслали за його домашньою адресою. Він припускає, що його надіслали йому, бо інші цілі ще проживали з батьками.

47. Офіційний звіт Міністерства внутрішніх справ і справ Королівства [яке є міністерством, відповідальним за AIVD], від 15 березня 2005 року, з заявою (на той час) керівника AIVD про те, що тепер стало можливим доповнити захист заявника, пропонуючи документи з меншою кількістю затемнень, але зазначивши, що такі документи надані з місця, що не підлягає розголошенню.

48. Копія з Королівського Декрету визначаючи AIVD поза межами.

49. Лист заявника про призначення членом AIVD (17 жовтня 2003).

50. Офіційний звіт Міністерства внутрішніх справ і справ Королівства, 10 лютого 2010 року, про те, що документи виявлені у володінні третіх осіб під час від розслідування кримінальної справи проти заявника зачіпає поточні антитерористичні операції AIVD і знищення їх секретності ставить під загрозу національну безпеку.

51. Лист керівника AIVD слідчому судді 17 червня 2005 року, на підтвердження, того що ці документи стосуються антитерористичні операції AIVD і ставлять під загрозу національну безпеку, надаючи доступ до розвідки AIVD, джерел і оперативних методів.

52. Офіційний звіт Міністерства внутрішніх справ і справ Королівства, 28 грудня 2006 року, підписаний керівником AIVD, у якому заявляється, що не затемнення частини з окремих документів може завдати шкоди державі, розкриття стану розвідки AIVD, джерел (в тому числі одну людину-джерело) і операційних методів, називаючи іноземні розвідувальні служби, з якими співпрацює AIVD, і розкриття характеру інформації, яка підлягає обміну з цими іноземними службами; визначення цільових організацій та їх членів (стосовно «арабських націоналістичних екстремістів»).

53. Офіційний звіт про перевірку Державної прокуратури з питань боротьби з тероризмом, 29 грудня 2006 року.

М ПРОТИ НІДЕРЛАНДІВ

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

Прокурор особисто вивчив документи нередагованій редакції і знайшов нередаговані частини редагованих документів ідентичними відповідним частинам з самих нередагованих документів.

Фотокопії з адресної книги з запискою і відредаговані AIVD документи були прикладені до рішення.

41. Обґрунтування Апеляційного суду включали наступне:

"Розглядаючи, чи позиції, прийняті службою [тобто AIVD] та / або її членами становили необхідний захист таємниці, і відповідаючи на питання, наскільки обмеження (серед іншого) права на допит свідків є виправданим, інші питання, окрім визначення державної таємниці в більш суворому розумінні цього слова також мають значення. Це видно з тексту пункту з розділу 85 (1) Закону про Службу розвідки та безпеки 2002 року, який накладає на посадових осіб AIVD обов'язок зберігати державну таємницю «без шкоди в розумінні статей 98-98c Кримінального кодексу». Це зобов'язання поширюється на «усю інформацію конфіденційного характеру, про яку йому відомо або має бути відомо». Тільки рішення міністерства, як зазначено в розділі 86(2) Закону позбавляють посадових осіб обов'язку зберігати державну таємницю, якщо він хоче свідчати у якості свідка. Законодавець, таким чином, встановив вибір у "конфлікті ... між інтересами національної безпеки, які можуть імперативно вимагати зберігати в таємниці певні джерела або інформацію, і інтерес у встановленні істини, окрім іншого, ... кримінального провадження» [посилання на історію розробки попереднього закону, скасованого Законом про Службу розвідки та безпеки 2002 року] для зазначених міністрів.

...

Враховуючи вищевикладене, Апеляційний суд постановляє наступне. У доповнення до державної таємниці за змістом статті 98 Кримінального Кодексу є і інші питання, які (на думку AIVD) підпадають під обов'язки зберігати державну таємницю відповідно до статті 85 Закону про Службу розвідки та безпеки 2002 року. Апеляційний суд приходить до висновку на основі того, що викладено в розділі 86 з цього Закону, що це зобов'язання (в основному) переважає над обов'язками одного свідка у кримінальному провадженні. Вивчення Апеляційним судом питання про те, чи співробітник AIVD справедливо відкликає свій обов'язок [секретності] є відірваним від реальності/маргінальним. Існує велика різниця, чи мова йде про те, чи право захисту допитувати свідків матеріально знецінилося, будучи релевантним, на думку Апеляційного суду, чи самі показання цього свідка використовуються у якості доказу».

і

«Інтереси національної безпеки, які мають охоронятись Законом про Службу розвідки та безпеки 2002 року та статтею 98 і, в наступному, Кримінальним кодексом, стоять на шляху надання повного звільнення від обов'язку зберігати державну таємницю за заявою захисту.

Очевидно, що такий обов'язок зберігати державну таємницю є, в деякій мірі, обмеженням на, як правило, повністю, безперешкодно вільне і конфіденційне

спілкування між підозрюваним і його адвокатом і що, якщо б він був необмежений, це завадило б на справедливому судовому розгляду.

Як було постановлено у попередньому рішенні Апеляційного суду від 12 жовтня 2006 року, винятки з обов'язку зберігати державну таємницю викладені виключно у Законі про Службу розвідки та безпеки 2002 року.

Це означає, що ситуація, в якій опинився підозрюваний даній кримінальній справі залишає тільки виняток, передбачений розділом 86 (1) зазначеного Закону».

і

«Генеральний адвокат дав зобов’язання у судовому засідання Апеляційного суду 2 вересня 2006 року не переслідувати [заявника] за порушення обов'язку зберігати державну таємницю [заявником], якщо таке порушення було б виправдано правами захисту, гарантованими статтею 6 Конвенції, з урахуванням вимог пропорційності і субсидіарності, властиве юридичному захисту (*strafuitsluitingsgrond*).

Умови, приєднані до вищезазначеного звільнення, усі з яких стосуються інтересів національної безпеки у відношенні до інтересів захисту в цьому кримінальному провадженні, не є невиправданими на думку Апеляційного суду в рамках інтересів національної безпеки і на переконання Апеляційного суду, не завдали жодної шкоди інтересам захисту».

і

«Апеляційний суд уповноважений тільки відповісти на питання, чи має інформація у даній справи, вважатися "державною таємницею" або інформацією, що стосується національної безпеки, посилаючись на тексти, що містяться в справі, [відповідних документів], у тому об’ємі, у якому ці документи були додані до справи у відредагованій формі додатків до офіційного звіту AIVD від 15 березня 2005 року, [нередагований лист електронної пошти, щодо одного з обвинувачень] і пояснення до цих документів, наданих AIVD, особливо, що містяться в зазначеному офіційному звіті керівника AIVD від 10 лютого 2005 року, та офіційному звіті діючого керівника AIVD від 28 грудня 2006 року, остання доповідь якого перевірялася Державною прокуратурою по боротьбі з тероризмом (*Landelijke Officier v Justitie Terrorismebestrijding*), як випливає з офіційної доповіді останнього від 29 грудня 2006 року.

Апеляційний суд вважає себе спроможним визначити природу і характер такої інформації на основі цих документів, що розглядаються в контексті. Для цього не потрібно, на думку Апеляційного суду, володіти або мати доступ до повністю нередагованих реєстрів інформації. У зв'язку з цим, Апеляційний суд вважав, постановляючи своє попереднє рішення, спрямоване на отримання в подальшому офіційного звіту про тип і характер інтересів національної безпеки у інформації, що міститься в редагованих частинах текстів, щоб отримати оптимальне розуміння природи і характеру інформації. Хоча AIVD, в поданні його офіційного звіту 28 грудня 2006 року (перевіреного Державною прокуратурою з питань боротьби з тероризмом), не у повному обсязі дотримався приписів листа Апеляційного суду, Апеляційний суд, беручи до увагу наявні тексти, розглянуті у сукупності з поясненнями AIVD у своїх офіційних

документах від 10 лютого 2005 року і 28 грудня 2006 року, було отримано задля з'ясування ситуації».

D. Провадження у Верховному Суді

42. Заявник подав касаційну скаргу щодо права (*cassatie*) до Верховного Суду (*Hoge Raad*).

43. Верховний Суд ухвалив рішення 7 липня 2009 року (ECLI: NL: HR : BG7232). Він постановив, що тривалість провадження, була надмірною, і заявник має право на отримання компенсації у формі пом'якшення міри покарання. Тому ним було скасовано рішення Апеляційного суду з технічних причин з метою перегляду покарання, яке він зменшив на два місяці до трьох років і десяти місяців. Однак було зазначено, що апеляція була необґрунтованою. Обґрунтування включали наступне:

> "5.5. Не існує жодних законодавчих положень про виключення із обов'язку зберігати державну таємницю, викладених в розділі 85 Закону про Службу розвідки та безпеки 2002 року у випадку, якщо посадова особа є підозрюваним. Навіть тоді посадова особа зв'язана своїм зобов'язанням секретності, і їй не буде дозволено розголошувати інформацію в порушенні цього зобов'язання.
>
> Якщо, разом з тим, суддя оцінює, чи буде чи ні надаватись відповідь на запит або на юридичне обґрунтування (verweer) заявлене захистом, коли інтерес захисту вимагає, щоб інформація, яка підпадає під обов'язок зберігати державну таємницю була розкрита підозрюваним, суд повинен буде зважити суперечливі інтереси у справі. Керівним принципом (*richtsnoer*) в цьому чи, якщо ця інформація не може бути розкрита в жодному разі, все ще залишається справедливий судовий розгляд за змістом частини статті 6 Конвенції.
>
> Якщо суд, що розглядає справу, приходить до висновку, що це є необхідним, з точки зору гарантії Конвенції, дослідити цю секретну інформацію та урівняти права для захисту [у разі, якщо немає можливості розкрити її][2] не у повній мірі забезпечується наступною процедурою, суд повинен буде визначити, наприклад, заслухавши відповідну посадову особу або посадових осіб AIVD з цього питання, чи обов'язок зберігати державну таємницю має бути непорушно збережено щодо цієї інформації. У такому випадку, слід зробити висновок, що не може існувати справедливого судового розгляду, і обвинувачення доведеться визнати неприйнятним (*zal de funkerv a justitie niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in de vervolging*).
>
> 5.6. У тій мірі, в якій, Апеляційний суд більше зосередився на процедурних межах, аніж тих, про які говорилося вище, він неправильно витлумачив закон (*heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting*). Однак, це не обов'язково призводить до скасування рішення [Апеляційного суду] з наступних причин. ...»

Верховний Суд пішов далі, щоб встановити, чи компенсаційні заходи були достатніми за наявних обставин: була запропонована

[2] Доповнення, зазначене Судом.

можливість заслухати посадових осіб AIVD у якості свідків, не розкриваючи їх особистість, і Апеляційний суд був належним чином поінформований щодо інформації, яка міститься у справі - нередаговані частини документів, офіційні пояснювальні документи, надані AIVD, і перевірка позиції AIVD Державною прокуратурою з питань боротьби з тероризмом – щоб зробити більш правильну оцінку того, чи правильно були віднесені документи до державної таємниці.

II. ВІДПОВІДНЕ ВНУТРІШНЄ ЗАКОНОДАВСТВО

A. Кримінальний кодекс

44. Положення Кримінального кодексу, що мають відношення до справи у Суді є наступними:

Стаття 98

«1. Будь-яка особа, що свідомо надає або робить доступним відомості (*inlichting*), які мають зберігатися в таємниці в інтересах Держави або її союзників, об'єкт, з якого така інформація може бути отримана, або таку інформацію (*gegevens*), особі або органу, не уповноваженому в такому отриманні, має, якщо йому відомо чи повинні бути відомо, що це стосується таких знань, такого об'єкту або такої інформації, бути засудженим до терміну у вигляді позбавлення волі не більше шести років або до штрафу п'ятої-категорії [тобто до 74 000 євро (EUR)]. ... »

Стаття 98c

«1. Така особа має бути засуджена до покарання у вигляді позбавлення волі на строк, що не перевищує шести років або до штрафу п'ятої-категорії:

i. будь-яка особа, яка свідомо надає або робить доступним відості, об'єкт або інформацію, про яку йдеться у статті 98, не будучи належним чином уповноваженою;

ii. будь-яка особа, яка вчиняє будь-які дії з метою отримання відомостей, об'єкта або інформації, передбачених статтею 98, не будучи належним чином уповноваженою; ... »

B. Кримінальний процесуальний кодекс

45. На час оскаржуваних подій, положення Кримінального процесуального Кодексу (*Wetboek v Strafvordering*), що застосовані у справі в Суді, були наступними:

Стаття 190

«1. Слідчий суддя допитує підозрюваних, свідків і експертів для встановлення їх прізвищ та імен, віку, професій і місця проживання або перебування; і підозрюваного для встановлення місця його народження. Якщо особа підозрюваного відома, слідчий суддя допитує свідків і експертів, на предмет того, чи є вони його родичами по крові або по шлюбу, і якщо так, то у якому ступені родинних стосунків.

2. Слідчий суддя може, або *самостійно (ex officio)* або за заявою (*vordering*) прокурора, або за клопотанням підозрюваного або свідка, визначити чи відповідна інформація, про яку йдеться в першій частині не має бути запитувана, якщо є підстави підозрювати (*vermoeden*), що свідок буде обтяжений у зв'язку з прийняттям його показань або буде мати складнощі в здійсненні своєї професії. Слідчий суддя повинен вжити будь-яких заходів, які в розумних межах необхідні для запобігання розкриття цієї інформації.

3. Слідчий суддя зазначає причини, з яких застосовано другу частину, у своєму офіційному протоколі. ... »

C. Закон про Службу розвідки та безпеки 2002 року

46. Положеннями Закону про Службу розвідки та безпеки 2002 року, що стосуються справи у Суді, є такі:

Розділ 6

«1. Служба розвідки і безпеки Нідерландів [тобто AIVD].

2. Завданнями [AIVD] в частині інтересів національної безпеки, є такі:

a. проводити розслідування щодо відповідних організацій та осіб, які, згідно до своїх цілей, або їх діяльності, дають підстави для серйозних підозр (*het ernstige vermoeden*), що вони несуть в собі небезпеку для подальшого існування демократичного правового порядку або для безпеки, або інших вагомих інтересів держави;

b. ...

c. сприяти заходам (het bevorderen van maatregelen) для захисту інтересів, зазначених у підпункті a, у тому числі заходам, спрямованим на забезпечення захисту інформації, яка повинна зберігатися в таємниці в інтересах національної безпеки і тих частин Державної служби і приватних підприємств (bedrijfsleven), які за рішенням Міністрів, відповідальних у даній справі, мають життєво важливе значення для підтримки суспільного життя (de instandhouding van het maatschappelijk leven);

d. проводити розслідування щодо інших країн стосовно до предмету, визначеному Прем'єр-Міністром, Міністром Загальних відносин (*Міністр-Президент, Minister van Algemene Zaken* [Прем'єр-Міністр, виконуючий обидві функції одночасно]), за погодженням з іншими Міністрами, що мають до цього відношення; ... »

Секція 9

М ПРОТИ НІДЕРЛАНДІВ

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

«1. Посадові особи зі [розвідки і безпеки] служб не наділені повноваженнями кримінального розслідування (*bezitten geen bevoegdheid tot het opsporen van strafbare feiten*). ... »

Розділ 12

«1. [розвідки і безпеки] служби є правомочним (*bevoegd*) обробляти інформацію з урахуванням обмеження (*Eisen*), встановлених з цього питання відповідно до даного Закону ...

2. Обробка інформації має здійснюватися тільки з певною метою, і тільки в межах, необхідних для належного виконання цього Закону ...

3. Обробка інформації має здійснюватися відповідно до Закону, належним чином і з належною ретельністю. "

Розділ 15

«Керівники [розвідки і безпеки] служб повинні здійснювати нагляд за:

a. збереженням таємниці інформації, призначеної для цього (daarvoor in aanmerking komende gegevens);

b. збереженням в таємниці джерел, призначених для цього, з яких було отримано інформацію;

c. безпекою осіб, за допомогою яких була зібрана інформація».

Розділ 16

«Керівники [розвідки і безпеки] служб також повинні здійснювати нагляд за:

a. здійсненням необхідних приготувань для забезпечення правильності і повноти інформації, що підлягає обробці;

b. здійсненням необхідних приготувань технічного і організаційного характеру, необхідних для забезпечення безпеки в оброблення інформації від втрати або пошкоджень, і від несанкціонованої обробки;

c. призначенням осіб, які повинні бути уповноважені, для виключення інших, виконувати завдання, призначені в рамках оброблення інформації.»

Розділ 85

«1. Без шкоди статтям 98-98c Кримінального кодексу, кожен, хто бере участь у виконанні цього Закону та, таким чином, вступає у володіння інформацією, конфіденційний характер якої йому відомо або повинно бути відомо (*en daarbij de beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden*) повинні нести обов'язок зберігати державну таємницю, за винятком, коли юридичне положення ставить його перед зобов'язанням розголосити її. ... »

Розділ 86

«1. Обов'язок зберігати державну таємницю посадової особи, що підпадає під дію цього Закону, не застосовується по *відношенню (vis-à-vis)* до людини, якій

посадова особа прямо чи опосередковано підпорядкована, але не більше обсягу, що був затребуваний таким колегою.

2. У разі, якщо посадова особа, визначена в першому абзаці, зобов'язана відповідно до юридичного положення, виступити в якості свідка або експерта, повинен зробити лише заяву про питання, які охоплюються його обов'язком зберігати державну таємницю у межах, до яких відповідний Міністр і Міністр юстиції разом звільнять його від цього обов'язку в письмовій формі. ...»

D. Закон про охорону державної таємниці

47. Положення Закону про охорону державної таємниці (*Wet bescherming staatsgeheimen*), що мають відношення до справи є наступним:

Розділ 1

«Кожне місце, що використовується державою або державною компанією (*staatsbedrijf*) може бути обмежено Нами [тобто Монархом, а саме, Міністром внутрішніх справ та справ Королівства (*Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*)] (*kan door Ons als verboden plaats worden aangewezen*) для захисту інформації, яка повинна зберігатися в таємниці в інтересах національної безпеки (*waarvan de geheimhouding door het belang van de veiligheid van de Staat wordt geboden*). »

48. Місця, визначені поза межами Королівського декрету *(koninklijk besluit)* відповідно до цього положення, включають будівлі, які використовуються AIVD.

E. Інформація, що визначена Наказом Державної служби (Безпеки)

49. Положеннями Інформації визначеної наказом Державної служби (Безпеки) (*Voorschrift informatiebeveiliging rijksdienst-bijzondere Informatie*, також відомі всередині країни як, «Vir-bi»), що мають відношення до справи є наступні:

Розділ 1

"У цьому Наказі:

«Державна таємниця» означає: спеціальні відомості, які мають бути збережені у секреті в інтересах Держави або її союзників;

«Класифікувати» означає: встановити і вказати, що конкретна інформація *(een gegeven)* складає специфічну інформацію і визначати і вказувати рівень безпеки, до якого повинна бути віднесена ця інформація.»

Секція 5

"Державна таємниця класифікується таким чином:

a. Державна таємниця ЦІЛКОМ ТАЄМНО (TOP SECRET) (*Stg. ZEER GEHEIM*), якщо інтереси Держави або її союзників можуть дуже серйозно постраждати, якщо сторонні особи довідаються про таку інформацію;

b. Державна таємниця ТАЄМНО (SECRET) (*Stg. GEHEIM*), якщо інтереси Держави або її союзників можуть постраждати, якщо сторонні особи довідаються про таку інформацію;

c. Державна таємниця КОНФІДЕНЦІЙНО (CONFIDENTIAL) (*Stg. CONFIDENTIEEL*), якщо інтереси Держави або її союзників можуть постраждати, якщо сторонні особи довідаються про таку інформацію.»

F. Класифікація стосовно співробітників AIVD

50. Це знаходить своє відображення в історії розробки Закону про Службу розвідки та безпеки 2002 року (Парламентські документи, Нижня Палата Парламенту (*Kamerstukken II*) 1997-98, 25877, № 3 (пояснювальна записка (*Memorie van Toelichting*), сторінка 93), що особистість співробітників AIVD може, залежно від обставин, становити державну таємницю.

ПРАВО

I. СТВЕРДЖУВАНЕ ПОРУШЕННЯ СТАТТІ 6 КОНВЕНЦІЇ

51. Заявник скаржився на те, що кримінальне провадження проти нього було несправедливим у тому, що AIVD мав вирішальний контроль над доказами, обмежуючи його доступ і доступ національних судів до них, і контролюючи їх використання, а також перешкоджаючи йому ефективно давати вказівки своєму захиснику. Він стверджував порушення статті 6 §§ 1 та 3 (b), (c), а також (d), що було викладено у наступний спосіб:

«1. Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Судове рішення проголошується публічно, але преса і публіка можуть бути не допущені в зал засідань протягом усього судового розгляду або його частини в інтересах моралі, громадського порядку чи національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або - тією мірою, що визнана судом суворо необхідною, - коли за особливих обставин публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя..

М ПРОТИ НІДЕРЛАНДІВ

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

...

3. Кожен, обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права:

...

(b) мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту;

(c) захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або - за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника - одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя;

(d) допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення;... »

52. Уряд це заперечував.

53. Скарги заявника стосовно редагування окремих документів і навмисне не відкриття інших; обмеження права заявника надавати інформацію та інструкції адвокату; відмова дозволити заявникові заявити імена членів AIVD в Апеляційному суді; умови, у яких певні члени AIVD були допитані як свідки; і відмова викликати деяких інших членів AIVD в якості свідків зі сторони захисту.

А. Прийнятність

54. Суд зазначає, що ці скарги не є явно необґрунтованими у розумінні статті 35§3 (a) Конвенції. Він також зазначає, що вони не є неприйнятними з будь-яких інших причин. Тому вони мають бути визнані прийнятними.

В. Суть

1. Загальне

55. Як Суд уже постановив багато разів, вимоги статті 6§3, слід розглядати в якості конкретних аспектів права на справедливий судовий розгляд, гарантованого статтею 6§1 (див., серед багатьох інших, *Сахновський проти Росії* [ВП], № 21272/03, § 94, 2 листопада 2010 року, і *Шачашвілі проти Німеччини* [ВП], № 9154/10, § 100, ЄСПЛ 2015).

56. Право на справедливий судовий розгляд відповідно до статті 6§1 є безумовним правом. Тим не менше, що представляє собою справедливий судовий розгляд не може бути визначеним однією

незмінною нормою, а повинно залежати від обставин конкретної справи. Першочерговим завданням Суду згідно зі статтею 6§1, є оцінка загальної справедливості кримінального провадження (див. *Ібрагім і інші проти Сполученого Королівства* [ВП], №. 50541/08, 50571/08, 50573/08 та 40351/09, § 250, ЄСПЛ 2016, з подальшими посиланнями).

2. Редагування деяких документів і навмисне ненадання інших

57. Суд розгляне ці питання відповідно до статті 6 §§ 1 and 3 (b).

58. Уряд заявив, що публікація відредагованої інформації нанесе серйозну шкоду інтересам Держави у тому, що це визначить осіб і організації в рамках розслідування, людські джерела і служби зовнішньої розвідки і безпеки, з якими AIVD співпрацювало. У деяких випадках безпека співробітників AIVD була б під загрозою. Тому обмеження, яким підлягав захист, були вкрай необхідними.

59. У кожному випадку місцевий суд оцінював, чи потрібно відмовляти у розголошенні. Це вони зробили на основі нередагованих частин тексту, що міститься в матеріалах справи; роз'яснення, надані самим AIVD щодо класифікації та інтересу Держави; та перевірка Державним прокурором з питань протидії тероризму. Застосований підхід було схвалено Верховним Судом.

60. З плином часу, було переглянуте питання про те, чи досі повинна були бути затемненою певна інформація. Нові редакції деяких документів були додані до матеріалів справи в їх первинному вигляді або з меншим маскуванням тексту.

61. Були доступні заходи для збереження рівності сторін. Заявнику було надано можливість оцінити надійність внутрішнього розслідування AIVD, використовуючи показання свідків, які були допитані. Крім того, на різних етапах провадження заявник мав можливість оскаржити не відкриття доказів. Уряд наполягав на застосуванні *Жаспер проти Сполученого Королівства* [ВП], №. 27052/95, 16 лютого 2000 р. та *Фітт проти Сполученого Королівства* [ВП], № 29777/96, ЄСПЛ 2000 - II.

62. Заявник скаржився на те, що певні документи, на які покладається обвинувачення у справі проти нього, або надавалися захисту у відредагованому вигляді, з частинами, затемненими AIVD, або не надавалися захисту взагалі.

63. Заявник погодився з тим, що міркування національної безпеки можуть виправдати не відкриття інформації від захисту. Посилаючись на *Едвардс та Льюїс проти Сполученого Королівства* [ВП], № 39647/98 та 40461/98, ЄСПЛ 2004-X, та *А. та Інші проти Сполученого Королівства* [ВП], № 3455/05, ЄСПЛ 2009, він заявив, що слід довести сувору необхідність для цього; що обмеження доступу до інформації

повинні бути найменш застосованим; а також, повинні бути встановлені процедури врівноваження становища сторін.

64. За аргументом заявника, необхідність обмеження доступу сторони захисту до будь-яких матеріалів не була продемонстрована. Не відбулось жодної незалежної перевірки: місцеві суди зробили свою оцінку на основі нередагованих частин в кожному тексті, пояснення, наданого AIVD і рішення Державного прокурора по боротьбі з тероризмом. Ні AIVD, ні Державний прокурор по боротьбі з тероризмом не були незалежними. Навіть самим судам не було дозволено отримати доступ до інформації, яку заборонили для захисту. Це відрізняє справу заявника від *Жаспер та Фітт*, згаданих вище.

65. У цьому відношенні не було різниці в тому, що з плином часу певні документи ставали доступними із меншою кількістю затемнень, оскільки деталі, які згодом були розкриті, не надавали відповідної інформації в цьому плані.

66. У *Фітт*, цитованої вище, Суд постановив наступне (див. також *Жаспер*, цитований вище, §§ 51-53):

> «44. Це фундаментальний аспект права на справедливий судовий розгляд, що кримінальне провадження, у тому числі елементи такого провадження, що стосуються процедури, має бути змагальним і що має бути рівність сторін обвинувачення і захисту. Право на змагальний судовий розгляд означає, у кримінальній справі, що і обвинуваченню і захисту має бути надана можливість ознайомитися та прокоментувати міркування, подані докази, представлені іншою стороною (див. Брандстеттер проти Австрії, рішення від 28 серпня 1991, серія A № 211, стор. 27-28, §§ 66-67). Крім того, статті 6§1 вимагає, як і англійське законодавство (див. пункт 18 вище), щоб органи прокуратури розкривали захисту усі суттєві докази, якими вони володіють, проти або на користь обвинувачених (див. *Едвардс проти Сполученого Королівства*, 16 грудня 1992, § 36, серія A № 247-Б).
>
> 45. Однак, як визнається заявником (...), уповноваження на розкриття відповідних доказів не є абсолютним правом. У будь-якому кримінальному процесі можуть бути наявні конкуруючі інтереси, такі як національна безпека або необхідність захисту свідків від небезпеки репресій або збереження секретних методів поліції з розслідування злочину, які мають бути зважені по відношенні до прав обвинуваченого (див, наприклад, рішення *Доорсон проти Нідерландів* від 26 березня 1996 року, *Звіти про ухвали і рішення* 1996-II, стор. 470, § 70). У деяких випадках це може бути необхідно утримати певні докази від захисту, для того, щоб захистити основні права іншої фізичної особи або для захисту важливого суспільного інтересу. Однак, тільки такі суворо необхідні заходи, що обмежують права захисту, є допустимими відповідно до статті 6§1 (див. рішення *Ван Мехелен та Інші проти Нідерландів* від 23 квітня 1997 року, *Звіти* 1997-III, стор. 712, § 58). Крім того, для того, щоб гарантувати, що обвинувачений отримує справедливий суд, будь-які труднощі, пов'язані з обмеженням прав захисту повинні бути досить врівноважені процедурами, яких дотримуються судові органи (див. рішення *Доорсон*, цитоване вище, стор. 471, § 72, і рішення *Ван Мехелен та Інші*, згадане вище, стор. 712, § 54).

> 46. У тих випадках, коли доказ не було відкрито захисту на підставі громадських інтересів, це не роль цього Суду, вирішити, чи було таке нерозкриття суворо необхідним, оскільки, за загальним правилом, це справа національних судів оцінювати наявні доказів (див. вищезазначене рішення *Едвардса*, с. 34-35, § 34). У будь-якому разі, у багатьох випадках, наприклад, як у даній справі, де оспорюваний доказ ніколи не було відкрито, було б неможливим для Суду спробувати зважити суспільний інтерес у нерозголошенні, і проти цього, права обвинуваченого на ознайомлення з матеріалами. Тому необхідно ретельно вивчити процедуру прийняття рішень, щоб впевнитися, наскільки це можливо, що вона відповідає вимогам щодо забезпечення змагальності та рівності сторін і включає адекватні заходи щодо захисту інтересів обвинуваченого.»

67. Звертаючись до фактів по справі, Суд зазначає, що заявник зажадав розкриття звіту про внутрішнє розслідування AIVD, а також відредагованих частин документів AIVD, що містяться в матеріалах справи.

68. Що стосується внутрішнього розслідування AIVD, Суд зазначає, що Апеляційний не вважав встановленим, що будь-який звіт дійсно існував (див. пункт 34 вище). У будь-якому разі, Суд був задоволений тим, що жоден такий документ не знаходився у сторони обвинувачення, як і у Апеляційному суді, і, відповідно, він не міг стати частиною справи, яка розслідувалася прокуратурою. (порівняйте з *Фітт*, § 48). Оскільки заявник мав намір опосередковано виразити, що розслідування могло б викликати спотворення інформації, Суд відхилив таке припущення як абсолютно гіпотетичне.

69. Що стосується документів, наданих до Апеляційного суду і заявнику у відредагованій формі, Суд зазначає, що прихована інформація сама по собі не може будь-яким чином допомогти захисту. Оскільки заявник був обвинувачений у наданні державної таємниці особам, які не мали права ознайомлюватись із нею, єдине питання стосовно цих документів полягало в тому, чи складала вона державну таємницю.

70. Докази, на підставі яких заявник був визнаний винним, містили твердження AIVD, які підтверджували, що документи, про які йде мова, були класифіковані як державна таємниця та пояснювали необхідність зберігати в таємниці інформацію, що міститься в документах. Державна прокуратура з питань боротьби з тероризмом підтвердила, що документи, що містилися в матеріалах справи в кримінальному провадженні, фактично були копіями документів, які вони мали намір представляти (див. пункт 40 підпункт 53 вище), і заявник не заперечував це. У світлі цього, Суд задоволений тим, що інша детальна інформація була достатньою для того, щоб захист і Апеляційний суд провели надійне оцінювання характеру інформації в документах.

71. Тому не мало місце порушення статті 6 §§ 1 і 3 (б) щодо редагування документів і навмисного їх не відкриття.

3. Обмеження права заявника у надання інформації та інструкцій адвокату і відмова дозволити заявникові викласти імена членів AIVD в Апеляційному суді

72. Суд розгляне обидва питання відповідно до статті 6§§1 та 3 (с).

73. Урядом визнано фундаментальне значення вільного спілкування між обвинуваченим і адвокатом, але вважає, що не було жодного фундаментального втручання у це у даному випадку. Заявник був звільнений від свого обов'язку зберігати державну таємницю з метою спілкування з його адвокатами, хоча і умовно.

74. Уряд стверджував, що право на обмеження може бути застосовано щодо можливості доступу обвинуваченого до свого адвоката на обґрунтованих підставах. Вони покладалися на *Оджалан проти Туреччини* [ВП], №. 46221/99, § 133, ЄСПЛ 2005-IV, і *Марчелло Віола проти Італії*, № 45106/04, § 61, ЄСПЛ 2006-XI (витяги).

75. Умови були необхідні, щоб слугувати подвійній меті, захищаючи персонал AIVD та людські ресурси і зберігати таємницю секретної інформації, яка не мала відношення до кримінальної справи проти заявника. У якості служби розвідки AIVD не може функціонувати, якщо секретність не залишиться недоторканою.

76. Уряд також вказує на зобов’язання Генерального адвоката у Апеляційному суді про те, що заявник не буде переслідуватися за порушення його обов'язку зберігати державну таємницю, якщо таке порушення було б обґрунтоване гарантіями статті 6 Конвенції.

77. Нарешті, Уряд стверджував, в світлі заяв, фактично зроблених заявником під час розгляду справи 12 лютого 2007 року (див. пункт 36 вище) і питань, викладених у факсі Пестмана від 14 лютого 2007 року (див. пункт 37 вище), видається, що було мало ознак того, що заявник зазнав обмежень завдяки погрозам з боку обвинувачення, як було наведено у зверненнях заявника в Суд.

78. Заявник стверджував, що застосовані умови склали обмеження на його спілкування з адвокатом, і перешкоджали його захисту. Зокрема, йому було заборонено обговорювати зі своїм захисником будь-які потенційні виправдувальні докази та будь-які альтернативні сценарії, якщо відповідна інформація ще не містилась у матеріалах справи. Це було застосовано обвинуваченням і через обвинувачення AIVD могло контролювати захист.

79. Заявник також стверджував, що AIVD було дозволено визначити обсяг доказів, який було дозволено захисту пропонувати протягом всього розгляду. Він також заявив, що він перебував під загрозою

переслідування навіть під час конфіденційного слухання за зачиненими дверима.

80. Заявник посилався на *С. проти Швейцарії* , 28 листопада 1991 р., § 48, серія А №. 220, в якому Суд визнав, що юрист повинен мати можливість порадитися зі своїм клієнтом і отримати конфіденційні інструкції від нього без нагляду (який в цьому випадку складався з поліцейського нагляду за відвідуваннями адвоката і перехопленням листування між адвокатом і клієнтом). Він також посилався на *А. і Інші проти Сполученого Королівства,* згадане вище, § 220, в якому було визнано, що затриманий має бути в змозі надати ефективні інструкції спеціальному адвокату, стверджуючи, що обов'язок зберігати державну таємницю, покладений на нього, перешкоджає йому давати вказівки своєму адвокату так, як це було б потрібно.

81. Що стосується відмови дозволити заявникові заявити імена з членів AIVD в Апеляційному суді, заявник стверджував, що йому було заборонено розголошувати секретну інформацію судам в порядку *inter alia* подати достовірні альтернативні пояснення йому, відповідальному за будь-які злочинні діяння. Уряд дотримувався позиції про те, що національні суди справедливо виключали будь-які альтернативні сценарії в світлі доказів накопичених проти заявника.

82. Європейський Суд нагадує, що в той час як стаття 6 § 3 (c) покладає на кожного обвинуваченого в кримінальному правопорушенні право «захищати себе особисто чи використовувати правову допомогу ...», вона не визначає спосіб здійснення цього права. Таким чином, вона залишає Договірним Сторонам вибір засобів забезпечення того, щоб це було гарантовано їх судовими системами, а завдання Суду полягає лише в тому, щоб тільки з'ясувати, чи відповідають обрані ними методи, вимогам справедливого судового розгляду. У зв'язку з цим слід мати на увазі, що Конвенція покликана «гарантувати не права, які є теоретичними та ілюзорними, а права, які є практичними і ефективними», і що призначення адвоката само по собі не забезпечує ефективності допомоги, яку він або вона можуть надати обвинуваченому (див. серед інших органів влади, *Сахновський проти Росії,* процитовано вище, § 95, з подальшими посиланнями).

83. Суд повторює, що право на справедливий судовий розгляд, гарантоване статтею 6§1 з Конвенції включає в себе право учасників судового процесу, подавати будь-які міркування, які вони вважають такими, що стосуються справи. Це право, може бути застосованим та ефективним, якщо такі зауваження насправді «почуті», що належним чином розглянуто в суді. Іншими словами, дія статті 6 полягає, серед іншого, у тому що на «трибунал» покладається обов'язок провести належний розгляд представлених матеріалів, аргументів і доказів,

представлених сторонами, без шкоди для їх оцінки того, чи є вони актуальні (див. *Пере проти Франції* [ВП], № 47287/99, § 80, ЄСПЛ 2004-I).

84. Крім того, Суд зазначає, що стаття 6 § 1 робить поправку на міркування про національну безпеки в своєму другому реченні в тому, що вона встановлює положення для «преси і публіки, які можуть бути недопущені в зал засідань протягом усього судового розгляду». Він не сумнівається в тому, що суд по заявнику був один, до якого ці міркування були актуальні і що реальна необхідність зберігати державну таємницю від преси і громадськості була наявна.

85. Суд постановив, що право обвинуваченого на спілкування з його законним представником без втручання третьої особи є однією з основних вимог справедливого суду у демократичному суспільстві і випливає зі статті 6 § 3 (c) Конвенції. Якщо юрист не може радитися зі своїм клієнтом і отримати конфіденційні інструкції від нього без відповідного стороннього спостереження, користь від його допомоги зазнає значних втрат (*С. проти Швейцарії*, згадане вище, § 48; *Оджалан проти Туреччини* [ВП], № 46221/99, § 133, ЄСПЛ 2005-IV).

86. Суд також постановив, в контексті статті 5§4, що втручання у спілкування адвоката з клієнтом і, таким чином, втручання у право ув'язненого на захист, не обов'язково вимагає фактичного перехоплення або підслуховування (див., *mutatis mutandis, Кастравет проти Молдови*, № 23393/05, § 51, 13 березня 2007 р.).

87. Суд також постановив, в контексті статті 8 Конвенції, що це явно відповідає загальним інтересам, що будь-яка особа, яка хоче проконсультуватися з юристом має вільно реалізувати це право в умовах, що сприяють повному і безперешкодному обговоренню. Саме з цієї причини відносини адвокат-клієнт, є за загальним правилом, привілейованими (*mutatis mutandis, Кемпбелл проти Сполученого Королівства*, 25 березня 1992 р., § 46, серія А № 233).

88. Суд допустив певні обмеження, які застосовуються до контактів адвокат-клієнт у справах про тероризм та організовану злочинність (див., зокрема, *Ердем проти Німеччини*, № 38321/97, § 65 та наступні статті, ЄСПЛ 2001-VII (витяги), та *Ходорковський та Лебедєв проти Росії*, № 11082/06 та 13772/05, § 627, 25 липня 2013 року). Проте, привілей, який застосовується до листування між ув'язненими і їхніми адвокатами, представляє собою фундаментальне право особистості і безпосередньо впливає на права захисту. З цієї причини Суд постановив, знову в контексті статті 8 Конвенції, що відступ від основного правила дотримання конфіденційності адвокат-клієнт може бути обмежено тільки за виняткових обставин і за умови існування

відповідних та достатніх гарантій проти зловживань (*mutatis mutandis, Ердем*, § 65).

89. В *А. та Інші проти Сполученого Королівства* Суд був покликаний розглянути заходи, спрямовані на забезпечення справедливості в провадженні для цілей статті 5§4 Конвенції, приховуючи від захисту докази, на які посилається сторона обвинувачення. Суд відштовхувався від того, що протягом періоду тримання під вартою заявників зміст діяльності і цілі терористичної організації Аль-Каїда спричинили виникнення «надзвичайного стану, який загрожував життю нації». Необхідно було враховувати, що на той час існувала нагальна потреба захистити населення Сполученого Королівства від терористичних актів та, і хоча Сполучене Королівство не відступало від зобов'язань за статтею 5§4, проте відступило від зобов'язань за статтею 5§4 у звя'зку із вагомим громадським інтересом в отриманні інформації про Аль-Каїду та її спільників і збереження в таємниці джерел такої інформації (§ 216).

90. Порядок, за яким сторона обвинувачення намагається сама оцінити важливість закритої від захисту інформації і оцінювати це в розрізі громадського інтересу в збереженні секретності такої інформації, не може відповідати вищезгаданим вимогам статті 6§1 (*Даусетт проти Сполученого Королівства*, № 39482/98, § 44, ЄСПЛ 2003 VII). Суд також постановив, в контексті статті 6§3 (b), що обвинуваченому гарантується необхідний час і можливості для підготовки його захисту, а отже, стаття 6§3 (b) передбачає, що істотність діяльності захисту може включати все, що є "необхідним" для підготовки до судового розгляду (*Майзіт проти Росії*, № 63378/00, § 78, 20 січня 2005 р.).

91. Повертаючись до даної справи, Суд відзначає позицію Уряду, що умови, які регулюють спілкування між заявником і його адвокатом були поступкою захисту в світлі обов'язку заявника зберігати державну таємницю. Тим не менш, він займає протилежну позицію, а саме, що вони представляють собою обмеження права обвинуваченого спілкуватися зі своїм захисником без перешкод.

92. Цей випадок відрізняється від цитованих вище кількома відповідними аспектами. По-перше, заявнику не було відмовлено у доступі до доказів обвинувачення: йому було наказано не розголошувати своєму захиснику фактичну інформацію, яка повинна була використовуватись для його захисту. У цьому даний випадок відрізняється від *А. та Інших*. По-друге, не було жодного втручання у конфіденційність підзахисного та його адвоката. Таким чином, цей випадок відрізняється по суті від *С. проти Швейцарії*, згаданої вище, §48; *Кемпбелл проти Великобританії*, згаданої вище, § 48; і *Мойсеєв*

проти Росії, №. 62936/00, § 210, 9 жовтня 2008 р., де предметом було втручання у таке спілкування. Крім того, не був проведений незалежний моніторинг інформації, яка передавалась між заявником і його адвокатом: навпаки, заявникові погрожували переслідуванням *post factum,* якщо б він надав його адвокату секретну інформацію. У цьому випадку справа відрізняється від *Ердем*.

93. Ці відмінності, однак, не є вирішальними: важливим було те, що спілкування між заявником і його адвокатом не було вільним і необмеженим щодо його змісту, як зазвичай вимагали вимоги справедливого судового розгляду.

94. Суд погодився з тим, що правила таємниці були застосовані в загальному значенні та не існувало принципової причини, чому вони не повинні були застосовуватися, коли працівників служби безпеки переслідували в судовому порядку за кримінальні злочини, пов'язані з їх роботою. Питання для Суду полягало в тому, як заборона розголошення секретної інформації вплинула на право підозрюваного на захист, як у зв'язку з її розголошенням його адвокатам, так і щодо судового провадження.

95. Це знаходить своє відображення в двох рішеннях Апеляційного суду та судових провадженнях 12 і 15 лютого 2007 року (див. пункти 34 – 41 вище), що Генеральний адвокат дав зобов'язання не переслідувати заявника в судовому порядку за порушення ним обов’язку зберігати таємницю, якщо таке порушення було б обґрунтоване правами захисту, гарантованими статтею 6 Конвенції. Це накладало на заявника тягар прийняття рішення без користування перевагами порад адвоката стосовно того, чи розкривати факти, які ще не були зареєстровані в матеріалах справи, і, таким чином, ризикуючи наступним переслідуванням, при цьому Генеральний адвокат повністю зберігав усю повноту розсуду в цьому питанні.

96. Суд вважав, що від особи, яку звинувачують у серйозних кримінальних правопорушеннях, неможливо було очікувати, що вона зможе, без професійної консультації, зважить переваги повного розкриття своєї справи його адвокату порівняно з ризиком переслідування в судовому порядку.

97. За цих обставин Суд встановив, що справедливість провадження була безповоротно порушена втручанням у спілкування між заявником та його адвокатом. Там, відповідно, мало місце порушення статті 6 §§ 1 і 3 (c) Конвенції у цій частині.

98. У зв'язку з цим висновком, Суд не вважає за необхідне розглядати окремо чи становило також порушення Конвенції відмова дозволити заявникові викласти імена членів AIVD в Апеляційному суді.

© Переклад Олександра Дроздова, Вероніки Плотнікової,
Олени Дроздової та Юлії Корчевської

4. Умови, за яких певні члени AIVD були заслухані як свідки та відмова називати деяких інших членів AIVD свідками захисту

99. Суд розгляне ці питання відповідно до статті 6 §§ 1 and 3 (d).

100. Уряд стверджував, що свідки, розглянуті слідчим суддею і ідентифіковані тільки номерами, не були «анонімними» свідками за своєю суттю, наприклад, *Ван Мехелен та Інші проти Нідерландів*, 23 квітня 1997, *Звіти про ухвали і рішення* 1997-III. Заявник знав їх імена та посади; це принципово відрізняється від ситуації, в якій особистість свідка була невідома захисту.

101. Використання спотворення голосу і маскування для приховання особистості було призначене, щоб зробити допити свідків якомога більше інтерактивними. Обмеження, накладені на захист, не мали жодного реального впливу на справедливість судового розгляду.

102. Свідки обвинувачення надали розширені показання слідчому судді і відмовилися відповідати лише на певні питання в зв'язку з обов'язком зберігати державну таємницю. Таким чином, даний випадок відрізняється від описаного у *Ал-Хавая та Тахері проти Сполученого Королівства* [ВП], № 26766/05 і 22228/06, ЄСПЛ 2011, де свідок обвинувачення мовчав у відповідь на питання, поставлені захистом.

103. Для прийнятих заходів існували вагомі причини. У той час, коли свідки були допитані, співробітники AIVD і/або людські ресурси все ще займали свої посади і їх безпека повинна бути врахованою.

104. Незважаючи на те, що даний випадок не був таким до якого застосовується прецедентне право *Ван Мехелен та Інші* і *Ал-Хавая та Тахері*, Уряд стверджував, що засудження заявника не ґрунтувалося "виключно або вирішальною мірою" на показаннях свідків, яких можна було ідентифікувати лише за номерами. Лише покази не більше як одного свідка були використані в якості доказу в даному питанні; свідок був ІТ співробітником AIVD, був відомий заявнику, і відповів на багато питань, поставлених захистом. Інші свідки, заяви яких використовувались для доказів, були заслухані під власними іменами. Крім того, були і інші докази, у тому числі сліди ДНК заявника, ідентифіковані на штампі конверта, знайденого у будинку одної з цілей.

105. Заявник стверджував, що його стратегія полягала в тому, щоб продемонструвати, що були можливими інші сценарії для пояснення розголошення документів AIVD, що було інкриміновано йому, ніж єдина можливість того, що саме він у цьому винен. Він стверджував, що оскільки захист вже працював в умовах жорстких обмежень, показання свідків були одним із небагатьох засобів, що залишилися йому для отримання інформації, необхідної йому для успішного розгляду справи. З цієї причини, його прохання викликати свідків слід було б розглянути більш сприятливо.

106. Заявник не міг переконатися, що свідки були особами, яких він знав, оскільки він не зміг їх розпізнати. Більше того, захист не зміг розпізнати їх невербальні вирази.

107. Необхідність в цих заходах не була продемонстрована. Почнемо з того, що свідками стали особи, яких заявник уже знав – його колишні колеги. По-друге, вони не були заслухані публічно. По-третє, його адвокат були зобов'язані зберігати державну таємницю. По-четверте, обвинуваченню було дозволено спілкуватися з цими свідками без їх маскування.

108. Під час заслуховування свідків була присутня посадова особа AIVD з метою ветування питань захисту. Зокрема, були заблоковані питання щодо практики роботи AIVD та механізмів безпеки. Це ускладнило спробу захисту продемонструвати можливість того, що хтось інший міг би розкрити документи AIVD.

109. Не існувало жодної необхідності такого втручання у права на захист, щоб допитати свідків, оскільки потреби в забезпеченні таємниці могли б бути задоволені шляхом проведення закритого судового розгляду.

110. Суд повторює, що допустимість доказів є в першу чергу предметом регулювання національного законодавства і, за загальним правилом, національні суди мають оцінювати надані докази. Завданням Суду відповідно до Конвенції, полягає не в тому, щоб надавати оцінку тому, чи були показання свідків належним чином прийняті в якості доказів, а скоріше в тому, щоб з'ясувати чи в цілому провадження, включаючи спосіб за допомогою якого були отримані докази, було справедливими (див., серед багатьох інших рішень, цитоване вище *Ван Мехелен та Інші*, § 50).

111. Суд зазначає, що дана справа відрізняється від *Ван Мехелен та Інші*, *Ал-Хавайя і Тахері* або *Шачашвілі* тим, що захисту не було відмовлено у проведенні перехресного допиту свідків обвинувачення з метою перевірки достовірності показань, наданих ними раніше під час провадження. Навпаки, справа заявника полягала в тому, що йому було відмовлено в доступі до інформації, до якої були причетні члени AIVD та яка б могла поставити під сумнів його вину.

112. Сама по собі є абсолютно законною стратегія захисту у кримінальних справах, ставити під сумнів так би мовити авторство злочину, демонструючи, що злочин міг бути вчинений будь-якою іншою особою. Проте, це не надавало права підозрюваному заявляти про неправдивість інформації з надією на те, що це призведе до виявлення альтернативного пояснення.

113. Докази, на яких Апеляційний суд обґрунтував своє засудження (див. пункт 40 вище) –містить не менше як 53 різних складових –

включаючи декілька посилань, які безпосередньо пов‘язували заявника з розголошеними документами та неуповноваженими особами, які володіли цими документами. За цих обставин Суд не може стверджувати, що Апеляційний суд діяв необґрунтовано або довільно, не задовольняючи усі його клопотання про виклик свідків, або вважаючи, що його захисту не була завдана суттєва шкода умовами, відповідно до яких ті свідки, у виклику яких не було відмовлено, були під сумнівом.

114. Відповідно, не було порушення статті 6 §§ 1 і 3 (d).

II. ЗАСТОСУВАННЯ З СТАТТІ 41 КОНВЕНЦІЇ

115. Стаття 41 Конвенції передбачає:

«Якщо Суд визнає факт порушення Конвенції або протоколів до неї і якщо внутрішнє право відповідної Високої Договірної Сторони передбачає лише часткове відшкодування, Суд, у разі необхідності, надає потерпілій стороні справедливу сатисфакцію.».

A. Шкода

116. Заявник просив Суд наказати Уряду «усунути порушення статті 6, які відбулися, шляхом скасування його засудження», що дозволить йому вимагати компенсацій за матеріальну шкоду відповідно до національного законодавства. Він також вимагав 25,000 євро (EUR) щодо моральної шкоди.

117. Уряд зазначав про можливість для заявника заявляти про перегляд (*herziening*) за національним законодавством у разі, якщо Суд встановить порушення Конвенції. Він просив суд постановити, що висновок про порушення є достатньою справедливою сатисфакцію щодо будь-якого моральної шкоди.

118. Суд повторює, що він не має юрисдикції щодо скасування вироків, постановлених національними судами (див., серед інших органів, *Альберт і Ле Компте проти Бельгії* (ст. 50), 24 жовтня 1983 р., § 9, серія A № 68; *Фіндлей проти Сполученого Королівства*, 25 лютого 1997 р., § 88, *Звіти* 1997-I; та *Санніно проти Італії*, № 30961/03, § 65, ЄСПЛ 2006-VI). Крім того, Суд зазначає, що, як і у цій справі, особу засуджено у національних провадженнях, які спричинили порушення вимог статті 6 Конвенції, новий судових розгляд або відновлення внутрішнього провадження на вимогу заінтересованої особи являє собою відповідний спосіб для виправлення порушення (див., серед інших органів влади, *Генсел проти Туреччини*, № 53431/99, § 27, 23

жовтня 2003; *Сейдовіч проти Італії* [ВП], № 56581/00, § 126, ЄСПЛ 2006-II; і *Кудак проти* Литви [ВП], № 15869/02, § 79, ЄСПЛ 2010). У цьому зв'язку, він зазначає, що стаття 457 § 1 (б) Кримінального процесуального кодексу Нідерландів передбачає можливість перегляду Верховним судом засудження, якщо у рішенні Суду було встановлено порушення Конвенції або одного з протоколів до неї, залежно від обставин, в провадженнях, які привели до засудження, або у засудженні у тому самому злочині, якщо перегляд є необхідним у цілях відшкодування за змістом статті 41 Конвенції.

119. Суд вважає, що за обставинами даної справи виявлення порушення складає достатню справедливу сатисфакцію у зв’язку з моральною шкодою.

B. Судові та інші витрати

120. Заявник також вимагав 732 Євро судових та інших витрат, понесених перед Судом, суми, яку він повинен був сплатити за витрати на своє представництво у провадженні перед Судом за національною системою правової допомоги. Податок на додану вартість не вимагався.

121. Уряд відмовився від коментарів.

122. Суд присуджує заявлену суму, тобто 732 Євро.

C. Пеня

123. Суд вважає за належне пеню на підставі граничної позичкової ставки Європейського Центрального банку, до якої має бути додано три відсоткові пункти.

З ЦИХ ПІДСТАВ СУД ОДНОГОЛОСНО

1. *Оголошує* заяву частково прийнятою;

2. *Постановляє,* що не було ніякого порушення статті 6 §§ 1 і 3 (б) Конвенції щодо редагування окремих документів і навмисного не відкриття інших;

3. *Постановляє,* що було порушено статтю 6 §§ 1 і 3 (c) Конвенції, що стосується обмежень прав заявника надавати інформацію та інструкції адвокату;

4. *Постановляє,* що немає необхідності розглядати питання про те, чи було порушення статті 6 §§ 1 і 3 (c) Конвенції щодо обмеження на розкриття імен членів AIVD у Апеляційному суді;

5. *Постановляє,* що не було порушення статті 6 §§ 1 і 3 (d) Конвенції щодо умов, за яких деякі члени AIVD були заслухані у якості свідків і відмови викликати деяких інших членів AIVD у якості свідків захисту;

6. *Постановляє,* що наведене вище виявлення порушення саме по собі складає достатню справедливу компенсацію моральної шкоди, понесеної заявником;

7. *Постановляє,*

(a) що держава - відповідач має сплатити заявникові упродовж трьох місяців з дня, коли це рішення набуде статусу остаточного відповідно до статті 44§2 Конвенції, EUR 732 (сімсот тридцять два євро) щодо судових та інших витрат;

(b) із закінченням зазначеного тримісячного строку до остаточного розрахунку на зазначену суму нараховуватиметься простий відсоток (simple interest) у розмірі граничної позичкової ставки Європейського центрального банку, яка діятиме в період несплати, до якої має бути додано три відсотки;

8. *Відхиляє* решту вимог заявника щодо справедливої сатисфакції.

Учинено англійською мовою та повідомлено письмово 25 липня 2017 року, відповідно до правила 77 §§ 2 і 3 Регламенту Суду.

Фатос Арачі	Хелена Жадерблом
(Fatoş Aracı)	(Helena Jäderblom)
Секретар	Голова