

**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

Адреса електронної пошти: [voytenko@aidsalliance.org.ua](mailto:voytenko@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](mailto:skala@aidsalliance.org.ua)

**Відповідач:**

Найменування: **Міністерство охорони здоров'я України**

Поштова адреса: 01601, м. Київ, вул. Грушевського, 7

Номер засобів зв'язку: тел. (044) 253-61-94, факс 253-40-17

**ПОЗОВНА ЗАЯВА**

**(АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПОЗОВ)**

**про визнання недійсним (нечинним)**

**Наказу Міністерства охорони здоров'я України**

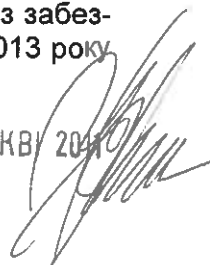
**№ 634 від 29.07.2010 в частині встановлення розмірів окремих  
наркотичних засобів і прекурсорів**

29 жовтня 2010 року вступив у законну силу наказ 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», зареєстрований в Міністерстві юстиції України 7 жовтня 2010 року за N 900/18195.

Наказом затверджено «Таблицю невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, що знаходяться у незаконному обігу», зокрема встановлено необґрунтовану кількість наркотичного засобу «опій ацетильований - засіб, що містить у своєму складі ацетильовані похідні алкалоїдів опію», а також необґрунтовано встановлено великі розміри прекурсорів: «оцтового ангїдриду», «ефедрину» та «псевдоефедрину».

Вказані положення зазначеного Наказу МОЗ України суперечать державним інтересам, порушують Конституцію України та інші закони України, не відповідають вимогам Конвенції про захист прав людини та основних свобод.

Оскаржуваним наказом порушується права позивача як виконавця 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, зокрема ч.2, п.2, II розділу «Завдань та заходів» додатку до Програми, що передбачає надання споживачам ін'єкційних наркотиків (СІН) соціальних послуг із забезпечення стерильними медичними виробами одноразового використання, якими до 2013 року має бути охоплено 60% СІН.



Внаслідок прийняття Наказу МОЗ України № 634 від 29.07.2010 та вступом у силу нової редакції «Таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу» рівень криміналізації споживачів наркотиків на основі ацетильованого опію (найбільш поширені у незаконному обігу в Україні наркотики, що вживаються ін'єкційним шляхом) фактично підвищився **у 20 разів**, у порівнянні з редакцією наказу МОЗ України, що діяла до вступу у силу оскаржуваного наказу, оскільки кримінальна відповідальність настає за незаконне зберігання 0,005 г опію ацетильованого (*проти 0,1 г згідно попередньої редакції*). Адже саме на підставі «Таблиць розмірів наркотиків...», затверджених оскаржуваним наказом МОЗ України, органи дізнання, досудового слідства та суд розмежовують незаконне зберігання певної кількості наркотиків як адміністративне правопорушення (ст. 44 КУпАП) або як кримінальний злочин (ст. 309 КК України). Про необґрунтованість та незаконність цих змін свідчить хоча б той факт, що аналогічний «пори́г» криміналізації споживачів ацетильованого опію у Російській Федерації **відтепер у 100 разів вищий, ніж в Україні**, адже кримінальна відповідальність у РФ настає за зберігання 0,5 г ацетильованого опію.

Необґрунтовано було зменшено кількість розмірів окремих найбільш поширених в Україні прекурсорів у таблиці і «Великі та особливо великі розміри прекурсорів, що знаходяться у незаконному обігу», зокрема оцтового ангідриду - *у 125 разів (з 250 до 2 грамів)*, ефедрину та псевдо ефедрину – *у 50 разів (з 30 до 0,6 грамів)*.

23 грудня 2010 року Верховною Радою України прийнято Закон України N 2861-VI «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ», п.8 ст.4 якої гарантовано забезпечення запобігання поширенню ВІЛ-інфекції серед споживачів ін'єкційних наркотиків (СІН) за допомогою програм зменшення шкоди, що, серед іншого передбачають **створення умов для заміни використаних ін'єкційних голок і шприців на стерильні з подальшою їх утилізацією**.

Наявна судова практика по кримінальним справам в Україні свідчить, що нерідко навіть **залишків опію ацетильованого у використаному шприці може складати 0,005 г, чого достатньо для притягнення наркозалежної особи до кримінальної відповідальності за ст. 309 КК України та призначення покарання до 3-х років позбавлення волі**.

Проблема необґрунтованого підвищення у 20 разів рівня криміналізації осіб, які незаконно вживають ацетильований опій, безпосередньо впливає щонайменше **59,8 тис, або 76% усіх офіційно зареєстрованих на диспансерному обліку МОЗ України осіб з хронічною залежністю від опіоїдів**. Слід враховувати, що кількість наркозалежних, які не перебувають на обліку МОЗ, у декілька разів вище.

Таким чином окремі положення оскаржуваного Наказу МОЗ України є перешкодою для реалізації державної гарантії, викладеній у п.8 ст.4 вищезазначеного Закону України, вступає у протиріччя з Європейською конвенцією з прав людини та з цілим рядом положень міжнародних угод, ратифікованих в Україні, які не допускають дискримінаційного ставлення до хворих осіб (у т.ч. хворих на наркозалежність), гарантують доступ до послуг з лікування та профілактики.

**Стаття 24 Конституції України надає громадянам рівні конституційні права і свободи та є 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.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними» (N 62/95-ВР від 15.02.95):

*«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».*

Отже, особа, яка страждає на хронічне захворювання, залежна від опію ацетильованого у більшості випадків просто фізично не в змозі відмовитися від вживання наркотику, а отже підпадає під загрозу кримінального переслідування фактично за незаконне зберігання наркотиків для власного вживання.

В рамках понад семидесяти проектів зменшення шкоди, підтриманим позивачем за кошти Глобального фонду для боротьби зі СНІДом, туберкульозом та малярією, за останні 5 років було зібрано близько **20 млн. використаних шприців**, більшість з яких несли загрозу інфікування ВІЛ, гепатитами В та С для загального населення, **4 мільйони** з цих брудних використаних шприців було зібрано протягом жовтня 2009-вересня 2010 року.

Але, за результатами аналізу звітності за відповідними проектами за IV квартал 2010 та I квартал 2011 року Позивачем вже зафіксовано **тенденцію до зменшення кількості використаних шприців, що приносяться наркозалежними на обмін**, саме через побоювання загрози настання кримінальної відповідальності за незаконне зберігання наркотиків внаслідок вступу у дію оскаржуваного наказу МОЗ України.

Таким чином **виконання відповідного пункту плану заходів Загальнодержавної програми з протидії ВІЛ/СНІД у частині профілактики ВІЛ серед наркозалежних осіб може бути зірвано**, мільйони шприців, що зараз обмінюються профілактичними проектами зменшення шкоди, у подальшому будуть залишатися на вулицях, у громадських місцях тощо, що збільшує ризик зараження на ВІЛ загального населення, у т.ч. дітей; підвищиться рівня маргіналізації наркозалежних та уразливості їх до зараження ВІЛ та іншими інфекційними захворюваннями.

Постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 N 731 затверджено «Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади». Пункт 2 Постанови вимагає, щоб нормативно-правові акти Міністерств *відповідали Конвенції про захист прав людини та основних свобод, практиці Європейського суду, а також міжнародними договорами України*. Пункти 13 і 17 Положення про державну реєстрацію в якості підстави для відмови або скасування державної реєстрації передбачають невідповідність нормативного акту практиці Європейського суду. Аналогічні підстави передбачені і в Наказі Міністерства юстиції від 31.07.2000 N 32/5 «Про порядок скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів, занесених до державного реєстру».

Аналіз положень оскаржуваного Наказу МОЗ України N 634 дає підстави для висновку про його **невідповідність Конвенції про захист прав людини та основних свобод, а також практиці Європейського суду** щодо застосування пункту а, ч. 1 ст. 5 (право на свободу та особисту недоторканність), ст. 7 (покарання виключно на підставі закону) і ст. 14 (заборона дискримінації) Європейської Конвенції.

#### *Стаття 5.1 (а)*

##### *Право на свободу та особисту недоторканність*

*1. Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Ніхто не може бути позба-*

*влений свободи інакше як в наступних випадках і в порядку, встановленому законом:*  
а) законне ув'язнення особи після її засудження компетентним судом

Стаття 5 захищає від довільного втручання з боку держави в право індивідуума на свободу. «Довільне позбавлення волі не відповідає ч. 1 ст. 5. Поняття терміну «довільність» для цілей п.1, ст. 5 тягнеться за межі формальної відповідності або невідповідності національного права. Позбавлення волі може відповідати закону з точки зору національного права, але бути довільним з точки зору Конвенції і в цьому зв'язку їй суперечити». Тлумачення терміну «довільність» розрізняється залежно від підстав обмеження права на свободу, зазначених у ч. 1 ст. 5.

Наказ МОЗ України № 634 був прийнятий для цілей застосування під час притягнення особи до кримінальної та/або адміністративної відповідальності та застосування покарань у вигляді, у тому числі позбавлення волі і адміністративного арешту. Застосування цих покарань відповідає п. а, ч. 1 ст. 5 «законне ув'язнення особи після її засудження компетентним судом».

«Довільність» для цілей п. а, ч. 1, ст. 5 проявляється у випадках, коли, «незважаючи на відповідність букві національного закону, в діях органів влади присутні елементи недобросовісності або обману», або коли припис про позбавлення волі суперечить меті, передбаченій пунктом а, частини 1. ст. 5. Для визначення мети, передбаченої пунктом а, ч. 1. ст. 5, «слово "засудження", повинно розумітися в двоякому значенні: як підтвердження провини, після її встановлення відповідно до закону про злочинність діяння; як застосування покарання чи інших заходів у вигляді позбавлення волі».

Якщо в діях органів влади щодо встановлення провини і вибору покарання як позбавлення свободи немає несумлінності або обману, «саме рішення про застосування позбавлення волі та його тривалість, є предметом вирішення національних органів влади, а не Європейського суду з точки зору ст. 5». На наше думку Позивача Наказ МОЗ № 634 не забезпечує сумлінне і обґрунтоване (без зловживань) встановлення провини і застосування покарання у вигляді позбавлення волі за вчинення діянь, передбачених ст. 309 КК України.

Злочинність і караність діяння та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки Кримінальним Кодексом України (ч. 3, ст. 3 КК України). Змінений оскаржуваним Наказом МОЗ № 634 Наказ Міністерства Охорони Здоров'я України від 01.08.2000 N 188 злочинності і караність діяння не визначає, однак представляє собою документ, на підставі якого посадові особи правоохоронних і судових органів здійснюють кваліфікацію діянь з метою притягнення до кримінальної або адміністративної відповідальності.

Присутність в обґрунтуванні окремих розмірів наркотичних засобів елементів несумлінності і обману тягне переміщення цих елементів в дії посадових осіб при кваліфікації діянь та вирішенні питання про притягнення до кримінальної відповідальності. У зв'язку з цим, позбавлення волі як міру покарання, призначеного із застосуванням розмірів Наказу № 634 буде суперечити п. а, ч. 1 ст. 5 Європейської Конвенції.

Про несумлінність та/або обман у підході до визначення розмірів Наказу МОЗ № 634 говорить також невідповідність наказу цілям охорони здоров'я населення. Зниження розмірів наркотичних засобів для притягнення до кримінальної відповідальності фокусує роботу правоохоронних і судових органів на адміністративне/кримінальне переслідування наркоспоживачів, а не на збувачів наркотиків. Репресії стосовно наркоспоживачів створюють перешкоди їхньому доступу до медико-соціальних служб і послуг з профілактики та догляду за ВІЛ/СНІД, а також перешкоди роботі програм профілактики ВІЛ серед споживачів ін'єкційних наркотиків. Ховаючись від правоохоронних органів, споживачі наркотиків практикують ризиковані з точки зору зараження ВІЛ/СНІД практики наркоспоживання, підвищується кількість передозувань. Зростання кількості засуджених до позбавлення волі веде до ще більшої переповненості місць позбавлення волі та поширенню інфекційних захворювань серед засуджених. Бюджетні кошти, що направляються на правоохорону,

судову і пенітенціарну системи могли б знайти краще застосування у сфері охорони здоров'я. Очевидно, перешкоджаючи доступу до медико-соціальним службам, створюючи умови для зайвої захворюваності та запобіжної смертності, оскаржуваний Наказ МОЗ № 634 суперечить цілям охорони здоров'я в більшій мірі, ніж служить їх виконанню.

У своїх рішеннях Європейський суд неодноразово вказував, що тлумачення положень Конвенції вимагає прийняття до уваги норм і принципів міжнародного права, крім Конвенції. Виходячи з цього Наказ № 634 підлягає оцінці з точки зору його відповідності нормам і принципам міжнародного права, що стосуються позбавлення волі за зберігання наркотиків без мети збуту в їх взаємозв'язку з правом на здоров'я.

Виконання Конвенцій ООН про наркотики повинно відповідати зобов'язанням з прав людини.

Міжнародний Комітет з економічних, соціальних і культурних прав розглядає прийняття законів, які перешкоджають здійсненню права на здоров'я і тягнуть зайву захворюваність і смертність запобіжна як безумовного порушення ст. 12 Пакту про економічні, соціальні та культурні права.

Політична Декларація та План дій щодо налагодження міжнародного співробітництва з метою вироблення комплексної та збалансованої стратегії боротьби зі світовою проблемою наркотиків закликає до збалансованого підходу до зниження попиту на наркотики, де боротьба зі зловживанням наркотиками розглядається в якості медико-соціальної проблеми і в світлі дотримання прав людини.

Політична Декларація ООН з ВІЛ/СНІДу вимагає «активізувати зусилля щодо прийняття законодавства з метою ... забезпечення доступу до медичного обслуговування, соціальних та медичних послуг, профілактики, підтримки та лікування, інформації та юридичний захист осіб, уразливих до ВІЛ».

Комісія, а потім Рада з прав людини неодноразово закликали держави забезпечити відповідність їх внутрішнього законодавства зобов'язаннями з прав людини з тим, щоб кримінальне покарання не використовувалося недобросовісно проти уразливих до ВІЛ-інфекції груп населення, в повній відповідності з Міжнародними керівними принципами з ВІЛ/СНІДу та прав людини.

Комісія з наркотичних засобів ООН закликає, щоб держави-учасники ООН усунули можливі бар'єри у досягненні універсального доступу до профілактики, догляду та лікування при ВІЛ, так, щоб люди, що живуть з ВІЛ, а також які знаходяться в групі ризику зараження ВІЛ, включаючи споживачів наркотиків мали доступ до відповідних послуг. Сюди ж входять і рекомендації з профілактики інших інфекційних захворювань, серед споживачів ін'єкційних наркотиків, таких як туберкульоз та гепатити.

Застосування відповідно до міжнародних норм і принципів кримінального покарання і, зокрема, позбавлення волі у сфері зниження попиту на наркотики не повинно створювати перешкоди для реалізації права на здоров'я. Оскаржуваний Наказ № 634 не задовольняє цим критерієм.

У ході тлумачення та застосування Європейської Конвенції важливе значення мають результати наукових досліджень, у тому числі і для перегляду раніше прийнятих рішень при зміні наукових даних, включаючи дані, що стосуються питань застосування кримінального права. "Необхідність підходящої правової міри повинна розглядатися, беручи до уваги, зокрема, науковий та суспільний розвиток України". Оскаржуваний наказ МОЗ України, на переконання позивача, не був оцінений з точки зору наукової обґрунтованості застосування суворого покарання за невеликі розміри наркотичних засобів.

Дослідження вказують, що репресивна щодо наркоспоживачів політика не призводить до значущого зниження рівня споживання наркотиків.

Ще менш значимі результати «заякування» виглядають у світлі витрат на систему правосуддя та ув'язнення, в сукупності з негативними наслідками перепоповненості місць позбавлення волі і негативними. Дослідження вказують на більшу ефективність використання альтернатив кримінальному переслідуванню і позбавлення волі за незначні злочини, пов'язані з наркотиками. Дослідження правозастосовчої практики країн Євросоюзу, проведені Європейським Центром з моніторингу за наркотиками та наркотичною залежністю, показує тенденцію не застосування позбавлення волі за зберігання наркотиків у кількостях, що свідчать про мету особистого споживання. Управління ООН з наркотиків і злочинності відзначає неефективність заякування кримінального покарання і на підставі наукового аналізу рекомендує відмовитися від позбавлення волі за незначні злочини, пов'язані з наркотиками.

Створення умов для кримінального покарання за обіг найдрібніших розмірів наркотичних засобів, суперечить міжнародній практиці контролю над наркотиками і науковим рекомендаціям у даній сфері.

Міністерство охорони здоров'я України є провідним органом у системі центральних органів виконавчої влади із забезпечення реалізації державної політики у сфері охорони здоров'я. Розробляючи Наказ № 634 МОЗ України мало знати про викладені вище міжнародній практиці та наукових рекомендаціях. Невідповідність їм Наказу говорить про його несумлінне обґрунтування та/або умисне введення в оману як правозастосовників, так і громадськість.

Виходячи з викладеного, оскаржуваний Наказ № 634 сприяє безпідставному застосуванню позбавлення волі як покарання і в цьому зв'язку суперечить п. а, ч. 1 ст. 5 Європейської Конвенції.

#### *Стаття 7. Жодного покарання без закону*

*1. Ніхто не може бути засуджений за вчинення будь-якого діяння або за бездіяльність, яка на момент його вчинення національного чи міжнародного права не були кримінальним злочином. Не може також накладатись покарання тяжче від того, яке застосовувалося на час вчинення кримінального злочину.*

Статтю 7 необхідно тлумачити і застосовувати, беручи до уваги, що її метою є «забезпечення ефективного захисту від довільного судового переслідування, засудження та покарання. Стаття 7 також включає в себе принцип заборони надмірного тлумачення кримінального закону на шкоду обвинуваченого».

Визначаючи злочинність і караність діяння, Кримінальний кодекс України, не визнає злочином дію або бездіяльність, яка хоча формально містить ознаки злочину, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Суд призначає покарання, враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину (п.3, ч. 1, ст. 65 КК України).

Наявність даних норм має важливе значення у справах про незаконний обіг наркотиків, беручи до уваги, що КК України ґрунтується на загальних принципах і нормах міжнародного права (ст. 3 КК України). На підставі ст. 3 Закону України 60/95-ВР від 15.02.1995 «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори», заходи контролю над обігом наркотичних засобів, включаючи відповідальність за їх порушення повинні відповідати нормам міжнародних договорів України. На це спеціально зазначено у Постанові Пленуму Верховного суду України N 4 від 26.04.2002 «Про судову практику у справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів». Приймаючи рішення про кримінальне переслідування та / або покарання за ст. 309 КК України, правоохоронні органи та органи системи правосуддя повинні керуватися нормами і принципами міжнародного права і положень міжнародних договорів України, зокрема Конвенцій ООН про наркотики, міжнародних договорів про права людини, а також брати до уваги практику їх застосування (ст. 31 Віденської Конвенції 1969 року про право міжнародних

договорів). Зокрема тлумачення норм Конвенцій ООН про наркотичні засоби в частині, що стосується позбавлення волі за зберігання наркотиків без мети збуту, отримало відображення в документах ООН і МККН (офіційного органу, створеного Конвенцією), а також правозастосовчої практики багатьох країн, де при призначенні покарання за злочини, пов'язані з наркотиками враховується принцип пропорційності (пропорційності). Офіційний коментар ООН до Конвенції ООН 1988 року прямо вказує, що приймаючи рішення про порядок виконання ч. 2 ст. 3 Конвенції ООН 1988 року (зберігання для особистого користування без мети збуту) доцільно враховувати практику інших країн.

Дослідження Європейського Центру з моніторингу за наркотиками та наркотичною залежністю вказують, що в більшості країн Євросоюзу, пороги для притягнення до відповідальності за зберігання наркотиків без мети збуту, при їх визначенні в нормативних актах або інструкціях, близькі до 1 граму для героїну. В Україні поріг для притягнення до кримінальної відповідальності за зберігання без мети збуту героїну чи ацетильованого опію складає 0,005 грама, тобто у 200 разів менше.

Більш того, дослідження вказують, що справи про зберігання без мети збуту в невеликих (у середньому близько 1 грама героїну) кількостях наркотиків вкрай рідко закінчуються призначенням покарання у вигляді позбавлення волі.

Згідно з позицією МККН, непропорційно висока покарання, особливо позбавлення волі, по відношенню до споживачів ін'єкційних наркотиків суперечить цілям Конвенцій ООН про наркотичні засоби. Оцінюючи законодавчі зміни в Португалії, де питання про кримінальне переслідування за зберігання героїну може підніматися при кількості не менше 10 денних доз (1 грам), МККН вказував, що практика звільнення від кримінального переслідування за невеликі розміри наркотичних засобів відповідає міжнародним договорам з контролю над наркотиками.

Хартія Європейського Союзу про основні права закріплює частиною принципу законності та пропорційності, що «суворість покарання повинна відповідати тяжкості правопорушення» (ч. 3 ст. 49).

УНП ООН, виходячи з аналізу міжнародних стандартів прав людини, також говорить про принцип відповідності суворості покарання тяжкості вчиненого правопорушення та про використання покарання у вигляді позбавлення волі, тільки як крайній захід.

Наказ МОЗ № 634 створює спрощені умови для призначення суворого покарання за незначні правопорушення пов'язані зі зберіганням наркотиків без мети збуту. УНП ООН відзначає, що подібна практика служить каталізатором корупції серед співробітників правоохоронних органів.

Викладене дозволяє зробити висновок про те, що тлумачення та застосування Конвенцій ООН про наркотики стосовно до покарання за зберігання наркотиків без мети збуту в невеликих кількостях для особистого споживання, виходить з незастосування кримінального покарання, особливо у вигляді позбавлення волі за дані види правопорушень. При цьому пороги розмірів для цілей залучення до відповідальності близькі до 1 граму для героїну. Виходячи з вимог дотримання загальноприйнятих норм і принципів міжнародного права, а також норм міжнародних договорів, застосування ст. 309 у взаємозв'язку з ч. 2 ст. 11, а також п. 3, ч. 1, ст. 65 КК України має це враховувати.

Підставою для кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК України (ст. 2 КК України). Для встановлення ознак складу злочину в предмет доказування крім інших обставин входять обставини, що впливають на ступінь тяжкості злочину, а також обставини, що характеризують особу обвинуваченого (п.3, ст. 64 КПК України). При кваліфікації діянь за ч. 1 ст. 309 КК України важливе значення має визначення невеликого розміру. Якщо слідувати логіці визначення невеликого розміру, виходячи з 10 кратного перевищення денної дози, то

визначення самої денної дози повинно враховувати мінливість ступеня толерантності до наркотику і чистоти наркотику. Дані УНП ООН за 2007 рік показують, що чистота оптового героїну в Україні становить від 20 до 75 відсотків. Чистота роздрібних наркотиків зазвичай набагато нижче. Виконуючи вимоги ч. 2 ст. 11, а також п. 3, ч. 1, ст. 65 КК України, та беручи до уваги п. 3, ст. 64 КПК України, правозастосовуючі органи повинні мати можливість враховувати рівень толерантності до наркотику в особи, при якому виявлено наркотики без мети збуту, різниця в чистоті наркотику в конкретній місцевості та інші фактори, які можуть дозволити об'єктивно зробити висновок про те, чи є розмір наркотику невеликим і таким чином вирішити питання про тяжкість правопорушення і можливе покарання. Встановлені Наказом № 634 порогові не дозволяють цього зробити.

Встановлюючи мінімальні розміри для притягнення до кримінальної відповідальності за зберігання наркотиків без мети збуту, Наказ МОЗ № 634, позбавляє правозастосовні органи 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, а також беручи до уваги обставини, що підлягають доведенню у справі. 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 обвинуваченого і довільного призначення суворого покарання, що суперечить практиці Європейського суду щодо застосування ст. 7 Європейської Конвенції.

#### *Стаття 14. Заборона дискримінації*

*Користування правами і свободами, визнаними в цій Конвенції, гарантується без якої б то не було дискримінації за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або за інших обставин.*

*Дискримінація - звернення щодо особи інакше в порівняно подібних ситуаціях без об'єктивних на те причин або раціональних пояснень.*

Виходячи з практики Європейського суду, стаття 14 доповнює інші матеріальні положення Конвенції та протоколів до неї. Вона не має незалежного існування, так як діє тільки щодо здійснення прав і свобод, визнаних в Європейській Конвенції. Хоча застосування ст. 14 не презюмують порушення інших положень Європейської Конвенції, стаття 14 не може застосовуватися до тих пір, поки факти питання, що підлягають розгляду не підпадають під жодну з матеріальних статей Європейської Конвенції.

Наказ МОЗ № 634 підпадає під дію п. а, ч. 1, ст. 5, а також ст. 7 Європейської Конвенції. З одного боку Наказ № 634 створює умови для довільного застосування норм про злочинність і караність діяння до широкого кола осіб, які вживають наркотики, включаючи більше 58 тисяч осіб, зареєстрованих Міністерством охорони здоров'я України як хворих на опійну наркоманію. З іншого боку відносно тієї ж групи осіб, Наказ МОЗ № 634 перешкоджає застосуванню норм про малозначність діяння і пропорційності покарання. КК 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. Конституція України встановлює рівність усіх у правах (ст. 21).

Європейський суд зазначає, що свобода від дискримінації в реалізації прав, гарантованих Конвенцією, порушується у випадку, якщо в порівняно аналогічних ситуаціях держава звертається з окремими особам відмінно від інших без наявності об'єктивних чи раціональних на те підстав. Заборона дискримінації також порушується, якщо держава без об'єктивних і раціональних на те причин не звертається відмінно від інших з особами, ситуація яких вимагає відмінного від інших звернення.

У частині п. а, ч. 1 ст. 5 Європейської Конвенції, Наказ МОЗ № 634 створює умови для застосування суворого покарання у вигляді позбавлення волі на підставі довільно вибраних мізерно малих розмірів наркотичних засобів і психотропних речовин. Розміри для ацетильованого опію настільки малі, що дозволяють ставити питання про притягнення до кримінальної відповідальності навіть за наявності при особі залишків ін'єкційного розчину в шприці. Є відповідна судова практика. Верховний суд України рекомендував притягувати до кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 309 КК України, при скоєнні передбачених цією нормою дій «навіть з мізерною кількістю». Іншими словами, обрана законодавцем градація тяжкості покарання в залежності від величини розміру наркотичного засобу або психотропної речовини нівелюється підзаконним актом - Наказом МОЗ № 643, а слідом за ним і Наказом № 188 МОЗ України. Не по одному з інших діянь, за які КК України передбачено посилення відповідальності залежно від тяжкості скоєного правопорушення не передбачено такого правозастосування. 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 обороту в даному контексті не має значення. Групу осіб, які порушують заборону про обіг наркотичних засобів, можна порівняти з групою інших правопорушників, застосування до яких покарання у вигляді позбавлення волі поставлено законодавцем у залежність від тяжкості скоєного правопорушення і це враховується у правозастосовчій практиці. Причини створення інших умов саме для цієї групи людей можуть носити дискримінаційний характер. Виходячи з цього, постановка питання про дискримінацію у взаємозв'язку з п. а, ч. 1 ст. 5, на наше переконання, цілком обґрунтована.

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 нівелюванню 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, різне на підставі Наказу № 634 звернення до цієї групи осіб не відноситься до сфери можливого різного звернення 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, "засноване чи різниця у зверненні 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 національної влади і в цьому зв'язку оцінці на предмет відповідності Європейській Конвенції не розглядається. Однак, ознака «наркоспоживання» очевидно відноситься до «інших ознаками» для цілей застосування ст. 14 Європейської Конвенції. У зв'язку з цим правомірний висновок про те, 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 досягненню мети охорони здоров'я.

За даними державної судової адміністрації України лише протягом 2010 року кількість осіб, засуджених судами загальної юрисдикції за скоєння злочинів, передбачених ч.1. ст. 309 КК України склала 13308 осіб, що складає майже 8% від загальної кількості осіб, засуджених за скоєння злочинів. З урахуванням останніх змін, викликаних вступом у дію оскаржуваного наказу, кількість засуджених за скоєння злочинів, передбачених ч.1. ст. 309 КК України у 2011 буде значно більше.

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 співрозмірні досягненні мети охорони здоров'я, але й прямо їй суперечать. У зв'язку з цим Наказ МОЗ № 634 порушує встановлений ст. 14 Європейської Конвенції заборону дискримінації у взаємозв'язку з правом на свободу.

У площині ст. 7 Європейської Конвенції Наказ № 634 перешкоджає застосуванню норм про 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. Всі викладені вище причини можливості аналізу Наказу МОЗ № 634 крізь призму ст. 14 Європейської Конвенції у взаємозв'язку з п. а, ч. 1, ст. 5 Європейської Конвенції застосовні і в якості причин можливості аналізу Наказу № 634 на відповідність ст. 14 Європейської Конвенції у взаємозв'язку зі ст. 7 Європейської Конвенції.

Перешкоджаючи провозагосновникам враховувати рівень толерантності особи до наркотику, Наказ МОЗ № 634 створює умови, за яких у найгіршій ситуації перебувають особи з високою толерантністю. Як було зазначено вище, співвідношення денної дози між мінімальною і максимальною толерантністю може складати 1:100. Як правило, вище толерантність у регулярних споживачів, які вже мають ту чи іншу ступінь залежності. Для таких осіб денна доза, а тим більше 10 денних доз, з урахуванням низької чистоти вуличних наркотиків, будуть у тисячі разів перевищувати розміри, встановлені Наказом МОЗ № 634. Застосування ч. 2 ст. 11, п.3, ч. 1, ст. 65 КК України, п. 3, ст. 64 КПК України при кваліфікації діянь за ст. 309

КК України має враховувати рівень толерантності, чистоту і тим більше факт наркозалежності. Очевидно, що ситуація регулярних наркоспоживачів, а тим більше наркозалежних істотно відрізняється від ситуації інших споживачів наркотиків. «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 ». 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.

Оцінюючи зобов'язання Міністерства юстиції України та Міністерства охорони здоров'я України як щодо Наказу № 634, так у відношенні інших аналогічних документів, Європейський суд виходить з принципової позиції, що «вирішення питання про те, які заходи необхідно вжити для забезпечення законності та гарантій конституційних прав, відноситься до компетенції національних органів влади. Проте здійснення даних заходів має відповідати зобов'язанням, взятим на себе в рамках Європейської Конвенції за можливості оцінки з боку органів Конвенції. Інше суперечило б повноваженням Європейського суду забезпечувати дотримання державами зобов'язань Європейської Конвенції ». Європейський суд ніколи не виключає можливість визнання прямого протиріччя національного законодавства Європейської Конвенції.

Всупереч чинному законодавству України оскаржуваний наказ МОЗ України № 643 не було опубліковано в установленому порядку, проект не пройшов громадського обговорення, не було здійснено жодної науково-дослідної роботи, що доводила б корисність та ефективність запропонованих змін.

Слід зазначити, що Позивач протягом листопада 2010 – лютого 2011 року неодноразово офіційно звертався до МОЗ України з листами щодо приведення оскаржуваного наказу у відповідність, з метою усунення вищезазначених вад, але ситуація до цього часу не змінилася.

Більш того, проблема була розглянута засіданні Національної Ради з питань протидії туберкульозу та ВІЛ-інфекції/СНІДу при Кабінеті Міністрів України від 11 листопада 2010 року, п.12 Протокольного рішення якого рекомендовано МОЗ України внести зміни до оскаржуваного Наказу в частині «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». До цього часу зазначене рішення національної ради залишається невиконаним.

Оскаржуваний наказ МОЗ суттєво обмежує обсяг та якість прав і свобод як наркозалежних хворих так і здорових громадян на захист від зараження і захворювання на ВІЛ/СНІД та інші інфекційні захворювання, грубо порушує ч. 1, 2 ст. 3, ч.1, 2 ст. 24, ст. 49, ч. 1 ст. 50 Конституції України, норми Закону України "Про захист населення від інфекційних хвороб", Закону України «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ», Закону України "Про забезпечення санітарного та епідеміологічного благополуччя населення".

*На підставі вищевикладеного, керуючись ст.ст. 2, 4, 6, 9, 18, 19, 56, 59, 99, 104, 105, 106, 171 Кодексу адміністративного судочинства України,*

**ПРОШУ СУД:**

Визнати недійсним (нечинним) Наказ 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 невеликих розмірів наркотичного засобу «опій ацетильований», та в частині встановлення великих розмірів прекурсорів: «оцтового ангідриду», «ефедрину» та «псевдоефедрину».

**Перелік документів, що додаються, (додатки) на 40 арк.:**

1. Наказ 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» на 12 аркушах.
2. Довіреність на представника Позивача – на 1 арк.
3. Квитанція про сплату судового збору за подання адміністративного позову - на 1 арк.
4. Копія позовної заяви та документів, що приєднуються до неї, на 26 аркушах.

«26» квітня 2011 р.

Представник Позивача (за довіреністю)



Скала П.В.