

КИЇВСЬКИЙ АПЕЛЯЦІЙНИЙ АДМІНІСТРАТИВНИЙ СУД
01010, м. Київ, вул. Московська 8, корп. 30

через
Окружний адміністративний суд міста Києва
01025, м. Київ, вул. Десятинна, 4/6

Позивач:

Найменування: **Міжнародний благодійний фонд
«Міжнародний Альянс з ВІЛ/СНІД в Україні»**
Поштова адреса: вул. Димитрова, 5, корпус 10-А, 9-й поверх, 03680, м. Київ
Номер засобів зв'язку: тел./факс (044) 4905485
Адреси електронної пошти:
skala@aidsalliance.org.ua

Представник Позивача:

Ім'я: **Скала Павло Володимирович**
Поштова адреса: вул. Димитрова, 5, корпус 10-А,
9-й поверх, 03680, м. Київ
Номер засобів зв'язку: тел./факс (044) 4905485 дод. 221
Адреса електронної пошти: skala@aidsalliance.org.ua



На підставі ч. 3 ст. 187 Кодексу адміністративного судочинства України Позивач інформує Суд про своє бажання взяти участь у судовому засіданні суду апеляційної інстанції.

Апеляційна скарга

*(на Постанову Окружного адміністративного суду м. Києва № 2а-6089/11/2670,
Головуючий суддя Кротюк О.В.)*

27 квітня 2011 року до Окружного адміністративного суду м. Києва Позивачем було подано позовну заяву про визнання недійсним (нечинним) Наказу Міністерства охорони здоров'я України № 634 від 29.07.2010 «Про затвердження таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу», зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 07.10.2010 за № 900/18195 в частині встановлення розмірів окремих наркотичних засобів і прекурсорів.

Відповідно до заяв про уточнення позовних вимог від 17.08.2011 та 13.09.2011 Позивач просив Визнати недійсними (нечинними) положення оскаржуваного Наказу МОЗ України № 634 від 29.07.2010 «Про затвердження таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу» в частині встановлення:

У Таблиці № 1 «Невеликі, великі та особливо великі розміри наркотичних засобів, що знаходяться у незаконному обігу» невеликих розмірів наркотичного засобу «Опій ацетильований - засіб, що містить у своєму складі ацетильовані похідні алкалоїдів опію» (у тому числі за наявності інших речовин) та невеликих розмірів наркотичної речовини «Опій - сік снотворного маку, що згорнувся, у тому числі медичний, який містить хоча б один наркотичний алкалоїд або їх суміш (у тому числі за наявності інших речовин)».

Відповідач заперечив проти позову.

За наслідками більш ніж 4-х місячного розгляду справи, на підставі Постанови № 2а-6089/11/2670 від 13 вересня 2011 року (отримана Позивачем 27 вересня 2011 року) у задоволенні позовних вимог було відмовлено повністю.

Позивач не погоджується з таким рішенням, оскільки вважає, що Постанова була винесена з порушенням норм матеріального та процесуального права, судом не з'ясовано обставин, що мають значення для справи, висновки суду не відповідають обставинам справи.

Згідно ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України постанова винесена Судом: необґрунтовано, упереджено, нерозсудливо, без дотримання принципу рівності перед законом і запобігання несправедливій дискримінації, непропорційно, без дотримання необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване винесене рішення (Постанова), несвоєчасно, без урахування права особи на участь у процесі прийняття рішення, а доводи та докази на які посилався Позивач повністю проігноровані. Тобто прийняття такого рішення та оголошення відповідної Постанови не відповідає завданням адміністративного судочинства та принципам, які встановлені КАС України.

Тому позивач просить скасувати Постанову Окружного адміністративного суду м. Києва № 2а-6089/11/2670 від 13 вересня 2011 року та прийняти нову постанову.

Свої вимоги Позивач обґрунтовує наступним:

Суд першої інстанції у своїй постанові дійшов висновку, про те, що «повноваження МОЗ України щодо прийняття та визначення розміру граничних розмірів наркотичних речовин є дискреційними повноваженням відповідача. При цьому, зміст дискреційних повноважень – це сукупність прав і обов'язків державних органів, їх посадових та службових осіб, що дають можливість на власний розсуд визначати повністю або частково зміст рішення або вибрати один з кількох варіантів прийняття рішень».

МОЗ України при реалізації своїх дискреційних повноважень на власний розсуд мав в обов'язковому порядку оцінити публічний інтерес та аргументувати необхідність внесення змін до свого нормативно-правового акту з точки зору «доцільності», «необхідності», «пропорційності», «своєчасності» тощо, адже мова йде у т.ч. про необхідність забезпечення здійснення захисту прав та свобод громадян (у т.ч. наркозалежних), порушених нормативно-правовим актам, прийнятим на основі власного розсуду Відповідача при реалізації ним своїх дискреційних повноважень.

Власне, саме тому у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень відповідні суди мають обов'язково перевіряти, чи прийняті рішення з дотриманням цілого ряду обов'язкових умов, викладених у ч. 3 ст. 2 КАС України.

Проте суд першої інстанції, розглядаючи справу, не з'ясував межі дискреційних повноважень Відповідача, які, на думку Позивача, були порушені, вступивши в протиріччя з Законами України, Положенням про Міністерство охорони здоров'я України, міжнародно-правовими актами, Конституцією України, зокрема ч. 2. ст. 19, що зумовило відсутність у Відповідача при прийнятті оспорюваного наказу розуміння фактичного стану проблеми та її оцінки. Також Позивач вважає, що Суд не дав належної правової оцінки Наказу на відповідність вимогам, викладеним у ч. 3 ст. 2 КАС України, що підтверджується фактичною відсутністю таких висновків в тексті оскаржуваної Постанови.

Суд першої інстанції визнав, що Позивач, як виконавець Загальнодержавної програми забезпечення профілактики ВІЛ-інфекції, лікування, догляду та підтримки ВІЛ-інфікованих і хворих на СНІД на 2009-2013 роки, затвердженої Законом України від 19 лютого 2009 року N 1026, через своїх представників законно надає споживачам ін'єкційних

наркотиків (СІН) соціальні послуги із забезпечення їх стерильними медичними виробами одноразового використання (шприцями та голками). Відповідно до ч.2, п.2, II розділу «Завдань та заходів» додатку до Програми до 2013 року такими заходами має бути охоплено 60% СІН.

Проте, суд зробив помилковий висновок про те, що нормами оскаржуваного наказу прав і інтересів Позивача і жодних норм нормативно правових актів України не порушено, оскільки:

Відсутній причинно-наслідковий зв'язок між граничними розмірами наркотичних речовин і діями наркозалежної особи, спрямованими на обмін використаного шприца, адже наркозалежна особа або прийме рішення і почне відповідне лікування, або позбудеться використаного шприца одразу після його використання або обміняє його на новий, що залежить від волі та власного волевиявлення такої особи. При цьому від дій наркозалежної особи залежить діяльність позивача. Якщо такі особи не будуть звертатися до позивача, то і обміну шприців взагалі не буде. Проте звернення такої особи, яка вже порушила закон і вживає наркотичні засоби без рецепта лікаря залежить від цієї особи, а не від встановленої граничної межі наркотичних засобів, визначених державою.

Роблячи такі висновки суд проігнорував положення ст.4 Закону України N 2861-VI «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» в редакції від 14.04.2009, відповідно до якого споживачам ін'єкційних наркотиків з метою забезпечення запобігання поширенню ВІЛ-інфекції гарантовано створення умов для заміни використаних ін'єкційних голочок і шприців на стерильні.

Від свідомої поведінки наркозалежної особи дійсно залежить ефективність діяльності Позивача з організації програм обміну використаних шприців та голочок, а отже і результативність виконання Позивачем через своїх представників Загальнодержавної програми забезпечення профілактики ВІЛ-інфекції, лікування, догляду та підтримки ВІЛ-інфікованих і хворих на СНІД на 2009-2013 в ч.2, п.2, II розділу «Завдань та заходів» додатку до Програми, що у свою чергу безпосередньо впливає на ефективність протидії епідемії ВІЛ/СНІД в Україні. Але оскаржуваний наказ Відповідача не дозволить охопити профілактичними заходами 60% СІН в державі через побоювання останніх нести на обмін використані шприци, залишків наркотичної речовини в яких може бути достатньо для притягнення їх до кримінальної відповідальності за незаконне зберігання наркотичних засобів. Обґрунтованість такого побоювання аргументовано викладена у позовній заяві, письмових поясненнях позивача та наданих суду документах, у т.ч. десятках звернень наркозалежних осіб, соціальних працівників та керівників партнерських організацій (представників Позивача в регіонах), що за підтримки Позивача впроваджують програми обміну шприців на місцях. На жаль, суд першої інстанції не взяв до уваги дані докази та не надав їм належної правової оцінки у судовому засіданні.

Суд першої інстанції не в повній мірі з'ясував обставини, що мають значення для справи, невірні оцінив норми матеріального права, адже законодавець, надаючи відповідно до ст.4 Закону України «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» гарантії створення умов для заміни використаних ін'єкційних голочок і шприців на стерильні для СІН, цілком усвідомлював можливість вживання останніми, внаслідок їх хронічної залежності, наркотичних речовин, що суперечить закону, проте не тягне за собою кримінальної або адміністративної відповідальності.

Суд у своєму рішенні зробив невірний висновок про те, що держава не гарантує самостійного обміну наркозалежними особами шприців, оскільки вживання наркотиків без рецепту лікаря є незаконним, а за змістом ст.4 зазначеного вище Закону України:

«...держава надає відповідні гарантії за допомогою програм реабілітації таких осіб та програм зменшення шкоди, що серед іншого, передбачають використання замісної підтримувальної терапії для осіб, які страждають на наркотичну залежність та створення умов для заміни використаних ін'єкційних голочок і шприців на стерильні з подальшою їх утилізацією. Тобто надання гарантій в цій частині із заміни використаних шприців надається одночасно і в сукупності з використанням замісної підтримувальної терапії для осіб, які страждають на наркотичну залежність, а не застосування такої терапії окремо, заміни шприців окремо».

Такий висновок суду першої інстанції, на переконання Позивача є помилковим, з наступних причин:

- Загальновідомо, що замісна підтримувальна терапія (ЗПТ) в Україні і у світі застосовується лише до наркозалежних, які вживають наркотики опійної групи. Особи, залежні від психотропних речовин або будь-яких наркотичних засобів не опійного групи, не можуть лікуватися ЗПТ. Відповідні правила та рекомендації містяться у Наказі МОЗ України № 645 від 2009 року;
- Лікування ЗПТ на даний час відповідно до Загальнодержавної програми забезпечення профілактики ВІЛ-інфекції, лікування, догляду та підтримки ВІЛ-інфікованих і хворих на СНІД на 2009-2013 роки та чинних наказів МОЗ України отримує близько 6,4 тис. наркозалежних осіб. Всього ж кількість офіційно зареєстрованих на диспансерному обліку МОЗ України осіб з хронічною залежністю від опіоїдів більшості з яких рекомендована ЗПТ, складає 59,8 тис осіб. Тобто лише 11% таких наркозалежних на даний час мають реальну можливість отримувати ЗПТ;
- для лікування ЗПТ використовуються неін'єкційні наркотичні лікарські засоби у вигляді пігулок, тому пацієнтам ЗПТ немає потреби використовувати одноразові шприци для ін'єкційного вживання інших наркотичних речовин.

В результаті прийняття оскаржуваного наказу МОЗ України граничні розміри опію та опію ацетильованого, за зберігання яких настає кримінальна відповідальність, було знижено відповідно у 5 та 20 разів. Таким чином, рівень криміналізації СН, які вживають та зберігають відповідні наркотичні засоби нормативно було необґрунтовано підвищено у 5 до 20 разів. Суд першої інстанції виносячи рішення не взяв до уваги, що оскаржуваний наказ МОЗ погіршив правове становище щонайменше 59,8 тис, або 76% усіх офіційно зареєстрованих на диспансерному обліку МОЗ України осіб з хронічною залежністю від опіоїдів. Велика кількість цих осіб є клієнтами програм обміну шприців, що впроваджується за підтримки Позивача в усіх регіонах України, і тому дана обставина стала перешкодою в реалізації задекларованих Законом норм права, внаслідок вступу положень оспорюваного наказу у прямий конфлікт з положеннями Закону N 1026 від 19 лютого 2009 року та інших нормативно правових актів.

Суд не взяв до уваги надані Позивачем копії судових вироків по кримінальних справах з Єдиного державного реєстру судових рішень, які підтверджують, що нерідко навіть залишків опію ацетильованого у використаному шприці з вступом у силу оскаржуваного наказу Відповідача може бути достатньо для притягнення наркозалежної особи до кримінальної відповідальності за ст. 309 КК України та призначення покарання до 3-х років позбавлення волі, що у свою чергу призводить до обґрунтованого побоювання та відмови наркозалежних від участі в програмі обміну шприців, що підтримуються Позивачем у рамках Закону.

Більш того, суд першої інстанції не погодився з аргументацією Позивача про зниження доступу до гарантованих державою послуг з обміну використаних шприців для СН, через загрозу настання кримінальної відповідальності за ст. 309 КК України, оскільки на рівні законів заборонено вживання наркотичних речовин без рецепту лікаря.

Суд, неправильно застосувавши норми матеріального права, зробив хибний висновок про те, що у випадку такого незаконного вживання наркотичних засобів встановлена кримінальна відповідальність. Загальновідомо, що в Україні вживання наркотиків без рецепту лікаря (за винятком публічного вживання наркотичних засобів) кримінальна відповідальність не настає!

Але суд першої інстанції саме на підставі неіснуючої презумпції кримінальної караності дій, пов'язаних з незаконним вживанням наркотиків, необґрунтовано зробив висновок, про те, що Позивач повинен організувати свою статутну діяльність таким чином, щоб врахувати ці неіснуючі вимоги закону у своїй діяльності з організації обміну використаних шприців для СН.

Суд при винесенні рішення проігнорував статтю 49 Конституції України, що надає усім громадянам (у т.ч. наркозалежним особам) право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Послуги з обміну шприців для СН, що опинилися під загрозою внаслідок вступу у дію оскаржуваного наказу Відповідача, відносяться саме до послуг у сфері здоров'я та медичної допомоги.

В Таблицях 1-3, затверджених оскаржуваним Наказом МОЗ України № 634/2010 р. в якості аргументації до визначення відповідних розмірів наркотичних речовин, психотропних засобів та прекурсорів вказується, що ці «...розміри наркотичних засобів визначені на підставі існуючої практики боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів та з урахуванням існуючої міжнародної практики, що базується на визначеній **добовій дозі (definite daily dose) за даними Міжнародного комітету з контролю за наркотиками ООН**». Суд першої інстанції у своїй Постанові, приставши на аргументи Відповідача неправильно встановив обставини справи.

У цьому зв'язку важливим юридичним фактом є те, що термін **визначена добова доза (DDD-definite daily dose)** вже понад 7 років не застосовується Міжнародним комітетом з контролю за наркотиками ООН, він був змінений на термін «**встановлені добові дози для статистичних цілей**» (**S-DDD**). Саме про це йдеться в Таблицях статистики Міжнародного комітету з контролю за наркотиками за 2009 рік, витяг з яких було надано Суду першої інстанції Позивачем в оригіналі на англійській мові, він був залучений до матеріалів справи, але суд не зважив за необхідне дослідити відповідні документи та з'ясувати ці обставини, що свідчить про неповноту дослідження доказів та встановлення обставин по справі.

При цьому суд не звернув уваги на важливу обставину, що має значення по справі, а саме те, що встановлені оскаржуваним наказом порогові невеликих розмірів щодо опію та опію ацетильованого на декілька порядків нижчі і не відповідають **встановленим добовим дозам для статистичних цілей дозам (S-DDD)**, визначеним Міжнародним комітетом з контролю за наркотиками (МККН) ООН. Зокрема, добова доза опіуму, визначена в таблицях МККН, дорівнює 0,1 г, а добова доза героїну, з яким МОЗ зрівняв опій ацетильований, - 0,03 г. На підставі цих кількостей, помножених на десятикратну дозу наркотиків, та застосовуючи методологію, викладену в Наказі МОЗ № 634, невелика доза героїну та опію ацетильованого не повинна перевищувати 0,3 г (0,03x10); а невелика доза опію не повинна перевищувати 1 граму (0,1 x10).

Таким чином різниця у фактично встановлених розмірах у порівнянні з рекомендованими МККН ООН, на яку посилається Відповідач у своєму оскаржуваному наказі та суд у своїй постанові, для опію складає 10 разів, а для опію ацетильованого та героїну у 60 разів!

Враховуючи важливість цієї інформації для справи вважаємо за необхідне додати до апеляційної заяви переклад на українську мову тематичного розділу Таблиці XIV.1 та XIV.2 Таблиць статистики МККН ООН 2009 року та англійський варіант документа за

даними розділами (доступний на офіційному веб-сайті МККН ООН за посиланням: http://www.incb.org/pdf/technical-reports/narcotic-drugs/2009/tables_of_reported_statistics.pdf.)

Не зважаючи на те, що навіть Відповідач посилався у своїх запереченнях на існуючу міжнародну практику, що базується на визначеній добовій дозі, суд, на переконання Позивача, допустився помилки не взявши до уваги лист виконавчого директора Євразійської мережі зменшення шкоди Сергія Вотягова (Вільнюс, Литва) від 09.08.2011 з листом керівника підрозділу Генерального директорату юстиції Європейської комісії Дани Спінант (Брюссель, Бельгія) від 30.05.2011 з доданими до нього таблицями розмірів наркотиків у країнах ЄС, в яких визначено відповідні розміри наркотиків для цілей притягнення до кримінальної відповідальності у двох десятках країн Європейського Союзу і де зазначені розміри, у т.ч. щодо опію та героїну, у десятки або навіть сотні разів вищі ніж в Україні.

Суд першої інстанції відмовив у клопотанні Позивача від 30.08.2011 про залучення в якості спеціаліста та виклик в судове засідання регіонального радника Управління ООН з наркотиків та злочинності в Україні та Молдові Мірзахіда Султанова для надання роз'яснень з питань, що потребують спеціальних знань та навичок, що сприяло б Суду в об'єктивному з'ясуванні важливих обставин по справі та винесенню обґрунтованого і справедливого рішення.

Проте офіційна інформація від уповноваженого представника в Україні профільної агенції ООН, що з 1997 року є світовим лідером у боротьбі з незаконним обігом наркотиків та міжнародною злочинністю, має мандат на допомогу державам-членам ООН у їх боротьбі з незаконним обігом наркотиків, злочинністю та тероризмом, у т.ч. щодо проведення досліджень та аналітичної роботи, розвитку національного законодавства, була б вкрай важливою для суду.

Позивач не мав змоги надати суду першої інстанції офіційну відповідь регіонального радника Управління ООН з наркотиків та злочинності в Україні та Молдові, що надійшла до позивача за вх. № 1337 лише 14.10.2011, тобто наступного дня після прийняття оскаржуваної постанови. Враховуючи те, що зазначений лист містить важливу інформацію, що має значення по справі, Позивач просить Суд долучити його завірену копію разом з перекладом на українську мову до матеріалів апеляційного оскарження і розглянути в судовому засіданні (документи додаються).

Суд першої інстанції необґрунтовано погодився з аргументами, наданими Відповідачем та викладеними у листі Державного комітету з питань контролю за наркотиками № 943 від 17.02.2011 (т.1 а.с. 125, зворотня сторона), про що зазначив в оскаржуваній постанові:

«...викладення таблиць у новій редакції має на меті сприяти збільшенню звернень наркозалежних осіб за кваліфікованою наркологічною допомогою, оскільки збільшення граничної межі притягнення до кримінальної відповідальності має стимулювати до добровільного звернення до лікувального закладу і початку лікування від наркоманії (згідно положень ч.4 статті 309 КК України)».

Даний висновок суду на підставі твердження Державного комітету з питань контролю за наркотиками є хибним, оскільки граничну межу притягнення до кримінальної відповідальності в результаті змін до оскаржуваного наказу МОЗ було **навпаки зменшено у 5-20 разів**. У будь-якому разі мотивація наркозалежних хворих до добровільного звернення в лікувальний заклад і початку лікування від наркоманії не може базуватися на їх криміналізації під загрозою тюремного ув'язнення, адже це суперечить конституційним гарантіям та базовим принципам охорони здоров'я.

Суд у своїй постанові послався на ст. 1 Закону України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними» (№ 62/95-ВР від 15.02.95), відповідно до якої:

«наркоманія - психічний розлад, зумовлений залежністю від наркотичного засобу або психотропної речовини внаслідок зловживання цим засобом або цією речовиною»; «особа, хвора на наркоманію, - особа, яка страждає на психічний розлад, що характеризується психічною та (або) фізичною залежністю від наркотичного засобу чи психотропної речовини, і якій за результатами медичного обстеження, проведеного відповідно до цього Закону, встановлено діагноз «наркоманія».

Але суд не врахував, що особа, яка страждає на хронічне захворювання, залежна від опію або опію ацетильованого, переважно просто фізично не в змозі відмовитися від вживання наркотику, і під час реалізації наданих державою гарантій щодо можливості обміну використаних шприців, підпадає під загрозу кримінального переслідування фактично за незаконне зберігання наркотиків для власного вживання. З жовтня 2010 року через вступ у дію оскаржуваного наказу МОЗ України, яким граничну кількість опіодів було зменшено у 5-20 разів, кримінальна відповідальність за ч. 1 ст. 309 КК України може наступати за наявність у наркозалежної особи навіть використаних шприців із залишками наркотиків.

Суд першої інстанції відмовляючи у задоволенні позовних вимог Позивача не звернув уваги на те, що метою Загальнодержавної програми з протидії ВІЛ/СНІД, є **стабілізація епідемічної ситуації, зниження рівня захворюваності та смертності від ВІЛ-інфекції/СНІДу шляхом реалізації державної політики щодо забезпечення доступу населення до широкомасштабних профілактичних заходів, послуг з лікування, догляду та підтримки ВІЛ-інфікованих і хворих на СНІД**, включаючи забезпечення стерильними медичними виробами одноразового використання споживачів ін'єкційних наркотиків, як найбільш уразливої до ВІЛ-інфекції категорії населення.

Декларація ООН про прихильність справі боротьби з ВІЛ/СНІДом, прийнята резолюцією S-26/2 Спеціальної сесії Генеральної Асамблеї ООН 27.06.2001 у розділі «ВІЛ/СНІД та права людини» закликає держави-члени ООН **«забезпечити прийняття, закріплення та дотримання відповідного законодавства, положень та інших заходів для ліквідації усіх форм дискримінації у відношенні осіб, інфікованих ВІЛ/СНІД, членів уразливих груп та для забезпечення повної реалізації ними усіх прав людини; зокрема забезпечити для них доступ до... охорони здоров'я, соціальних та медичних послуг, запобігання, підтримки та лікування...».**

Суд не взяв до уваги аргументи Позивача про те, що Комісія ООН з наркотичних засобів у своїй Резолюції 53/9 від 10.03.2010 закликала держави-члени ООН усунути потенційні бар'єри на шляху забезпечення універсального доступу до профілактики, догляду та лікування, з метою, щоб люди, які живуть з ВІЛ або належать до груп підвищеного ризику ВІЛ-інфікування, в тому числі й споживачі наркотиків, мали доступ до відповідних послуг.

Для України, як до члена Ради Європи, залишається актуальним рішення даного органу від 18.06.2003 стосовно профілактики та зменшення шкоди, пов'язаної з наркотичною залежністю (2003/488/ЕС), зокрема у п. 10 документу країнам-членам Ради Європи рекомендовано **«забезпечити у разі потреби доступ до видачі презервативів та ін'єкційного інструментарію, а також до програм та пунктів для їх обміну».**

Діяльність з обміну використаних шприців для СНІВ в Україні також регламентовано у спільному наказі Мінсім'ямолодьспорту, Мінпраці та МОЗ України, зареєстрованому в Міністерстві юстиції України 08.10.2010 за N 903/18198 **«Про затвердження стандартів надання соціальних послуг представникам груп ризику»** (далі - Стандарти).

Так, п. 2.2 Стандартів з профілактики ВІЛ-інфекції серед осіб з високим ризиком інфікування ВІЛ статевим шляхом регламентує соціально-медичні послуги, які серед іншого передбачають **«видачу особам секс-бізнесу - споживачам ін'єкційних наркотиків шприців** (послуга надається за потреби, багаторазово соціальним робітником чи працівником/фахівцем із соціальної роботи під час здійснення соціальної роботи з отримувачами послуг в місцях їх можливого перебування, в умовах стаціонарного пункту соціальним працівником/фахівцем із соціальної роботи)».

У свою чергу п. 2.5. Стандартів встановлює соціально-медичні послуги, які серед іншого передбачають **«сприяння у забезпеченні ЛЖВ (люди, які живуть з ВІЛ) запобіжними засобами ураження інфекційними хворобами: одноразові шприци, презервативи, дезінфекційні засоби, антисептичні засоби, засобами санітарії та гігієни (за потреби) тощо».**

Затверджена Наказом МОЗ (Відповідача) від 28.12.2007 N 870 «Інструкція щодо визначення національних показників моніторингу й оцінки ефективності заходів, що забезпечують контроль стану епідемії ВІЛ-інфекції/СНІДу» у п.2.9 передбачає **Національний показник N 9 "Відсоток осіб, яких охоплено профілактичними програмами: серед споживачів ін'єкційних наркотиків** «Чисельником показника є кількість представників СН, які відповіли, що знають, де можна пройти тестування на ВІЛ, та протягом останніх 12 місяців безкоштовно отримали презерватив та шприц».

Суд першої інстанції проігнорував дані офіційної статистики МВС України (офіційний сайт МВС України: <http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/519179>) про зареєстровані злочини протягом 1 кварталу 2011 року, які свідчать про підвищення правозастосовного тиску стосовно наркозалежних з боку міліції.

Зокрема, кількість зареєстрованих злочинів за ст. 309 КК України (Незаконне виробництво, придбання, перевезення наркотиків без мети збуту) за вказаний період у порівнянні з 2010 роком зросла на **7,8%** (з 7770 до 8378). У той же час кількість викритих збутів наркотиків (ст. 307 КК України) за аналогічний період зменшилася на **0,4%** (з 5061 до 5043). Якщо у 1 кварталі 2010 року питома вага злочинів за ст. 309 КК України складала **4,4%** відносно усієї кількості зареєстрованих злочинів в Україні, то у 2011 році цей показник склав вже **4,7%** (зростання **+6,8%**). Одночасно, кількість виявлених осіб, які вчинили наркозлочини за аналогічний період **зросла на 15%** (з 7880 до 9123 осіб).

Суд залишив без уваги доводи Позивача про те, що станом на серпень 2011 року **документально зафіксовано негативні наслідки вступу у дію оскаржуваного наказу Відповідача.** Зокрема, через ризик настання кримінальної відповідальності СН здебільшого відмовляються здавати використані шприци на обмін у програми обміну шприців, які підтримуються Позивачем. Згідно офіційної довідки, наданої суду першої інстанції Позивачем, в результаті питома вага шприців, принесених на обмін в програми обміну шприців, що підтримуються Позивачем, відносно виданих одноразових шприців за 9 місяців **знизилися майже удвічі (з 28% у 3 кварталі 2010 року до 15% у 2 кварталі 2011 року),** в абсолютних цифрах – **на 700 000 одиниць.**

Враховуючи великі обсяги шприців, які щорічно обмінюються в профілактичних програмах обміну, які підтримуються Позивачем (**4,5 млн. шприців лише у 2010 році**) у випадку продовження дії оскаржуваного наказу у нинішній редакції зазначена небезпечна тенденція може призвести до того, що щонайменше **на 2 млн. більше брудних потенційно інфікованих шприців** щорічно (у порівнянні з періодом до вступу у силу оскаржуваного наказу МОЗ України) буде залишатися на вулицях та в інших громадських місцях, представляючи собою серйозну загрозу подальшого поширення ВІЛ-інфекції та інших небезпечних захворювань, що передаються через кров, серед загального населення України.

Висновки Позивача про негативні наслідки вступу у дію оскаржуваного наказу МОЗ України було документально підтверджено заявами (наданими Позивачем Суду першої інстанції під час судового засідання 06.09.2011) від наступних осіб та організацій-представників Позивача з реалізації положень Загальнодержавної програми, затвердженої Законом N 1026 від 19 лютого 2009 року:

- Одеського благодійного фонду реабілітації та соціальної адаптації громадян без визначеного місця проживання "Шлях до дому" (м. Одеса) від 01.09.2011 з доданими заявами соціального працівника Кучеренко Д.А. та наркозалежних клієнтів: Філонова К.В., Скакунова О.А., Тульчинського Л.М., Маковецької Е.Л, Кононюк А.А. Сокрутенко О.І., Шпоченко І.В., Параскева В.І., Бучинського В.О.
- Чернівецького міського благодійного фонду «Нова сім'я» (м. Чернівці) від 22.08.2011 з доданими заявами соціальних працівників Іванченко Н.А., Мудрого О.С., Горука М.А. та двох наркозалежних клієнтів організації.
- Херсонського обласного благодійного фонду «Мангуст» (м. Херсон) від 26.08.2011 та від 02.09.2011 з доданими заявами соціальних працівників Комишан Т.В., Торіної І.В. та Лопатної С.В.
- Громадської молодіжної організації «Клуб взаємодопомоги «Життя плюс» (м. Одеса) до від 25.08.2011.
- Дніпродзержинського міського благодійного фонду «Імпульс» (м. Дніпродзержинськ) від 23.08.2011.
- Хмельницької асоціації сприяння вирішенню проблем наркоманії та СНІДу «Вікторія» (м. Хмельницький) від 23.08.2011.
- Всеукраїнської благодійної організації «Конвіктус Україна» (м. Київ) від 23.08.2011.
- Громадської організації «Центр психосоціальної реабілітації хімічно залежної молоді «Крок за кроком» (м. Київ) від 26.08.2011.
- Благодійного фонду «Дроп ін Центр» (м. Київ) від 23.08.2011 та додана заява соціального працівника Білика В.М.
- Благодійного фонду «Громадське здоров'я» (м. Кривий Ріг) від 23.08.2011.
- Благодійного неурядового фонду «центр соціально-психологічної інформації «Усі разом» (м. Львів) від 30.08.2011.

У зазначених вище заявах та зверненнях, залучених Судом першої інстанції до матеріалів адміністративної справи, керівники відповідних громадських організацій, наркозалежні клієнти організацій та соціальні працівники вказують на конкретні негативні наслідки, спричинені необґрунтованими змінами, спричинені оскаржуваним наказом Міністерства охорони здоров'я України № 634 від 29.07.2010, що вкрай негативно вплинули на ефективність роботи організації та персоналу. Зокрема, через загрозу настання кримінальної відповідальності за статтею 309 Кримінального кодексу України за зберігання залишків опію та опію ацетильованого у використаних шприцах, споживачі ін'єкційних наркотиків обґрунтовано побоюються тримати їх при собі та приносити на обмін. Відповідно, кількість використаних шприців, що приноситься на обмін суттєво зменшилася у 2011 році, а деякі організації взагалі вимушені були припинити обмін шприців. Таким чином суттєво знижено доступ до гарантованих державою послуг з обміну використаних шприців для даної найбільш уразливої до ВІЛ-інфекції категорії населення чим суттєво ускладнено діяльність нашої організації, виконання Закону № 1026 та як наслідок, підвищення загрози зараження ВІЛ/СНІД здорового населення, а особливо дітей.

Вищезазначені документально зафіксовані докази не були досліджені у судовому засіданні, це свідчить про неповне з'ясування судом першої інстанції обставин, що мають значення для справи.

Суд не взяв до уваги надану Позивачем копію рішення Національної Ради з питань протидії туберкульозу та ВІЛ-інфекції/СНІДу при Кабінеті Міністрів України від 11 листопада 2010 року (рішення доступне на офіційному сайті Секретаріату Ради:

http://www.stop-aids.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=527:-11-2010-&catid=51:2009-01-23-10-18-30&Itemid=68 згідно з яким Відповідачу (МОЗ України) було рекомендовано внести зміни до Наказу № 188/2000 «Про затвердження Таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу» щодо *«виключення вимог до невеликих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу для ефективної реалізації програм зменшення шкоди серед споживачів ін'єкційних наркотиків, зокрема діяльності з обміну використаних шприців»*. Це рішення фактично підтверджує неадекватність встановлених оскаржуваним наказом МОЗ граничних розмірів окремих наркотичних речовин.

На думку Позивача, у своєму рішенні суд дійшов до хибного висновку, в частині відсутності необхідності здійснення публічного обговорення проекту Наказу (на разі оспорюваного Наказу), прийнявши сторону Відповідача, хоча останнім не доведено з зазначенням конкретної норми відповідного нормативно-правового акта про відсутність необхідності проведення обговорення.

Такі висновки є необґрунтованими та суперечать чинному законодавству. До того ж відповідно до ч.2 ст. 71 Кодексу адміністративного судочинства України:

В адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень обов'язок щодо доказування правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності покладається на відповідача, якщо він заперечує проти адміністративного позову.

Тобто доказування необхідності здійснення процедури публічного обговорення проекту оскаржуваного Наказу не є обов'язком Позивача у даній справі.

Однак, Позивач повідомив суду, що відповідно до вимог Постанови Кабінету міністрів України від 06.01.2010 № 10, що діяла на момент підготовки та затвердження оскаржуваного наказу (Постанова втратила чинність на підставі Постанови КМУ N 996 від 03.11.2010), якою було затверджено **«Порядок залучення громадян до формування та реалізації державної політики»**:

3. Консультації з громадськістю проводяться з питань, що стосуються суспільно-економічного розвитку держави та інтересів широких верств населення. **В обов'язковому порядку проводяться консультації з громадськістю щодо проектів:**

- **нормативно-правових актів, що мають важливе суспільне значення і стосуються прав і обов'язків громадян, а також актів, якими передбачається надання пільг, переваг окремим категоріям суб'єктів господарювання, делегування повноважень органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування;**
- **регуляторних актів;**
- **державних і регіональних програм економічного, соціального і культурного розвитку, рішень стосовно стану їх виконання.**

4. Організацію і проведення консультацій з громадськістю забезпечує **орган виконавчої влади, який безпосередньо готує пропозиції** щодо реалізації державної політики у відповідній сфері державного і суспільного життя або є головним розробником проекту нормативно-правового акта.

6. Консультації з громадськістю проводяться у **формі публічного громадського обговорення** (безпосередня форма) та вивчення громадської думки (опосередкована форма).

Аналогічні вимоги містяться і у чинній [Постанові КМУ N 996 від 03.11.2010](#).

У наданій відповідачем копії Пояснювальної записки до проекту оскаржуваного наказу (т.1 а.с. 158) у п.7 вказується, що «*Проект акта не потребує проведення консультацій з громадськістю. Проект акта оприлюднений на веб-сайті Комітету з контролю за наркотиками*» (навіть не на офіційному сайті основного розробника – МОЗ України).

Суд першої інстанції приймаючи рішення не взяв до уваги ту обставину, що Відповідач у своїх запереченнях щодо позову фактично підтвердив недотримання вимог Постанови Кабінету Міністрів України № 10 від 06.01.2010 щодо обов'язкового проведення громадського обговорення проектів подібних нормативно-правових актів, **що мають важливе суспільне значення і стосуються прав і обов'язків громадян.**

Не викликає жодних сумнівів, що проект нормативно-правового акту, який стосується щонайменше 1% населення України, що страждає від опіатної залежності (за твердженням у запереченнях самого Відповідача з посиланням на Всесвітню доповідь Управління ООН з наркотиків та злочинності) та який відповідно до ст. 305 Кримінального кодексу України фактично визначає кількісні параметри наркотиків, за незаконне зберігання яких настає кримінальна відповідальність та покарання у вигляді у т.ч. позбавлення волі, має важливе суспільне значення. Якщо ж врахувати кількість людей, які хронічно залежать або епізодично вживають інші види наркотиків неопійної групи (у т.ч. марихуану, амфетаміни тощо) та осіб, які знаходяться у групі ризику з точки зору можливості вживання наркотиків, оскаржуваний наказ може безпосередньо стосуватися від 5 до 10 % населення України (тобто 2 - 4,5 млн. осіб). Одночасно оскаржуваний наказ безпосередньо стосується декілька сотень тисяч осіб, які працюють в органах внутрішніх справ України, в органах прокуратури, суду, пенітенціарній сфері, які за родом роботи мають застосовувати відповідні норми.

Отже, всупереч вимогам законодавства про обов'язкове проведення консультацій з громадськістю у вигляді громадського обговорення **проект оскаржуваного наказу Відповідача не пройшов цього важливого етапу публічного обговорення, а суд погодився з Відповідачем приставши на його заперечення проти позову, що суперечать чинному законодавству.**

Суд першої інстанції необґрунтовано залишив без уваги **невідповідність оскаржуваного наказу МОЗ України *acquis communautaire***, що суперечить вимогам Закону України "Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" № 1629-IV від 18.03.2004.

Розділ I Закону України "Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" передбачає, що **адаптація законодавства України до законодавства ЄС є пріоритетною складовою процесу інтеграції України до Європейського Союзу.** Цей Закон визначає, що адаптація законодавства - це процес приведення законів України та інших нормативно-правових актів у відповідність з *acquis communautaire*.

У відповідності до п. 3 Розділ IX вищезгаданого ЗУ, проекти законів України та інших нормативно-правових актів, які за предметом правового регулювання належать до сфер, правовідносини в яких регулюються правом Європейського Союзу, в обов'язковому порядку проходять експертизу на відповідність *acquis communautaire*.

Згідно розділу 10 Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18.03.2004 р. N 1629-IV, до пріоритетної сфери, в якій здійснюється адаптація законодавства України зокрема **належить законодавство предметом регулювання якого є питання ВІЛ/СНІДУ (11 нормативно-правових актів).** Серед яких зокрема:

Закон України "Про запобігання захворюванню на синдром набутого імунodefіциту (СНІД) та соціальний захист населення" від 12 грудня 1991 року N 1972-

XII, у чинній на момент прийняття оскаржуваного наказу редакції, містив положення про те, що «Держава гарантує забезпечення запобігання поширенню ВІЛ-інфекції серед осіб, які вживають наркотичні засоби шляхом ін'єкції, зокрема створенням умов для заміни використаних ін'єкційних голочок і шприців на стерильні» (ст. 4);

Суд не звернув уваги на те, що МОЗ України при подачі документів, зокрема довідки щодо відповідності нормативно-правового акта *acquis communautaire* (довідка від 14.09.2011 за підписом заступника Міністра охорони здоров'я України Гудзенка О.П., наданій відповідачем разом із запереченнями (т.1. а.с. 161, 162), згідно пп. «д» п. 3.12. Порядку, було порушено положення Регламенту Кабінету Міністрів України, що затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 18 липня 2007 р. N 950. **Зміст довідки не відповідає вимогам додатку №1 Регламенту**, у зв'язку із відсутністю в ній п.3 «Порівняльно-правовий аналіз» (відповідність проекту положенням джерел *acquis communautaire*).

У п.1 Довідки щодо відповідності *acquis communautaire* зазначено, що наказ «...не належить до пріоритетних сфер адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, визначених законом України «Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства європейського Союзу» від 18.03.2004 № 169-IV».

Даний висновок є необґрунтованим, оскільки найголовнішим пріоритетом і центральним принципом законодавства європейського Союзу є **дотримання прав людини**. З документів та матеріалів, наданих позивачем, чітко видно, що оскаржуваний наказ створює умови для порушення права на свободу та особисту недоторканість, принципів щодо призначення покарання лише відповідно до закону, недискримінації а також дотримання права на здоров'я та свободу від жорстокого поводження.

Також Суд першої інстанції не врахував той факт, що Міністерство юстиції України своїм наказом від 21.08.2010 року № 1985/5 «Про повернення нормативно-правового акта без державної реєстрації для доопрацювання» повернув відповідачу без державної реєстрації на доопрацювання Наказ МОЗ №634 від 29.07.2010 для доопрацювання (інформація доступна на офіційному веб-сайті Міністерства юстиції України: <http://www.minjust.gov.ua/0/31108> (копія наказу додається до матеріалів апеляційної скарги).

Про цей юридично значущий факт відповідач не повідомив Суд, проте надав копії документів погодження проекту оскаржуваного наказу, видані ще до дати прийняття несхвального рішення Міністерства юстиції від 21.08.2010, або взагалі без дати, зокрема:

- Лист про погодження проекту оскаржуваного Наказу від заступника Генерального прокурора України Блажівського Е. (zareєстрований у Комітеті з контролю за наркотиками 22.07.2010), т.1 а.с. 166;
- Лист-відповідь (на вх. № 27-01.04-06/3558 від 12.08.2010) про погодження проекту оскаржуваного Наказу від заступника Голови Верховного Суду України до МОЗ України (без дати), т.1 а.с. 167;
- Аркуш погодження за підписом заступника Голови Державної митної служби (без дати), т.1 а.с. 164;
- Аркуш погодження за підписом Міністра внутрішніх справ України (без дати), т.1 а.с. 165.

Крім того у Висновку про державну реєстрацію нормативно-правового акту від 07 жовтня 2010 р. Міністерства юстиції України (т.1 а.с.155), так само, окрім належних підписів, відсутній висновок про відповідність проекту положенням джерел *acquis communautaire*, що є порушенням Закону України "Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" та п. 1.3. Порядку подання нормативно-правових актів на державну реєстрацію до Міністерства

юстиції України та проведення їх державної реєстрації, що зареєстрований в Міністерстві юстиції України 12 квітня 2005 р. за N 381/10661, в редакції від 17 лютого 2010 року.

Суд першої інстанції а ні під час судового розгляду, а ні у Постанові взагалі не дав оцінки викладеним у позовній заяві аргументам Позивача про невідповідність оскаржуваного наказу МОЗ України Конвенції про захист прав людини та основних свобод, зокрема пункту а), ч. 1 ст. 5 (право на свободу та особисту недоторканність), ст. 7 (покарання виключно на підставі закону) і ст. 14 (заборона дискримінації), а також практиці Європейського суду щодо застосування Конвенції.

Позивач у своїй позовній заяві наполягав, що у порушення пункту а), ч. 1 ст. 5 Конвенції оскаржуваний Наказ МОЗ створює умови для довільного застосування норм про злочинність і караність діяння до широкого кола осіб, які вживають наркотики, включаючи більше 58 тисяч осіб, зареєстрованих на диспансерному обліку Міністерства охорони здоров'я України як хворих на опійну наркоманію. З іншого боку відносно тієї ж групи осіб, оскаржуваний наказ перешкоджає застосуванню норм про малозначність діяння і пропорційності покарання. Кримінальний Кодекс України та КПК України не містять будь-яких положень, що обґрунтовують не застосування даних норм до якої-небудь групи осіб при вирішенні питання про злочинність і караність діяння або його кваліфікації і призначенні покарання. У свою чергу ст. 21 Конституції України встановлює рівність усіх у правах.

Наказ МОЗ № 634 створює умови для застосування суворого покарання у вигляді позбавлення волі **на підставі довільно вибраних мізерно малих розмірів наркотичних засобів**. По жодному іншому діянню, за які КК України передбачено посилення відповідальності залежно від тяжкості скоєного правопорушення не передбачено такого правозастосування. Оскаржуваний Наказ МОЗ № 634, маючи ознаки несумлінності і/або обману **створює умови для довільного позбавлення волі великої групи людей**, так як норми ч. 1 ст. 309 КК України та ст. 44 КУпАП України стосуються в переважній більшості споживачів наркотиків, включаючи осіб, хворих на наркоманію. Питання про те, що наркотичні засоби, такі як ацетильований опій, заборонені для обігу в даному контексті не має значення. Категорію осіб, які порушують заборону про обіг наркотичних засобів, можна порівняти з іншими категоріями правопорушників, застосування до яких покарання у вигляді позбавлення волі поставлено законодавцем у залежність від тяжкості скоєного правопорушення і це враховується у правозастосовній практиці. **Створення інших умов саме для цієї групи носить дискримінаційний характер.**

Відповідач та Суд першої інстанції в своєму рішенні не спростували аргументацію Позивача про те, що оскаржуваний наказ суперечить ст. 24 Конституції України, що надає усім громадянам *(у т.ч. хронічно залежним від опіоїдних наркотичних речовин)* рівні конституційні права і свободи та визначає їх рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.

Відповідно до ст. 49 Конституції України кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Охорона здоров'я забезпечується державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм, у т.ч. Загальнодержавної програми протидії ВІЛ/СНІД, що передбачає доступ споживачів ін'єкційних наркотиків до профілактичних послуг, у т.ч. до обміну використаних шприців.

Суд не зважив на те, що зменшивши граничні розміри наркотиків у 5-20 разів для цілей притягнення до кримінальної відповідальності за зберігання наркотиків без мети збуту Наказ МОЗ № 634 позбавляє органи досудового слідства та суду можливості застосування норм ч. 2 ст. 11, п.3, ч. 1, ст. 65 КК України, п. 3, ст. 64 КПК України у справах про зберігання наркотиків без мети збуту в світлі норм і принципів міжнародного права і

міжнародних договорів України. **Застосування зазначених норм є важливою гарантією пропорційності застосування кримінальної репресії тяжкості вчиненого правопорушення та запобігання довільному засудженню до позбавлення волі осіб, які вчинили незначні правопорушення.** Тим самим, Наказ МОЗ № 634 створює умови для надмірного тлумачення кримінального закону на шкоду обвинуваченому і довільного призначення суворого покарання, що **суперечить практиці Європейського суду щодо застосування ст. 7 Європейської Конвенції.**

Практика різного відношення держави у зв'язку з різними типами правопорушень, обраними в залежності від думки законодавця про їх тяжкість, визнається Європейським судом відповідно до ст. 14 Європейської Конвенції. При оцінці Наказу МОЗ № 634, обрана законодавцем система призначення різного покарання за правопорушення в залежності від їх тяжкості, яка для цілей ст. 44 КУпАП України та ст. 309 КК України визначається величиною невеликого і великого розмірів наркотичних засобів і психотропних речовин, не піддається сумніву. У світлі п. а, ч. 1, ст. 5, а також ст. 14 Європейської Конвенції аналізу підлягають дії по довільному нівелюванні підзаконним актом обраної законодавцем системи призначення покарання в залежності від тяжкості скоєного правопорушення, яка закріплена в нормах КУпАП та КК України. Наказ МОЗ № 634 створює умови довільного та необґрунтованого застосування суворого покарання у вигляді позбавлення волі для споживачів наркотиків та осіб, хворих на наркоманію, всупереч волі законодавця. У зв'язку з цим, відмінне, на підставі оскаржуваного Наказу МОЗ № 634 ставлення до цієї групи осіб не відноситься до сфери можливого різного ставлення в залежності від тяжкості скоєного правопорушення.

Застосування ст. 14 не обмежено випадками дискримінації за особистісними характеристиками (стать, раса, колір шкіри, релігія, соціальне походження тощо). Під «будь-якими іншими ознаками» Європейський суд розуміє і ознаки, які безпосередньо не пов'язані з особистістю. Виходячи з практики Європейського суду, питання про те, "чи базується різниця у ставленні на особистісних чи інших відомих характеристиках людини, є предметом оцінки з урахуванням обставин кожної справи та приймаючи до уваги, що мета Конвенції гарантувати, щоб закріплені в ній права були б не теоретичними і ілюзорними, а здійсненними і дієвими". Причин, через які люди починають вживати наркотики, не дивлячись на те, що наркотики заборонені до обороту, багато. Дане питання, як і питання обґрунтованості заборони і відповідальності за незаконний обіг наркотичних засобів без мети збуту, знаходиться у сфері компетенції державної влади і в цьому зв'язку оцінці на предмет відповідності Європейській Конвенції не розглядається. Однак, ознака «наркоспоживання» очевидно відноситься до «інших ознак» для цілей застосування ст. 14 Європейської Конвенції. У зв'язку з цим Позивач наполягає, що **Наказ № 634 підпадає під дію п. а, ч. 1, ст. 5 Європейської Конвенції** і створює умови для звернення щодо великої групи осіб, об'єднаних ознаками «наркоспоживання» інакше, ніж по відношенню з іншими порушниками закону, суворість покарання для яких, також як і у випадку з покаранням за ст. 44 КУпАП і ст. 309 КК України, поставлена в залежність від тяжкості правопорушення.

«Інше ставлення» є дискримінаційним, якщо воно не має об'єктивної причини чи раціонального пояснення. Тобто, якщо таке ставлення не переслідує встановлену законом мету, або, якщо між задуманою метою і використовуваними для її досягнення засобами відсутня співвідношення пропорційності.

Органом, що видав Наказ № 634, є МОЗ України. Видання Наказів здійснюється Міністерством охорони здоров'я лише в межах його повноважень, які спрямовані на «забезпечення реалізації державної політики у сфері охорони здоров'я». Виходячи з назв Глави 5 КУпАП, Глави 13 КК України, об'єктом правопорушень, передбачених ст. 44 КУпАП, а також злочинів, передбачених ст. 309 КК України є відносини з охорони здоров'я. Тому є всі підстави вважати, що Наказ МОЗ № 634 спрямований на охорону здоров'я населення. Це є законною метою, тому що стаття 34 Конституції передбачає можливість

обмеження прав людини з метою охорони здоров'я населення. Для вирішення питання про відповідність Наказу № 634 нормам ст. 14 Європейської Конвенції необхідно встановити, наскільки відмінне від інших груп ставлення до споживачів ін'єкційних наркотиків на підставі Наказу служить меті охорони здоров'я і наскільки засоби, що надаються Наказом МОЗ № 634 органам, що його застосовують, і наслідки їх застосування співставні з досягненням мети охорони здоров'я.

Як вже було зазначено вище суттєве зменшення розмірів наркотичних засобів для притягнення до кримінальної відповідальності веде до збільшення кількості ув'язнених в Україні, перешкоджає наркоспоживачам у зверненні до медико-соціальних служб та медичної допомоги, сприяє збільшенню кількості передозувань, ризикованих з точки зору зараження ВІЛ практик вживання наркотиків, значного ускладнення роботи програм профілактики ВІЛ серед споживачів наркотиків, зростанням числа випадків зараження ВІЛ, гепатитом С, захворюваності на СНІД і туберкульоз, неефективного використання бюджетних коштів і корупції. При цьому наукові дослідження показують відсутність будь-якого значущого впливу репресивної політики по відношенню до споживачів ін'єкційних наркотиків на рівень наркоспоживання. Виходячи з цього заходи Наказу МОЗ № 634 не тільки не співставні з досягненням мети охорони здоров'я, але й прямо їй суперечать. У зв'язку з цим Наказ МОЗ № 634 порушує встановлену ст. 14 Європейської Конвенції заборону дискримінації у взаємозв'язку з правом на свободу.

У контексті ст. 7 Європейської Конвенції Наказ № 634 перешкоджає застосуванню норм КК України про малозначність діяння і пропорційності покарання, тим самим створює умови для довільного надмірного тлумачення названих норм на шкоду обвинуваченому і безпідставного призначення покарання.

Заборона дискримінації порушується не тільки коли в порівняно аналогічних ситуаціях держава звертається з окремими особам відмінно від інших без наявності об'єктивних чи раціональних на те підстав, але і коли держава без об'єктивних і раціональних на те причин не звертається відмінно від інших з особами, ситуація яких вимагає відмінного від інших поводження. Загальновідомо, що наркозалежність є хворобою. Дискримінація за статусом «стан здоров'я» прямо заборонена міжнародним правом. Таким чином, Наказ МОЗ № 634 суперечить ст. 14 Європейської Конвенції у взаємозв'язку зі ст. 7 Європейської Конвенції.

Суд першої інстанції у порушення норм матеріального та процесуального права взагалі не став досліджувати викладені вище аргументи Позивача про невідповідність оскаржуваного наказу Відповідача положенням Європейської конвенції, в результаті це призвело до неповного з'ясування судом обставин, що мають значення для справи та неправильного вирішення справи.

На переконання Позивача суд першої інстанції необґрунтовано відмовив у задоволенні клопотань про вступ у справу в якості третіх осіб Громадській організації «Клуб Еней» (м. Київ), Благодійній організації «Благодійний Фонд «Ніка Київ» (м. Київ), Громадської організації «Благодійний фонд «Дроп ін центр», які мали з Позивачем чинні Угоди про надання Грантів на здійснення діяльності з протидії ВІЛ/СНІД на території м. Києва, один з напрямків діяльності за угодами включав в себе обмін використаних шприців та голочок у споживачів ін'єкційних наркотиків. Таким чином суд позбавив їх законної можливості надати необхідні докази негативного впливу оскаржуваного наказу Відповідача на діяльність з профілактики ВІЛ/СНІД у м. Києві, яка підтримується Позивачем.

Також суд необґрунтовано відмовив у задоволенні клопотань про вступ у справу в якості третіх осіб ВІЛ-позитивному клієнту програми профілактики розповсюдження ВІЛ-

інфекції, яка реалізується неурядовими організаціями міста Черкаси Бережному Костянтину Анатолійовичу та Майстат Людмилі Віталіївни - матері п'ятирічної дитини, яка наражається на небезпеку інфікування ВІЛ та іншими небезпечними інфекціями через брудні використані шприці у громадських місцях у м. Борисполі.

Враховуючи важливість інформації, що має значення по справі, і яку можуть повідомити суду уповноважені представники Громадської організації «Клуб Еней» (м. Київ), Благодійній організації «Благодійний Фонд «Ніка Київ» (м. Київ), Громадської організації «Благодійний фонд «Дроп ін центр» та громадяни Бережний К.А. і Майстат Л.В., Позивач вважає за необхідне на підставі ст. 187 КАС України викликати їх у судові засідання для дачі пояснень по справі та з'ясування конкретних фактів негативного впливу оскаржуваного наказу на діяльність з профілактики ВІЛ-інфекції, у т.ч. на роботу з обміну використаних шприців для СНІВ, що підтримується Позивачем; негативний вплив на поведінку клієнтів вищезазначених програм та вплив на епідемічне благополуччя громадян, що мешкають на певній території, де поширені ризиковані практики ін'єкційного вживання опіоїдних наркотичних засобів.

Враховуючи вищевикладене, керуючись ст. 49, 50, 56, 59, 185, 187, 195, 196, 198, 202 Кодексу адміністративного судочинства України,

Просимо:

1. Скасувати Постанову Окружного адміністративного суду м. Києва № 2а-6089/11/2670 від 13 вересня 2011 року та прийняти нову постанову про задоволення позовних вимог у повному обсязі.
2. Викликати в якості свідків наступних осіб, які можуть дати пояснення по справі:
 - **Ващенчук Оксану Володимирівну**, (адреса: Київ 94, бульвар Верховної ради 23 кв 26, тел: 0503562804, ел. пошта: ovashchenchuk@meta.ua, заступника голови Правління Громадської організації «Клуб Еней» (м. Київ), що надає допомогу наркозалежним людям. 1 жовтня 2010 року Позивачем з даною організацією було укладено Угоду про надання Гранту № 36 - GF-11 на здійснення діяльності з протидії ВІЛ/СНІД на території м. Києва, один з напрямків діяльності за угодою включає в себе обмін використаних шприців та голок у споживачів ін'єкційних наркотиків;
 - **Перковську Олену Болеславівну**, (адреса: Київ, вул. Вітряні гори 21/7 кв.17, тел: 0500876683, ел. пошта: nika.kiev.ukraine@ukr.net), заступника Голови Правління Благодійної організації «Благодійний Фонд «Ніка Київ», що надає допомогу наркозалежним людям. 1 жовтня 2010 року Позивачем з даною організацією було укладено Угоду про надання Гранту № 26- GF-11 на здійснення діяльності з протидії ВІЛ/СНІД на території м. Києва загальним обсягом 250 030 грн., один з напрямків діяльності за угодою включає в себе обмін використаних шприців та голок у споживачів ін'єкційних наркотиків;
 - **Куцева Павла Миколайовича**, 1960 року народження (адреса: Київ, бульвар Кольцова,19, 3 під'їзд, кв. 16, тел: 0504113551, ел. пошта: dropincenter@mail.ru), директора та голови правління Громадської організації «Благодійний фонд «Дроп ін центр», що надає допомогу наркозалежним людям. 1 жовтня 2010 року Позивачем з даною організацією було укладено Угоду про надання Гранту № 44- GF-11 на здійснення діяльності з протидії ВІЛ/СНІД на території м. Києва загальним обсягом 982 907 грн. один з напрямків діяльності за угодою включає в себе обмін використаних шприців та голок у споживачів ін'єкційних наркотиків;
 - **Бережного Костянтина Анатолійовича**, адреса: м. Черкаси, пров. Олега Кошового, 2, тел. 0674702808, який є ВІЛ-позитивною особою, клієнтом програми профілактики розповсюдження ВІЛ-інфекції, яка реалізується неурядовими організаціями міста Черкаси за підтримки Позивача;

- **Майстат Людмилу Віталіївну, адреса: м. Бориспіль, вул. Горького 44 кв. 112, тел. 0964115763, мати п'ятирічної дитини, яка наражається на небезпеку інфікування ВІЛ та іншими небезпечними інфекціями через брудні використані шприці у громадських місцях у м. Борисполі**

Додатки всього на 95 аркушах:

1. Квитанція про сплату судового збору (на 1 арк).
2. Довіреність на представника Позивача (на 1 арк).
3. Витяг з Таблиць статистики Міжнародного комітету з контролю за наркотиками ООН «Таблиці XIV.1 та XIV.2» в оригіналі на англійській мові та переклад на українську мову, зроблений Позивачем (оригінал документу доступний на офіційному веб-сайті МККН ООН за посиланням: http://www.incb.org/pdf/technical-reports/narcotic-drugs/2009/tables_of_reported_statistics.pdf) англійською мовою разом з перекладом на українську мову (на 5 арк).
4. Витяг з офіційного веб - сайту Міністерства юстиції України з наказом Міністерства юстиції України від 21.08.2010 року № 1985/5 «Про повернення нормативно-правового акта без державної реєстрації для доопрацювання» (<http://www.minjust.gov.ua/0/31108>), роздрукований 4 жовтня 2011 року (на 1 арк).
5. Завірена належним чином копія офіційного листа Управління ООН з наркотиків та злочинності до Позивача від 12.09.2011 за № 2011/UNODC/09/01, вх. № 1337 з перекладом на українську мову (на 12 арк).
6. Копії Апеляційної скарги та додатків до неї для сторін, що беруть участь у справі (на 77 арк).

Представник Позивача (за довіреністю)

п/п

Скала П.В.

05 жовтня 2011 року

