



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

© Рада Європи/Європейський суд з прав людини, 2014. Цей переклад було замовлено за підтримки Цільового фонду «Права людини» Ради Європи (www.coe.int/humanrightstrustfund). Він не є зобов'язальним для Суду. Для отримання додаткової інформації див. повне посилання на авторське право в кінці цього документу.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2014. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright indication at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2014. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyright/droits d'auteur à la fin du présent document.

ВЕЛИКА ПАЛАТА

СПРАВА « СОДЕРМАН проти ШВЕЦІЇ »

(Заява № 5786/08)

РІШЕННЯ

СТРАСБУРГ

12 листопада 2013 року

Це рішення є остаточним, але може підлягати редакційним правкам.

У справі « Содерман проти Швеції »,

Європейський суд з прав людини, засідаючи Великою палатою, у такому складі:

Джосеп Касадевалл (Josep Casadevall), Голова,
Гідо Раймонді (Guido Raimondi),
Інета Зім'єле (Ineta Ziemele),
Ізабелла Берро-Лефевр (Isabelle Berro-Lefèvre),
Корнеліу Бірсан (Corneliu Bîrsan),
Бошт'ян М. Зупанчіч (Boštjan M. Zupančič),
Мір'яна Лазарова Трайковська (Mirjana Lazarova Trajkovska),
Леді Біанку (Ledi Bianku),
Здравка Калайджієва (Zdravka Kalaydjieva),
Крістіна Пардалос (Kristina Pardalos),
Джулія Лафранж (Julia Laffranque),
Пауло Пінто де Альбукерке (Paulo Pinto de Albuquerque),
Лінос-Александр Сіціліанос (Linos-Alexandre Sicilianos),
Ерік Мооз (Erik Møse),
Гелен Келлер (Helen Keller),
Гелена Ядерблом (Helena Jäderblom),
Йоганес Сілвіс (Johannes Silvis), *судді*,

та Ерік Фрайберг (Erik Fribergh), *секретар*,

після обговорення у закритому засіданні 3 квітня 2013 року та 25 вересня 2013 року,

виносить таке рішення, яке було прийнято в останній із зазначених днів:

ПРОЦЕДУРА

1. Справу розпочато за заявою (№5786/08) проти Королівства Швеції, поданою до Суду 21 січня 2008 року відповідно до статті 34 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод ("Конвенція") громадянкою Швеції, пані Елізою Содерман (Eliza Söderman / "заявниця").

2. Заявницю представляли пан Дж. Содергрєн (J. Södergren), пан К. Льюїс (K. Lewis) та пан С. Крафурд (C. Crafoord), адвокати, що практикують у Стокгольмі. Уряд Швеції ("Уряд") представляли його Уповноважені особи пан А. Ронквіст (A. Rönquist), пані Г. Айсаксон (G. Isaksson) та пан О. Відгрєн (O. Widgren) з Міністерства закордонних справ.

3. Заявниця стверджувала, що держава Швеція не виконала свій обов'язок за статтею 8 Конвенції надати їй засоби юридичного захисту проти порушення її вітчизном її особистої недоторканності, коли він

намагався таємно зафільмувати її оголеною в їхній ванній кімнаті, коли їй було 14 років. Вона також посилалася на статтю 13 Конвенції.

4. Заяву було розподілено до Третьої секції Суду (пункт 1 правила 52 Регламенту Суду). Голова секції погодився з проханням заявниці не розкривати її ім'я (пункт 3 правила 47 Регламенту Суду) і справа отримала назву "*E.S. v. Sweden*". 1 лютого 2011 року Суд змінив склад своїх секцій (пункт 1 правила 25 Регламенту Суду) і заяву було розподілено до новосформованої П'ятої секції. 12 червня 2012 року Палата у складі Д. Шпільманна (D. Spielmann), Голова, Е. Фура (E. Fura), К. Юнгвірта (K. Jungwiert), М. Віллігера (M. Villiger), А. Пауер-Форд (A. Power-Forde), Г. Юдківської (G. Yudkivska), А. Потоцкі (A. Potocki), судді, а також С. Вестердіка (C. Westerdiek), секретар секції, винесла своє рішення. Палата вирішила розглянути скаргу лише за статтею 8 та одногolosно визнала її прийнятною і постановила, чотирма голосами проти трьох, що порушення цієї статті було відсутнє. До рішення додавалася спільна окрема думка, що не збігалася з думкою більшості, суддів Д. Шпільманна, М. Віллігера та А. Пауер-Форд.

5. Дев'ятнадцятого вересня 2012 року заявниця звернулася з проханням направити справу до Великої палати відповідно до статті 43 Конвенції, а колегія Великої палати схвалила це прохання 19 листопада 2012 року.

6. Склад Великої палати був визначений відповідно до положень пунктів 4 та 5 статті 26 Конвенції та правила 24 Регламенту Суду.

7. Заявниця та Уряд кожен подали додаткові письмові коментарі щодо суті справи (пункт 1 правила 59).

8. Крім того, коментарі з боку третьої сторони були отримані від Центру з прав людини Університету Гента, якому Голова Великої палати дав дозвіл втрутитися шляхом письмової процедури (пункт 2 статті 36 Конвенції та пункт 2 правила 44).

9. Двадцять другого березня 2013 року Голова Великої палати задовольнив прохання заявниці від 12 березня 2013 року скасувати анонімність, яка була їй надана.

10. Було проведено публічні слухання в Будинку прав людини в Страсбурзі 3 квітня 2013 року (пункт 3 правила 59).

До Суду з'явилися:

(a) від Уряду

Пан А. РОНКВІСТ, Уповноважений Уряду, Посол та Генеральний директор з юридичних питань, Міністерство закордонних справ,
Юридичний представник,
Пані Г. АЙСАКСОН, Другий Уповноважений Уряду, заступник директора, Міністерство закордонних справ,

Пан О. ВІДГРЕН, Другий Уповноважений Уряду, спеціальний радник, Міністерство закордонних справ,

Пан М. САФСТЕН (M. SÄFSTEN), старший юридичний радник, Міністерство юстиції,

Пані В. ЛАНГ (V. LÅNG), заступник директора, Міністерство юстиції,

Пан К. РОЗЕНМЮЛЛЕР (C. ROSENMÜLLER), юридичний радник, Міністерство юстиції, *Радники*

(b) *від заявниці*

Пан ДЖ. СОДЕРГРЕН, адвокат,

Пан К. ЛЬЮІС, адвокат,

Пан С. КРАФУРД, адвокат,

Юридичні представники.

Заявниця також була присутня.

Суд заслухав виступи пана Крафурда, пана Льюїса, пана Содергрена та пана Ронквіста, а також їхні відповіді на запитання суддів Зім'єле, Сіціліаноса, Пінто де Альбукерке та Зупанчіча.

ФАКТИ

I. ОБСТАВИНИ СПРАВИ

11. Заявниця народилася в 1987 році та проживає в Лудвіці.

12. У вересні 2002 року, коли їй було 14 років, вона виявила, що її вітчим приховав відеокамеру у кошику з білизною у ванній кімнаті, камера здійснювала запис та була спрямована на місце, де вона роздягалася перед тим як прийняти душ. Одразу після інциденту запис був спалений до того, як його хтось побачив.

13. У вересні 2004 року, два роки потому, матір повідомила про інцидент поліцію. Заявниці було надано офіційно призначеного юридичного представника (*målsägandebiträde*) 5 жовтня 2004 року.

14. Двадцять першого жовтня 2005 року державний обвинувач пред'явив обвинувачення вітчиму у сексуальному домаганні (*sexuellt ofredande*) згідно з пунктом 3 статті 7 Глави 6 Кримінального кодексу. Вітчим також був обвинувачений за двома епізодами сексуального домагання двоюрідної сестри заявниці, вчиненого навесні та влітку 2003 року, коли двоюрідній сестрі було 16 років, за те, що він гладив її по стегну та висловив свою бажання мати з нею статеві стосунки. Четвертим пунктом обвинувачення за сексуальне домагання було те, що він нібито заглядав у вікно до кімнати заявниці, коли вона роздягалася, наприкінці літа 2003 року.

15. Двадцятого січня 2006 року заявниця, яку представляв захисник, подала вимогу у кримінальній справі про відшкодування шкоди в розмірі 25 000 шведських крон: 15 000 крон в якості компенсації за порушення її особистої недоторканності та 10 000 крон за біль та страждання. Заявниця посилялася у своїй особистій вимозі на “кримінальне діяння, у якому її вітчим обвинувачувався”, без посилання на жодне конкретне положення Закону про деліктну відповідальність.

16. Заявниця, її вітчим, її матір та її двоюрідна сестра надали свідчення у районному суді Фалуна (*Falu Tingsrätt*). Заявниця пояснила, що у відповідний день у вересні 2002 року, коли вона збиралася прийняти душ, її вітчим щось робив у ванній кімнаті. Коли вона знайшла камеру, то та була в стані записування, гуділа та блимала. Заявниця не натискала жодних кнопок. Вона в сльозах пішла до матері, взявши відеокамеру, загорнуту в рушник. Вітчим забрав камеру в матері. Пізніше заявниця бачила, як її мати та вітчим спалили плівку, але вона не була впевнена, чи це був її запис.

17. Мати заявниці підтвердила її свідчення та додала, що вона не знала, чи було щось записано, оскільки плівку було спалено і вона її не дивилася. Вона не повідомляла поліцію про цей випадок до 2004 року, коли вона дізналася, що двоюрідна сестра заявниці також мала такі інциденти з обвинуваченим.

18. Вітчим пояснив, що він проживав з матір'ю заявниці з 1997 року до осені 2003 року. Вони розійшлися, серед іншого, з причини інциденту, про який йдеться. Він хотів спробувати і зробити запис прихованою камерою, але це був імпульсивний вчинок. Він не був впевнений, чи була камера у стані записування або чи був зроблений запис. Мати заявниці спалила плівку і ніхто з них двох її не дивився.

19. Рішенням від 14 лютого 2006 року районний суд засудив вітчима за усіма чотирма епізодами сексуального домагання за пунктом 3 статті 7 Глави 6 Кримінального кодексу. Стосовно першого епізоду сексуального домагання, суд визнав доведеним те, що вітчим мав сексуальний намір, коли заховав камеру в кошику для білизни та спрямував її в ту частину ванної кімнати, де зазвичай роздягалися. Суд додав, що гудіння камери, яке почула заявниця, значною мірою вказувало на те, що камера була ввімкнена і здійснювала записування. Інакше не було сенсу ховати камеру серед одягу в кошику для білизни. Отвір в кошику для білизни свідчив про те, що стратегія була досить продуманою. Незважаючи на те, що після того ніхто не перевіряв зміст плівки, за наявних обставин можна було вважати доведеним, що вітчим дійсно зробив запис заявниці, коли вона була голою.

20. Вітчиму було винесено умовний вирок у поєднанні з 75 годинами примусових громадських робіт. Крім того, він повинен був сплатити заявниці відшкодування шкоди в розмірі 20 000 крон.

21. При розгляді в апеляції, рішенням від 16 жовтня 2007 року, Апеляційний суд Свеа (*Svea hovrätt*) засудив вітчима за двома епізодами сексуального домагання, вчиненого проти двоюрідної сестри, за що він отримав умовний вирок та був зобов'язаний сплатити 60 денних штрафів у розмірі 50 крон, що загалом становило 3 000 крон.

22. Апеляційний суд виправдав вітчима за епізодами сексуального домагання, які були нібито вчинені проти заявниці.

23. Стосовно інциденту у вересні 2002 року, Апеляційний суд визнав доведеним, що вітчим розмістив камеру у ванній кімнаті і що він запустив систему записування перед тим, як заявниця повинна була приймати душ. Але чи було дійсно зроблено запис, було незрозуміло. Було очевидно, далі зазначив суд, що мотивом вітчима було зробити прихований запис заявниці із сексуальною метою. З огляду на цей мотив, також вважалося доведеним, що вітчим не мав наміру, щоб заявниця дізналася про відеозапис. Також суд вважав, що вітчим не був байдужим до ризику того, що вона дізнається про це. Оцінюючи, чи становило це діяння юридично сексуальне домагання у значенні пункту 3 статті 7 Глави 6 Кримінального кодексу Апеляційний суд послався на рішення Верховного Суду (NJA, 1996, стор. 418) стосовно чоловіка, який таємно зафільтмував свою сплячу подругу в той час, коли він мастурбував. Чоловік був виправданий у сексуальному домаганні, оскільки він не мав наміру, щоб подруга дізналася про запис. Більше того, у цьому рішенні Верховний Суд постановив, що окремих акт фільмування не був злочином сам по собі, оскільки в шведському праві не існувало загальної заборони робити відеозапис особи без її згоди. Слідуючи цій лінії доводів, та незважаючи на те, що ситуація, у якій вітчим мав намір зробити відеозапис, мала чутливий характер по відношенню до особистої недоторканності заявниці і що порушення було особливо серйозним з огляду на вік та стосунки заявниці з її вітчимом, Апеляційний суд постановив, що вітчим не міг бути притягнений до кримінальної відповідальності за окремих акт фільмування заявниці без її відома. Суд відзначив, що заявниця довідалася про спробу вітчима зробити її відеозапис, але це не охоплювалося його наміром.

24. Апеляційний суд далі вказав на те, що діяння могло, принаймні теоретично, становити злочин замаху на дитячу порнографію (*försök till barnpornografibrott*) з огляду на вік заявниці. Проте, оскільки проти вітчима не було висунено таке обвинувачення, Апеляційний суд не міг розглянути його можливу відповідальність за такий злочин. У підсумку, попри констатацію того, що поведінка вітчима була варта крайнього осуду, його було виправдано, а вимоги заявниці щодо відшкодування шкоди відхилено.

25. Стосовно інциденту пізнього літа 2003 року, Апеляційний суд визнав доведеним, що вітчим хотів таємно підглядіти за заявницею. Але, хоча суд визнав таку поведінкою гідною осуду, у вітчима не було наміру того, щоб заявниця його побачила.

26. Дванадцятого грудня 2007 року Верховний Суд (*Högsta domstolen*) відмовив у наданні дозволу на оскарження.

II. ВІДПОВІДНЕ НАЦІОНАЛЬНЕ ПРАВО ТА ПРАКТИКА

A. Сексуальне домагання

27. Злочин сексуального домагання (та дитячої порнографії, див. нижче) відноситься до сфери публічного обвинувачення, де застосовується принцип об'єктивності, за яким обвинувачення не повинно пред'являтися, якщо державний обвинувач вважає, що відсутні умови для засудження. Положення щодо сексуального домагання знаходяться в Кримінальному кодексу (*Brottsbalken*, 1962:700), який, до 1 квітня 2005, передбачав таке:

Глава 6 про сексуальні злочини, стаття 7

“(1). Якщо особа із сексуальним наміром торкається дитини віком до 15 років у спосіб, не передбачений попередніми положеннями цієї Глави, або спонукає дитину зробити або взяти участь в акті сексуального характеру, накладається штраф або ув'язнення строком до 2 років за сексуальне домагання.

(2). Покарання за сексуальне домагання також накладається на особу, яка примусом, звабленням або іншим неналежним впливом схиляє особу у віці від 15 до 18 років зробити або взяти участь в акті сексуального характеру, якщо такий акт є частиною виробництва порнографічних зображень або становить порнографічне позування за обставин, які відрізняються від виробництва зображення.

(3). Покарання також застосовується, якщо особа виставляє себе напоказ в такий спосіб, що ображає, або іншим чином явно поводить себе непристойно вербально або дією по відношенню до особи в спосіб, що грубо порушує правила пристойності.”

28. Першого квітня 2005 року це положення було інкорпоровано в статтю 10 Глави 6 і передбачає таке:

“(1). Особа, яка в спосіб, не передбачений попередніми положеннями цієї Глави, із сексуальним наміром торкається дитини віком до 15 років або спонукає дитину зробити або взяти участь в акті сексуального характеру, карається за сексуальне домагання штрафом або ув'язненням строком до 2 років.

(2). Покарання також застосовується, якщо особа виставляє себе напоказ в такий спосіб, що може спричинити занепокоєння, або іншим чином вербально або дією домагається особу в спосіб, що може порушити сексуальну недоторканність цієї особи.”

29. Слід зазначити, що особа не може бути притягнена до відповідальності за незавершене діяння сексуального домагання, таке як замах або підготовка до цього злочину (див. відмінні положення в статті 1 Глави 23 Кримінального кодексу).

30. Відповідно, на підставі підготовчих матеріалів до цього положення, Комісія щодо сексуальних злочинів 2008 року зазначила таке:

“На нашу думку, є ... досить зрозумілим, що другий пункт статті про сексуальне домагання повинен також включати дії, спрямовані на осіб, які знаходяться у стані неpritомності або сплять. Ця стаття таким чином відноситься до категорії сексуальних злочинів, а не злочинів проти недоторканності. Виходячи з такого розуміння злочину сексуального домагання, можливо також оцінити ситуації, у яких особа таємно зафільмувала або сфотографувала іншу людину в сексуально нав’язливий спосіб, як сексуальне домагання.”

В. Замах на дитячу порнографію

31. Відповідні положення Кримінального кодексу передбачають:

Стаття 10а Глави 16 про злочини проти публічного порядку

“Особа, яка

- 1) зображує дитину в порнографічному зображенні;
- 2) поширює, передає, надає для використання, виставляє на показ або іншим чином робить таке зображення дитини доступним будь-якій іншій особі;
- 3) отримує або пропонує таке зображення дитини;
- 4) забезпечує контакт між покупцем та продавцем таких зображень дітей або вживає будь-які інші схожі дії для сприяння торгівлі такими зображеннями; або
- 5) має у володінні таке зображення дитини

карається за злочин дитячої порнографії ув’язненням до 2 років або, якщо це дрібне порушення, штрафом чи ув’язненням до 6 місяців.

Під дитиною розуміється особа, чий статевий розвиток не завершений або якій не виповнилося 18 років. Якщо статевий розвиток особи завершився, відповідальність накладається за діяння, передбачені пунктами 2-5 вище, лише якщо із зображення або його обставин очевидно, що зображеній особі менше 18 років.

....”

32. До 1 січня 2011 року друга частина цієї статті передбачала:

“Під дитиною розуміється особа, чий статевий розвиток не завершений або якій, якщо це очевидно із зображення або його обставин, менше 18 років ...”

33. Термін “порнографічне зображення” не визначений в тексті закону. У підготовчих матеріалах зазначалося, що положення про порнографічні злочини застосовується лише до зображень, але

зображень будь-якого типу, такі як, серед іншого, зображення в публікаціях, фотографічні зображення, у тому числі фільми та зображення, що поширюються через телебачення або відеозапис (Урядовий законопроект 1978/79:179 стор. 9). Крім того, було зазначено таке:

“Потрібна певна розсудливість з тим, щоб криміналізована сфера не стала надто широкою або важкою для оцінки. Не було наміру криміналізувати будь-яке виставлення напоказ оголених дітей або всіх зображень, де можна розрізнити геніталії дитини, навіть якщо такі зображення можуть стимулювати сексуальні інстинкти деяких людей. Для того, щоб дії із зображенням були незаконними, є умова, щоб таке зображення було порнографічним відповідно до загального розуміння та цінностей.”

34. Під час перегляду законодавства (закон 2010:1357), що призвело до внесення з 1 січня 2011 року змін до другої частини статті 10а Глави 16, які описано вище, було зазначене таке, серед іншого, стосовно визначення (Офіційні звіти Уряду Швеції SOU 2007:54 стор. 77):

“Зображення може вважатися порнографічним, коли, не маючи жодного справжньої наукової або творчої цінності, та в явний і звабливий спосіб, воно відображає сексуальний мотив (Урядовий законопроект 1970:125 стор. 79 і далі). Не лише зображення, у яких діти залучені до дій, що явно мають сексуальний характер, охоплюються положеннями про злочини дитячої порнографії, але й зображення, у яких діти з’являються разом з одним чи кількома дорослими, які здійснюють такі дії. Зображення, у яких дитина з’являється у спосіб, що призначений закликати до сексуальних інстинктів, без участі дитини в сексуальних діях під час зйомок, може потрапляти до криміналізованих діянь ... Зображення може бути різним, зокрема реальна дитина може бути зображена, зафільмована або намальована. Використовуючи різні технології, також можуть бути створені більш-менш реалістичні творчі зображення. Для настання кримінальної відповідальності не обов’язково, щоб на зображенні була справжня дитина; зображення видуманих дітей також охоплюються.”

35. Стосовно конкретно замаху Кримінальний кодекс передбачає:

Стаття 17 Глави 16

“Особа, яка готує або вступила в змову для вчинення заколоту ... карається відповідно до положень Глави 23. Це також стосується ... злочину замаху на злочин дитячої порнографії, описаного в статті 10а, першій частині ...”

Стаття 1 Глави 23

“Особа, яка почала вчиняти злочин без доведення його до завершення, коли це передбачено спеціальними положеннями, карається за замах на злочин, якщо існувала загроза, що діяння призведе до завершення злочину або така загроза була відвернена лише через випадкові обставини.

Покарання за замах не повинно перевищувати покарання, яке застосовується за завершений злочин, і не повинно бути меншим, ніж ув’язнення, якщо

найменшим покаранням за завершений злочин є ув'язнення строком на 2 і більше років.”

С. Інші відповідні законодавчі положення

36. Кодекс судової процедури (*Rättegångsbalken 1942:740*) містить такі доречні положення:

Стаття 3 Глави 17

“Рішення не може бути винесено щодо чогось іншого або більшого, ніж запитувалось належним чином стороною. У випадках, коли допускається позасудове вирішення, рішення суду не може ґрунтуватися на інших обставинах, ніж ті, що були заявлені стороною в якості підстави для подання її позову.”

Стаття 7 Глави 22

“Якщо у зв'язку з обвинуваченням подається позов з вимогами приватного характеру внаслідок вчинення злочину і встановлюється, що покарання за інкримінований злочин не може бути призначено, то тим не менше рішення щодо позову може бути прийнято.”

Стаття 6 Глави 29

“...Коли до публічного обвинувачення додається приватна вимога, рішення суду про притягнення до кримінальної відповідальності є обов'язковим для прийняття рішення щодо приватної вимоги.”

Стаття 3 глави 30

“Рішення суду може стосуватися лише діяння, стосовно якого належним чином було розпочато кримінальне переслідування, або стосовно питання, яке віднесено законом до кримінальної юрисдикції суду. Суд не зв'язаний юридичною кваліфікацією злочину або застосовними положеннями закону, указаними в вимозі.”

37. Закон про деліктну відповідальність (*Skadeståndslag 1972:207*) передбачає у частині, яка є доречною до цієї справи:

Стаття 1 Глави 2

“Особа, яка умисно або з необережності завдає особисту шкоду або шкоду майну, повинна відшкодувати цю шкоду.”

Стаття 3 Глави 2

“Особа, яка значним чином порушує права іншої особи шляхом вчинення злочину, який передбачає напад на особу або її свободу, спокій чи честь цієї особи, повинна відшкодувати шкоду, завдану таким порушенням.”

D. Національна судова практика стосовно таємного відеозапису

38. У рішенні Верховного Суду від 16 жовтня 1992 року (NJA 1992 стор. 594) стосовно особи, яка таємно зафільмувала статевий акт між ним та його подругою та яка в подальшому показала цей запис кільком іншим особам, Верховний Суд зазначив, що за шведським правом не було заборонено робити відеозапис іншої людини без її згоди. Це стосувалося, далі зазначав суд, навіть ситуацій, коли відповідне діяння серйозним чином порушувало особисту недоторканність відповідної особи. Крім деяких виняткових ситуацій, єдиним доступним захистом були положення про кримінальну дифамацію у поєднанні із статтею 3 Глави 1 Закону про деліктну відповідальність (тепер це стаття 3 Глави 2 цього закону). Верховний Суд постановив, що обвинувачений вчинив дифамацію, показавши запис іншим.

39. Наступне рішення Верховного Суду від 27 червня 1996 року (NJA 1996, стор. 418) стосувалося чоловіка, який таємно зафільмував свою сплячу подругу, він при цьому мастурбував. Районний суд визнав його дії такими, що становлять, серед іншого, сексуальне домагання, але Апеляційний суд та Верховний Суд виправдали його у вчиненні цього злочину. Верховний Суд постановив, що ізольований акт відеозапису не становив сам по собі злочин, оскільки за шведським правом не існувало загальної заборони робити запис особи без її згоди.

40. Ще одне рішення Верховного Суду, від 23 жовтня 2008 року (NJA 2008 стор. 946), стосувалося, зокрема, чоловіка, який таємно зафільмував свою колишню подругу з іншим чоловіком в інтимній ситуації і який далі надіслав запис електронною поштою разом з певним описом іншим людям. Апеляційний суд визнав здійснення відеозапису сексуальним домаганням, а розсилку електронних повідомлень – дифамацією та присудив колишній подрузі відшкодування шкоди за порушення особистої недоторканності. Верховний Суд дозволив подати скаргу стосовно стверджуваного домагання. Верховний Суд виправдав особу у вчиненні домагання і повторив, що шведське право не містило загальної заборони проти таємного відеозапису. Суд також зазначив, що у випадках, коли таємний запис не становив злочину, відшкодування шкоди було неможливим. Хоча потреба в посиленні законодавчого регулювання в цьому відношенні вже визнавалася в законотворчій роботі у Швеції в 1960 роках, суд відзначив, що це поки що не призвело до жодних конкретних результатів. Суд визнав вкрай сумнівним те, що здійснення відеозапису особи, коли це серйозно порушувало її особисту недоторканність, залишалося повністю безкарним за шведським законодавством, відповідало вимогам статті 8 Конвенції. З огляду на цей висновок, суд продовжував, було правомірним дослідити, чи не можна було застосувати покарання шляхом

тлумачення у відповідності з Конвенцією положень національного законодавства, які за інших обставин були б незастосовні. У цьому відношенні суд послався на національну судову практику стосовно компенсації за порушення Конвенції. Проте, як зазначив суд, іншою вимогою за Конвенцією є те, що ніхто не може бути покараний за діяння, яке на момент його вчинення не було однозначно визначено як кримінальне правопорушення за законом. Після встановлення того, що здійснення відеозапису, про який йшлося у справі, не відносилось до жодного з можливих положень кримінального закону, воно залишилося без покарання і без відшкодування шкоди.

Е. Нещодавня законодавча робота стосовно таємного відеозапису

41. У 2004 році Уряд доручив Комітету із захисту доброчесності (*Integritetsskyddskommittén*) дослідити питання необхідності загальних нормативних положень щодо захисту особистої недоторканності (крім законодавства про захист персональних даних, злочини проти особи, таємницю тощо). Тим часом Кримінальний кодекс було переглянуто і у квітні 2005 року було внесено зміни в положення щодо сексуального домагання, які можуть охопити здійснення таємного відеозапису в сексуальних цілях (див. параграфи 28-30 вище).

42. У 2008 році Комітет із захисту доброчесності запропонував внести загальне положення до Кримінального кодексу щодо незаконного фотографування, а в січні 2011 року Міністерство юстиції видало звіт про незаконне фотографування (Ds 2011:1), у якому міністерство запропонувало встановити кримінальну відповідальність за фотографування та відеозапис в певних ситуаціях. 1 березня 2012 року Уряд схвалив направлення пропозиції під назвою “Фотографування з втручанням” для розгляду до Юридичної ради (*Lagrådet*). Остання розкритикувала пропозицію, зокрема, через можливі наслідки, які вона може мати для принципів, передбачених для захисту тих, хто отримує інформацію з метою поширення згідно із Законом про свободу преси та Основоположним законом про свободу вираження поглядів, які є частиною Конституції Швеції.

43. Відповідно, 20 грудня 2012 року Уряд схвалив нову пропозицію, змінивши обсяг криміналізації фотографування з втручанням. Юридична рада не мала коментарів щодо суті пропозиції і 7 лютого 2013 року Уряд представив законопроект Парламенту Швеції, запропонувавши криміналізувати фотографування з втручанням відповідно до пропозиції, направленої до Юридичної ради 20 грудня 2012 року. Закон (SFS 2013:366) був прийнятий Парламентом 29 травня 2013 року та набрав чинності 1 липня 2013

року. З того моменту стаття 64 Глави 4 Кримінального кодексу, стосовно злочинів проти свободи та миру, передбачає таке:

“Особа, яка незаконно, за допомогою технічних засобів, таємно здійснює запис зображення будь-кого, хто знаходиться всередині оселі або у ванній кімнаті, у роздягальні чи іншому схожому приміщенні, карається за фотографування з втручанням штрафом або ув’язненням до 2 років.

Кримінальна відповідальність не застосовується, якщо діяння є обґрунтованим з огляду на його мету та інші обставини.

Перша частина не застосовується до особи, яка здійснює запис зображення будь-кого за допомогою технічних засобів під час виконання обов’язків від імені органу публічної влади.”

Конкретніше, таємне фільмування особи без її згоди в душі або ванній кімнаті каратиметься як фотографування з втручанням. Розміщення (встановлення) камери з метою вчинення злочину фотографування з втручанням також каратиметься як підготовка до вчинення такого злочину.

Г. Національна судова практика стосовно злочину дитячої порнографії

44. У рішенні від 25 лютого 2005 року (NJA 2005 стор. 80), яке стосувалося фотографування та фільмування деяких молодих осіб віком більше 15 років, але менше 18, Верховний Суд постановив, що статевий розвиток осіб був явно завершений і що було неможливо лише на підставі зображень чи їх представлення встановити, чи досягли вони 18-річного віку. Їхній вік не можна було встановити з тексту, який супроводжував зображення, чи з інших обставин. У такій ситуації, і незважаючи на те, чи знала особа, відповідальна за зображення, про вік осіб, діяння не могло становити злочин дитячої порнографії.

Г. Національна судова практика та поточна законодавча робота стосовно компенсації за порушення Конвенції

45. У рішенні від 9 червня 2005 року (NJA 2005 стор. 462) стосовно вимоги про відшкодування шкоди, поданої особою проти держави Швеція, зокрема, на підставі стверджуваного порушення статті 6 Конвенції з огляду на надмірну тривалість кримінального провадження, Верховний Суд постановив, що право заявника за цією статтею було порушено. На підставі цього висновку та посилаючись, зокрема, на статті 6 та 13 і практику Суду за цими положеннями, зокрема рішення у справі *Kudla v. Poland* ([GC], заява № 30210/96, ECHR 2000-XI), Верховний Суд вирішив, що заявник мав право на

відшкодування безпосередньо від держави за шведським законодавством про деліктну відповідальність матеріальної шкоди та за статтею 13 Конвенції нематеріальної шкоди тією мірою, якою були відсутні інші засоби юридичного захисту.

46. Схожі рішення були прийняті 4 травня 2007 року (NJA 2007 стор. 295) щодо тривалості тримання під вартою та статті 5 Конвенції, а також 21 вересня 2007 року (NJA 2007 стор. 584) стосовно статті 8 Конвенції.

47. Рішення Верховного Суду від 29 жовтня 2007 року (NJA 2007 стор. 747) стосувалося вимоги відшкодування шкоди, поданої особою проти приватної страхової компанії. Вимога стосувалася стверджуваного порушення статті 8 Конвенції і була пов'язана з таємним спостереженням за заявником. Верховний Суд відзначив, що Конвенція не покладає обов'язків на осіб. Навіть якщо держава може мати позитивні обов'язки за Конвенцією, продовжував суд, з огляду на цінність верховенства права, втілену в принципі передбачуваності, особа не повинна бути зобов'язана відшкодовувати іншій особі шкоду безпосередньо на підставі Конвенції.

48. Право отримати компенсацію на підставі стверджуваного порушення Конвенції було в подальшому визнано Верховним Судом в його рішеннях від грудня 2009 року (NJA 2009 N 70), червня 2010 (NJA 2010 стор. 363) та квітня 2012 (NJA 2012 стор. 211)

49. Крім того, Канцлер юстиції прийняв різні рішення стосовно компенсації особам за порушення Конвенції.

50. Нарешті, у травні 2009 року Уряд вирішив створити комітет (*en särskild utredare*) з питань деліктної відповідальності та Конвенції з тим, щоб дослідити існуючу законодавчу ситуацію. У грудні 2010 року комітет подав свій звіт (*Skadestånd och Europakonventionen*, SOU 2010:87) Уряду. Він запропонував включити чітке положення в Закон про деліктну відповідальність, яке дозволяє фізичним та юридичним особам отримувати компенсацію матеріальної та нематеріальної шкоди від держави або муніципалітету за порушення Конвенції. Такий позов проти органів публічної влади розглядатиметься звичайним судом, який повинен буде спочатку встановити, що право за Конвенцією було порушено. Метою пропозиції є виконати, разом з іншими вже наявними засобами юридичного захисту, обов'язки Швеції за статтею 13 Конвенції.

III. МІЖНАРОДНІ КОНВЕНЦІЇ

A. Конвенція ООН про права дитини 1989 року

51. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про права дитини, схвалена Генеральною Асамблеєю ООН 20 листопада 1989 року, має

за міжнародним правом обов'язкову силу для її Договірних Сторін, у тому числі всіх держав-членів Ради Європи. Конвенція була ратифікована Швецією 29 червня 1990 року. Відповідні положення Конвенції передбачають:

Стаття 19

“1. Держави-учасниці вживають всіх необхідних законодавчих, адміністративних, соціальних і просвітніх заходів з метою захисту дитини від усіх форм фізичного та психологічного насильства, образи чи зловживань, відсутності піклування чи недбалого і брутального поводження та експлуатації, включаючи сексуальні зловживання, з боку батьків, законних опікунів чи будь-якої іншої особи, яка турбується про дитину.

2. Такі заходи захисту, у випадку необхідності, включають ефективні процедури для розроблення соціальних програм з метою надання необхідної підтримки дитині й особам, які турбуються про неї, а також здійснення інших форм запобігання, виявлення, повідомлення, передачі на розгляд, розслідування, лікування та інших заходів у зв'язку з випадками жорстокого поводження з дитиною, зазначеними вище, а також, у випадку необхідності, для порушення початку судової процедури.”

Стаття 34

“Держави-учасниці зобов'язані захищати дитину від усіх форм сексуальної експлуатації та сексуальних розбещень. З цією метою Держави-учасниці, зокрема, вживають на національному, двосторонньому та багатосторонньому рівнях всіх необхідних заходів щодо запобігання:

- а) схиланню або примушуванню дитини до будь-якої незаконної сексуальної діяльності;
- б) використанню дітей з метою експлуатації у проституції або в іншій незаконній сексуальній практиці;
- в) використанню дітей з метою експлуатації у порнографії та порнографічних матеріалах.”

В. Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства

52. Ця конвенція зобов'язує її сторони вжити необхідних законодавчих чи інших заходів для запобігання усім формам сексуальної експлуатації та сексуального насильства щодо дітей, а також криміналізувати деякі умисні діяння, у тому числі правопорушення, пов'язані з дитячою порнографією. Конвенція була підписана Швецією 25 жовтня 2007 року та набрала чинності 1 липня 2010 року. Швеція ратифікувала Конвенцію 28 червня 2013 року. Відповідні положення Глави VI “Матеріальне кримінальне право” передбачають:

Стаття 18 – Сексуальне насильство

“1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації такої умисної поведінки:

а) заняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, яка не досягла передбаченого законодавством віку для заняття діяльністю сексуального характеру;

б) заняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, коли:

- використовується примус, сила чи погрози або

- насильство здійснюється зі свідомим використанням довіри, авторитету чи впливу на дитину, зокрема в сім'ї, або

- насильство здійснюється в особливо вразливій для дитини ситуації, зокрема з причини розумової чи фізичної неспроможності або залежного становища.

2. Для цілей пункту 1 цієї статті кожна Сторона визначає вік, до досягнення якого забороняється займатися діяльністю сексуального характеру з дитиною.

3. Дія положень підпункту «а» пункту 1 цієї статті не поширюється на врегулювання статевого стосунку між неповнолітніми, що здійснюються за взаємною згодою.”

Стаття 20 – Правопорушення, що стосуються дитячої порнографії

“1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації такої умисної поведінки, учиненої без правових підстав:

а) виготовлення дитячої порнографії;

б) пропонування або надання доступу до дитячої порнографії;

с) розповсюдження або передавання дитячої порнографії;

д) придбання дитячої порнографії для себе або іншої особи;

е) володіння дитячою порнографією;

ф) свідоме одержання доступу до дитячої порнографії за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій.

2. Для цілей цієї статті термін «дитяча порнографія» означає будь-які матеріали, які візуально зображують дитину, залучену до реальної або модельованої явно сексуальної поведінки, чи будь-яке зображення дитячих статевих органів, здебільшого із сексуальною метою.

3. Кожна Сторона може залишити за собою право не застосовувати цілком або частково підпунктів «а» та «е» пункту 1 цієї статті до виготовлення порнографічної продукції та володіння нею:

- яка складається лише з модельованих образів або реалістичних зображень неіснуючої дитини;

- до якої залучено дітей, які досягли віку, визначеного під час застосування пункту 2 статті 18 цієї Конвенції, якщо за їхньою згодою й тільки для їхнього приватного використання вони виготовили ці зображення або володіють ними.

4. Кожна Сторона може залишити за собою право не застосовувати цілком або частково підпункту «f» пункту 1 цієї статті.”

Стаття 21

Правопорушення, що стосуються участі дитини в порнографічних виставах

“1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації такої умисної поведінки:

а) вербування дітей для участі в порнографічних виставах або спонукання дитини до участі в таких виставах;

б) примушування дитини до участі в порнографічних виставах або отримання користі від цього чи іншого використання дитини із цією метою;

с) свідоме відвідування порнографічних вистав, у яких залучено дітей.

2. Кожна Сторона може залишити за собою право обмежити застосування підпункту «с» пункту 1 цієї статті до випадків, коли дітей вербували або примушували відповідно до підпунктів «а» чи «б» пункту 1 цієї статті.

...”

IV. ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВО

53. З доступної Суду інформації, у тому числі дослідження 39 держав-членів Ради Європи, видається, що дитяча порнографія криміналізована в усіх цих державах.

54. Ізольований акт таємного фільмування, фотографування чи зображення дитини у сексуальних цілях без її згоди криміналізовано або як дитяча порнографія, або як окреме правопорушення у 33 досліджених державах-членах (Албанія, Австрія, Бельгія, Боснія і Герцеговина, Болгарія, Хорватія, Чеська Республіка, Естонія, Фінляндія, Грузія, Німеччина, Греція, Угорщина, Ісландія, Ірландія, Італія, Латвія, Ліхтенштейн, Люксембург, Молдова, Чорногорія, Нідерланди, Норвегія, Польща, Румунія, Росія, Словаччина, Словенія, Іспанія, Швейцарія, Туреччина, Великобританія та Україна), тоді як в інших 6 країнах (Азербайджан, Данія, Франція, Колишня югославська республіка Македонія, Монако та Литва) покарання можливе лише, якщо було доведено умисел на розповсюдження порнографічних матеріалів. У більшості з останніх згаданих країн відповідна поведінка все одно може бути незаконною за іншими положеннями Кримінального кодексу, які стосуються статевих злочинів.

55. Ізольований акт таємного (або без згоди) фільмування чи фотографування особи (дитини або дорослого) у несексуальних цілях вважається кримінальним правопорушенням в 25 досліджених державах-членах (Албанія, Боснія і Герцеговина, Хорватія, Данія, Фінляндія, Франція, Колишня югославська республіка Македонія, Грузія, Німеччина, Греція, Ісландія, Італія, Литва, Люксембург,

Монако, Чорногорія, Нідерланди, Польща, Росія, Словаччина, Словенія, Іспанія, Швейцарія, Туреччина та Україна), а саме як порушення права на приватність. 11 з решти 14 держав-членів, які не включають злочини проти приватності у свої кримінальні кодекси, передбачають цивільно-правові засоби захисту проти порушення приватності особи. Три досліджені держави-члени також не мають цивільно-правових процедур для позовів проти таємного/без згоди фіксування зображення людини.

ПРАВО

I. СТВЕРДЖУВАНІ ПОРУШЕННЯ СТАТЕЙ 8 ТА 13 КОНВЕНЦІЇ

56. Заявниця скаржилася на те, що держава Швеція не виконала свій обов'язок за статтею 8 надати їй засоби захисту проти порушення її вітчимою її особистої недоторканності, коли він намагався таємно зафільтрувати її голою в їхній ванній кімнаті, коли їй було 14 років. Вона також послалася на статтю 13 Конвенції.

57. Суд повторює, що він є головним при наданні правового тлумачення фактам справи (див., наприклад, рішення справі *Aksu v. Turkey* [GC], заяви № 4149/04 та 41029/04, параграф 43, ECHR 2012). У справі, яка розглядається, Суд вважає, що скарга заявниці стосується виключно засобів захисту, які були доступні заявниці для захисту проти її вітчима, а не для захисту проти держави з тим, щоб реалізувати зміст конвенційного права або свободи на національному рівні. Тому скаргу слід розглядати лише за статтею 8 Конвенції, яка передбачає таке:

“1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції.

2. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.”

A. Рішення Палати

58. У своєму рішенні від 21 червня 2012 року Палата також вирішила, що скаргу слід було розглядати лише за статтею 8 Конвенції. Палата визнала, що хоча шведське законодавство не містило положень щодо здійснення таємного відеозапису, існували

закони, які могли, принаймні в теорії, охопити діяння, як те, про яке йшлося у справі. Палата відзначила, що державний обвинувач, пред'являючи обвинувачення вітчиму, та районний суд, виносячи йому вирок 14 лютого 2006 року, вважали, що відповідне діяння могло охоплюватися положеннями щодо сексуального домагання. Відповідно, і хоча в той час подібні рішення існували в судовій практиці Швеції (див. NJA 1996 стор. 418), лише після прийняття рішення Апеляційним судом стало зрозумілим, що діяння не могло в юридичному значенні становити сексуальне домагання, оскільки у вітчима не було необхідного умислу на те, щоб заявниця дізналася про здійснення відеозапису. Палата також наголосила, що Апеляційний суд у своєму рішенні про виправдання вітчима у вчиненні сексуального домагання вказав на те, що його дії могли, принаймні теоретично, становити злочин замаху на дитячу порнографію відповідно до Кримінального кодексу. Проте, оскільки подібне звинувачення не висувалося державним обвинуваченням проти вітчима, Апеляційний суд не міг розглядати питання притягнення його до відповідальності за цей злочин. Нарешті, Палата зазначила, що заявниці були доступні цивільно-правові засоби захисту і що вона вирішила, на підставі порад свого представника, долучити свої вимоги про відшкодування шкоди до кримінального провадження. За таких обставин Палата дійшла висновку, що у шведському законодавстві та практиці не існувало таких серйозних недоліків, які б становили порушення позитивних обов'язків Швеції за статтею 8.

В. Подання сторін

1. Заявниця

59. Заявниця стверджувала, що правова система Швеції не передбачала жодного юридичного засобу для її захисту від конкретних дій її вітчима.

60. По-перше, стосовно положення про сексуальне домагання, умовою для засудження було те, що вітчим повинен був мати умисел на те, щоб заявниця довідалася про здійснення відеозапису. Це пояснювалося тим, що особа не могла бути жертвою домагання, якщо вона не знала про це. Відповідно, на думку заявниці, вітчим був виправданий у вчиненні сексуального домагання через формулювання цього положення. Воно могло і повинно було бути сформульовано таким чином, щоб криміналізувати здійснення відеозапису, незалежно від того, чи знала заявниця про це в момент фільмування. Отже, заявниця вважала, що формулювання положення про сексуальне домагання могло зазнати критики, особливо тому що відповідне діяння не охоплювалося іншими положеннями Кримінального кодексу.

61. По-друге, посиляючись, зокрема, на підготовчі матеріали щодо положень про дитячу порнографію та юридичний висновок професора Маделейн Лейджонгфвуд (Madeleine Leijonhufvud), заявниця стверджувала, що її вітчим не міг бути також засуджений за дитячу порнографію, оскільки основна умова для застосування цього положення була відсутня, а саме те, щоб відповідне зображення було порнографічним. У цій справі зображення 14-річної дівчини, яка роздягалася перед тим, як прийняти душ, за інших обставин у звичайній щоденній ситуації, не могло вважатися порнографічним у значенні статті 10а Глави 16 Кримінального кодексу стосовно дитячої порнографії. Для того, щоб фільм був порнографічним, вітчим повинен був би змінити запис, зокрема зробивши так ніби заявниця позувала для нього або іншим чином додати порнографічний контекст. Коли справа розглядалася в національних судах, не можливо було спекулювати, що саме зробив би вітчим із записом, оскільки він був знищений. На думку заявниці, тому це було цілком зрозумілим, що державний обвинувач не сформулював чи не змінив обвинувачення таким чином, щоб включити злочин дитячої порнографії, оскільки таке обвинувачення не мало б жодної перспективи на успіх.

62. З наведених вище причин заявниця не критикувала державне обвинувачення з процесуальних підстав за невиконання їхнього обов'язку пред'явити обвинувачення у злочинах або обов'язку допомогти їй задовольнити вимоги про відшкодування за Главою 22 Кодексу судової процедури. Натомість вона вважала, що законодавець та національні суди не виконали свої позитивні обов'язки в цій справі – законодавець через недоліки в законі, а суди – ненаданням заявниці відшкодування.

63. Стосовно законодавства, заявниця відзначила, що просте здійснення відеозапису або зображення неповнолітнього в ситуації, яка порушувала основні аспекти особистої недоторканності відповідної особи, не становило собою кримінальне правопорушення, якщо тільки зображення не можна було об'єктивно вважати порнографічним відповідно до загального розуміння та цінностей. Для дорослих взагалі не існувало такого захисту. Заявниця робила висновок про те, що неспроможність впродовж багатьох років криміналізувати дії з таємного чи незаконного фільмування було порушенням статті 8. Вона зазначила, що слабкий захист у цій сфері був відомим та обговорювався з 1966 року. На її думку, не було правильним кваліфікувати такий недолік як “значний” або “недостатньо значний” недолік законодавства в цілях розгляду за статтею 8. Було достатньо констатувати, що захист права на особисте життя був – і все ще є – недостатнім в шведській правовій системі і що заявниця була потерпілою від цього недоліку. Заявниця зазначила, що законодавчі пропозиції стосовно здійснення таємного відеозапису були ініційовані

після комунікації справи заявниці і що поточні законодавчі заходи зайшли достатньо далеко, особливо після того, як Велика палата схвалила її прохання направити справу на розгляд, що вказувало на термінову необхідність такого законодавчого захисту.

64. Нарешті, посилаючись на результати кримінального провадження в національних судах, заявниця стверджувала, що шведська система не надавала їй цивільних засобів для захисту від дій вітчима. Вона вважала, що попри виправдання вітчима суди могли присудити їй компенсацію на підставі Закону про деліктну відповідальність або на підставі самої Конвенції. Вона зазначила, що національні суди були головними при юридичній кваліфікації і тому сторонам взагалі не було необхідності посилатися на якісь законодавчі положення. Крім того, оскільки це було питання приватних вимог внаслідок злочину і застосовувалася стаття 7 Глави 22 Кодексу судової процедури, суди були зобов'язані прийняти рішення щодо вимоги, навіть якщо було встановлено, що діяння не було караним. Відповідно, на думку заявниці, її вимога повинна була бути вирішена національними судами за власною ініціативою, навіть якщо б вона не посилалася на жодне законодавче положення.

2. Уряд

65. Уряд вважав, що Швеція виконала свій позитивний обов'язок за статтею 8 у цій справі. Діяння, яке розглядалося, відносилось до сфери кримінального законодавства Швеції, у першу чергу положень щодо сексуального домагання та злочину дитячої порнографії, і що не було ознак того, що первинне розслідування та кримінальне переслідування були проведені неефективно або в спосіб, що іншим чином не відповідав шведському законодавству чи статті 8. Вітчим переслідувався за діяння, але не міг бути засуджений через відсутність обов'язкових доказів. Тим не менше стримувальні санкції існували в цій справі і підтримувалися дієвим правозастосовчим механізмом.

66. Уряд спочатку зазначив, що Суд неодноразово вказував на те, що держави мали широкі межі розсуду стосовно забезпечення адекватного захисту за статтею 8, навіть у справах про дуже серйозні злочини, такі як зґвалтування неповнолітнього (див., наприклад, рішення у справі *M.C. v. Bulgaria*, заява № 39272/98, параграф 154, ECHR 2003-XII), і що лише значні недоліки в законодавстві та практиці становитимуть порушення позитивних обов'язків держави за цією статтею Конвенції.

67. У справі, яка розглядається, вітчиму було пред'явлено обвинувачення у сексуальному домаганні за пунктом 3 статті 7 Глави 6 Кримінального кодексу і як районний суд, так і Апеляційний суд визнали, що його діяння відповідало об'єктивним критеріям, які становили склад злочину, але останній суд вирішив, що було

неможливо довести суб'єктивну складову, необхідну для кримінальної відповідальності за цим положенням, а саме його умисел на те, щоб заявниця дізналася про відеозапис. Тому причиною його виправдання була не відсутність положення кримінального закону, яке поширювалося б на відповідне діяння, але нездатність державного обвинувача довести, що вітчм мав необхідний умисел і що, відповідно, був вчинений злочин. Уряд зазначив, що в цьому контексті Конвенція не вимагала гарантій того, що кримінальне переслідування повинно завершуватися обвинувальним вироком (див., наприклад, рішення у справі *Öneryıldız v. Turkey* [GC], заява № 48939/99, параграфи 96 та 147, ECHR 2004-XII).

68. Уряд зазначив, що положення про сексуальне домагання було змінено 1 квітня 2005 року та перенесено в статтю 10 Глави 6 Кримінального кодексу. Вирішальним чинником для кримінальної відповідальності за новим формулюванням було те, що діяння повинно було бути вчинено “у спосіб, що міг порушити сексуальну недоторканність цієї особи”. Посилаючись на твердження Комісії з питань статевих злочинів 2008 року, Уряд вказував на те, що після 1 квітня 2005 року положення про сексуальне домагання також охоплювало такі ситуації як та, про яку йшлося в цій справі, де особа зробила таємний відеозапис або сфотографувала іншу особу в спосіб, який передбачає сексуальне втручання.

69. Апеляційний суд визнав у своєму рішенні від 16 жовтня 2007 року, що діяння могло, принаймні в теорії, становити замах на злочин дитячої порнографії. Як сексуальне домагання, так і дитяча порнографія відносилися до сфери публічного обвинувачення, де застосовувався принцип об'єктивності, за яким обвинувачення не пред'являлося, якщо державний обвинувач вважав, що умови для притягнення до відповідальності були відсутні. У цій справі були відсутні матеріали про те, чому вітчм не був також обвинувачений в замаху на дитячу порнографію. Тому Уряд не міг зробити висновок стосовно конкретних підстав, з яких державний обвинувач вирішив включити в обвинувачення лише злочин сексуального домагання. Існувало, проте, кілька можливих причин, чому не було пред'явлено обвинувачення у замаху на злочин дитячої порнографії.

70. Однією з причин цього могло бути те, що деякі з обов'язкових умов для такого злочину не були, на думку державного обвинувача, виконані. Прикладом цього міг бути критерій, щоб зображення могло розглядатися як “порнографічне” у звичайному розумінні. Це означало, що не всі зображення голих дітей або зображення, на яких можна розрізнити геніталії дитини, підлягали покаранню, навіть якщо такі зображення могли збуджувати в когось сексуальні почуття. Що знаходилося на зображенні і як дитина була представлена в фільмі, зокрема шляхом редагування, були важливими для оцінки.

71. По-друге, формулювання положення, яке існувало в той час, могло сприяти тому, що державний обвинувач не передбачав можливості забезпечити обвинувальний вирок за цей злочин, а саме вимога, щоб статевий розвиток дитини був незавершений або, якщо він був завершений, щоб було зрозуміло із зображення та його обставин, що дитині було менше 18 років.

72. По-третє, той факт, що мати заявниці знищила запис одразу після інциденту у вересні 2002 року, а заявниця та її матір не повідомили про інцидент поліції до вересня 2004 року, тобто через значний період часу після того, як інцидент стався, могло зменшити можливості для державного обвинувачення довести, що існували “порнографічні” зображення і що статевий розвиток заявниці на момент інциденту у вересні 2002 року не був завершений або що з обставин було зрозуміло, що їй було менше 18 років.

73. Стосовно вимог заявниці щодо відшкодування Уряд вказав на те, що відповідно до статті 6 Глави 29 Кодексу судової процедури, коли така вимога долучалася до кримінального обвинувачення, рішення суду щодо кримінальної відповідальності було обов’язковим для розгляду приватної вимоги. Відповідно, Апеляційний суд не міг присудити відшкодування шкоди на підставі статті 3 Глави 2 Закону про деліктну відповідальність, оскільки не було доведено вчинення жодного злочину у розумінні Кримінального кодексу. На думку Уряду, проте, у кримінальному провадженні заявниця, яку представляв адвокат, могла посилатися на інші підстави для заявлення вимог про відшкодування проти свого вітчима, ніж діяння, про яке йшлося в обвинуваченні, а саме що він завдав їй особистої шкоди своїми необережними діями згідно із статтею 1 Глави 2 Закону про деліктну відповідальність, що охоплювало б будь-які фізичні або психологічні страждання. На підставі цього положення могло бути відшкодовано шкоду також на підставі того, що їй було завдано незлочинними діями, вчиненими умисно або з необережності.

74. Уряд зазначив, що суди не можуть присудити відшкодування шкоди на підставі статті 8 Конвенції, як єдиної юридичної підстави. Причиною цього було те, що хоча Конвенцію було інкорпоровано в шведське право і Верховний Суд Швеції визнав принцип, за яким особі може бути присуджено компенсацію від держави за порушення Конвенції за відсутності конкретних положень в шведському законодавстві, відповідно до рішення Верховного Суду у справі NJA 2007 (стор. 747) цей принцип не може застосовуватися до вимог між приватними особами, оскільки для особи буде складно передбачити з практики Суду, коли він чи вона може бути зобов’язаний сплатити компенсацію.

75. Нарешті, поточна законодавча робота стосовно здійснення таємного та незаконного відеозапису поки що призвела до схвалення

Урядом 1 березня 2012 року пропозиції під назвою “Фотографування з втручанням”, яку було змінено пропозицією від 20 грудня 2012 року, та схвалення її по суті Юридичною радою 7 лютого 2013 року. Було запропоновано, щоб законодавство набуло чинності 1 липня 2013 року. Конкретніше, згідно з пропозицією, здійснення таємного відеозапису особи без її згоди в душі чи ванній кімнаті каратиметься як фотографування з втручанням. Розміщення (встановлення) камери з метою вчинення злочину фотографування з втручанням також каратиметься як підготовка до вчинення такого злочину.

76. З огляду на зазначене Уряд стверджував, що відсутність у відповідний період часу конкретного положення в шведському законодавстві стосовно дій з таємного або незаконного фільмування не могло вважатися таким, що тягне за собою порушення права заявниці на повагу до особистого життя за статтею 8 Конвенції.

3. Коментарі третіх сторін

77. Центр з прав людини Університету Гента вважав, що перевірка на “значний недолік”, яка була застосована Палатою, становила собою зниження стандартів в юриспруденції Суду щодо позитивних обов’язків. На його думку, Велика палата повинна натомість схвалити принципи “пріоритетності прав” та “дієвості”. Перший принцип вимагає, щоб конвенційним правам у принципі надавалася більша вага, ніж суспільним інтересам, при аналізі пропорційності і щоб держава несла тягар доведення пропорційності своєї бездіяльності. Другий принцип вимагає наявності на практиці засобів, які здатні захистити конвенційне право. У контексті позитивного обов’язку провести розслідування будь-який недолік у розслідуванні, який підриває здатність встановити обставини справи або відповідальність порушників, не відповідає стандарту дієвості.

С. Оцінка суду

1. Загальні принципи

78. Суд повторює, що метою статті 8 є головним чином захист особи від свавільного втручання з боку органів публічної влади. Проте це положення не лише зобов’язує державу утриматися від такого втручання: додатково до цього переважно негативного обов’язку, існують також позитивні обов’язки, які властиві дієвому захисту права на повагу до приватного або сімейного життя. Ці обов’язки можуть включати схвалення заходів, спрямованих на забезпечення поваги до приватного життя навіть у сфері відносин осіб між собою (див., серед іншого, рішення у справі *Airey v. Ireland*, 9 жовтня 1979 р., параграф 32, Series A no. 32).

79. Вибір засобів, спрямованих на забезпечення відповідності статті 8 Конвенції у сфері відносин осіб між собою, є питанням, яке, у принципі, належить до сфери розсуду Договірних Держав, незалежно від того, чи є ці обов'язки держави позитивними або негативними. Існують різні способи забезпечення поваги до приватного життя і природа обов'язків держави залежатиме від конкретного аспекту приватного життя, про який йдеться (див., наприклад, рішення у справах: *Von Hannover v. Germany* (no. 2) [GC], заяви №№ 40660/08 та 60641/08, параграф 104, ECHR 2012; *Odièvre v. France* [GC], заява № 42326/98, параграф 46, ECHR 2003-III; *Evans v. the United Kingdom* [GC], заява № 6339/05, параграф 77, ECHR 2007-I; та *Mosley v. the United Kingdom*, заява № 48009/08, параграф 109, 10 травня 2011 р.). Коли йдеться про особливо важливу сторону існування особи чи її індивідуальності або якщо відповідна діяльність стосується найінтимніших аспектів приватного життя, межі розсуду держави відповідним чином звужуються (ibid.).

80. Стосовно захисту фізичної та психологічної недоторканності особи від інших осіб, Суд раніше постановляв, що позитивні обов'язки органів влади (у деяких випадках за статтями 2 чи 3, в інших – за статтею 8 окремо чи в поєднанні із статтею 3 Конвенції) можуть включати обов'язок підтримувати та застосовувати на практиці адекватне законодавство, що надає захист проти насильницьких дій з боку приватних осіб (див., зокрема, рішення у справах: *Osman v. the United Kingdom*, 28 жовтня 1998 р., параграфи 128-30, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII; *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, заява № 71127/01, параграф 65, 12 червня 2008 р.; *Sandra Janković v. Croatia*, заява № 38478/05, параграф 45, 5 березня 2009 р.; *A v. Croatia*, заява № 55164/08, параграф 60, 14 жовтня 2010 р.; та *Dorđević v. Croatia*, заява № 41526/10, параграфи 141-43, ECHR 2012).

81. Стосовно дітей, які є особливо вразливими, заходи, які застосовуються державою для їх захисту від насильницьких дій, які відносяться до сфери статей 3 та 8, повинні бути дієвими та включати розумні кроки для запобігання жорстокому поводженню, про яке органи влади знали (або повинні були знати), та ефективне попередження таких серйозних порушень особистої недоторканності (див. рішення у справах *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], заява № 29392/95, параграф 73, ECHR 2001-V, та *M.P. and Others v. Bulgaria*, заява № 22457/08, параграф 108, 15 листопада 2011 р.). Такі заходи повинні бути спрямовані на забезпечення поваги до людської гідності та захист найкращих інтересів дитини (див. рішення у справах *C.A.S. and C.S. v. Romania*, заява № 26692/05, параграф 82, 20 березня 2012 р. та *Pretty v. the United Kingdom*, заява № 2346/02, параграф 65, ECHR 2002-III).

82. Стосовно конкретніше таких серйозних дій як зґвалтування та сексуальне насильство щодо дітей, де йдеться про основоположні цінності та базові аспекти особистого життя, держави повинні забезпечити те, щоб були наявні ефективні положення кримінального законодавства (див., наприклад, рішення у справі *X and Y v. the Netherlands*, 26 березня 1985 р., параграф 27, Series A no. 91, та цитоване вище рішення у справі *M.C. v. Bulgaria*, параграф 150). Цей обов'язок також впливає з інших міжнародних інструментів, таких як, серед іншого, статті 19 та 34 Конвенції ООН про права дитини та Глава VI “Матеріальне кримінальне право” Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (див. параграфи 51 та 52 вище).

83. Стосовно таких серйозних діянь позитивний обов'язок держави за статтями 3 та 8 щодо забезпечення фізичної недоторканності особи може також поширюватися на питання, які стосуються дієвості кримінального розслідування (див. серед інших цитовані вище рішення у справах: *C.A.S. and C.S. v. Romania*, параграф 72; *M.P. and Others v. Bulgaria*, параграфи 109-10; *M.C. v. Bulgaria*, параграф 152) та можливості отримати відшкодування і компенсацію (див., *mutatis mutandis*, цитоване вище рішення у справі *C.A.S. and C.S. v. Romania*, параграф 72), хоча не існує абсолютного права отримати кримінальне переслідування або засудження будь-якої конкретної особи, якщо не було вчинено умисних чи з необережності помилок під час притягнення до відповідальності тих, хто вчинив кримінальні правопорушення (див., наприклад, рішення у справі *Brecknell v. the United Kingdom*, заява № 32457/04, параграф 64, 27 листопада 2007 р., та рішення про прийнятність у справі *Szula v. the United Kingdom*, заява № 18727/06, 4 січня 2007 р.).

84. Щодо діянь, які не мають такої серйозності як ті, про які йдеться у цитованих вище рішеннях у справах *X and Y v. the Netherlands* та *M.C. v. Bulgaria*, Суд розглянув за статтею 8 обов'язок держави захистити, наприклад, неповнолітнього від зловмисного введення в оману (див. рішення у справі *K.U. v. Finland*, заява № 2872/02, параграфи 45-49, ECHR 2008-V). У тій справі діяння не передбачало жодного фізичного насильства, але не могло вважатися тривіальним, оскільки мало наслідком потенційну загрозу фізичному та психологічному здоров'ю неповнолітнього внаслідок ситуації, яка розглядалася, а саме що він став об'єктом уваги педофілів. Діяння становило кримінальний злочин за національним законодавством і Суд вважав, що практичний та дієвий захист заявника вимагав наявності засобу захисту, який дозволяв би встановити та покарати справжнього правопорушника.

85. У загальнішому значенні, проте, стосовно менш серйозних дій між особами, які можуть порушити психологічну недоторканність,

обов'язок держави за статтею 8 підтримувати та застосовувати на практиці адекватне законодавство, яке надає захист, не завжди вимагає наявності дієвого положення кримінального права, яке охоплює конкретне діяння. Законодавчі рамки можуть також складатися із цивільно-правових засобів, які можуть забезпечити достатній захист (див., *mutatis mutandis*, цитовані вище рішення у справах *X and Y v. the Netherlands*, параграфи 24 та 27, та *K.U. v. Finland*, параграф 47). Суд відзначає, наприклад, що в деяких попередніх справах щодо захисту зображення особи від втручання з боку інших осіб наявні в державах-членах засоби юридичного захисту були цивільного характеру, можливо у поєднанні з процесуальними засобами, такими як видання судового припису (див., серед іншого, цитоване вище рішення у справі *Von Hannover v. Germany* (no. 2); рішення у справах *Reklos and Davourlis v. Greece*, заява № 1234/05, 15 січня 2009 р., та *Schüssel v. Austria* (рішення щодо прийнятності), заява № 42409/98, 21 лютого 2002 р.).

2. Застосування зазначених вище принципів до справи, яка розглядається

86. Суд зазначає, що Апеляційний суд визнав, що дії вітчима становили порушення особистої недоторканності заявниці (див. параграф 23 вище). Суд погоджується з цим висновком і вважає, з одного боку, що обставини були обтяжені тим, що заявниця була неповнолітньою, що інцидент стався в неї вдома, де вона повинна була почуватися безпечно, і що порушником був її вітчим – особа, якій вона мала право та очікування довіряти. Цей інцидент вразив заявницю у вкрай інтимних аспектах її особистого життя. З іншого боку, Суд відзначає, що діяння, про яке йдеться, не передбачало жодного фізичного насильства, розбещення чи контакту. Відзначаючи висновок національних судів про те, що дії вітчима були безперечно гідні осуду, на думку Суду, ці дії не набули рівня серйозності грубих діянь у цитованій вищій судовій практиці, яка стосувалася зґвалтування та сексуального насильства щодо дітей (див. параграф 81 вище), які розглядалися не лише за статтею 8, але й за статтею 3 Конвенції.

87. Щодо останнього моменту, варто відзначити, що заявниця, крім скарги на відсутність засобів кримінального захисту з посиланням на формулювання злочину домагання та відсутність в шведському законодавстві окремого злочину здійснення таємного або незаконного відеозапису, також скаржилася на те, що шведська система не надавала їй цивільно-правових засобів для свого захисту від дій вітчима. Конкретніше, заявниця стверджувала, що національні суди не виконали свої позитивні обов'язки з огляду на те, що вони не присудили їй компенсацію на підставі або Закону про деліктну відповідальність, або Конвенції. Відповідно, заявниця не

стверджувала, що застосування кримінального права було єдиним засобом, яким Швеція могла виконати свій обов'язок за статтею 8 захистити її від дій її вітчима.

88. Заявниця не скаржилася на ефективність кримінального розслідування, проведеного шведською владою. Суд не знайшов жодних доказів того, що спосіб, у який слідчі органи та державне обвинувачення виконали свої обов'язки, був неефективним стосовно гарантування фізичної недоторканності заявниці, або що вони не виконали свій позитивний обов'язок провести ефективне кримінальне переслідування з тим, щоб забезпечити адекватний захист прав заявниці за статтею 8 Конвенції.

89. У світлі цих попередніх коментарів, Суд далі розгляне, чи мала Швеція, за конкретних обставин цієї справи, адекватне законодавство, що надавало заявниці захист проти конкретних дій її вітчима, та з цією метою оцінить кожен із засобів юридичного захисту, які нібито були їй доступні.

90. Слід наголосити, що цей підхід відрізняється від застосованого Палатою, яка заявила, що “лише значні недоліки в законодавстві та практиці і їх застосуванні становитимуть порушення позитивних обов'язків держави за статтею 8”. При цьому містилося посилання на формулювання, використане у справі *M.C. v. Bulgaria* (цитоване вище рішення, параграф 167) стосовно обсягу позитивних обов'язків держави за статтями 3 та 8 Конвенції в наданні захисту проти зґвалтування та сексуального насильства. Проте, в цьому рішенні Суд застосував перевірку на “значний недолік” до “стверджуваних недоліків у розслідуванні”, указавши на те, що “не мали значення твердження про помилки або окремі випадки бездіяльності” (там само, параграф 168) і вирішивши, що недоліки були “значними” (див., наприклад, параграфи 179 та 184 цитованого вище рішення; див. також рішення у справі *M. and C. v. Romania*, заява № 29032/04, параграф 112 і далі., 27 вересня 2011 р.; порівняйте з відмінним рішенням у справі *Siliadin v. France*, заява № 73316/01, параграф 130, ECHR 2005-VII, де таке формулювання було використано по відношенню до перегляду законодавства і практики за статтею 4 Конвенції).

91. Велика палата вважає, що така перевірка на значний недолік, хоча є зрозумілою в контексті розслідувань, не має виразної ролі при оцінці того, чи мала держава-відповідач адекватне законодавство у відповідності з її позитивними обов'язками за статтею 8 Конвенції, оскільки Суду слід вирішити питання, чи надавало законодавство прийнятний рівень захисту заявнику за відповідних обставин справи.

(а) Дитяча порнографія

92. Від початку Суд зазначає, що значна частина поданих до Суду коментарів сторін стосувалася існування за законодавством Швеції

злочину замаху на дитячу порнографію та його доречності до справи, що розглядається. В основі цього було те, що виправдовуючи вітчима заявниці у вчиненні сексуального домагання (за пунктом 3 статті 7 Глави 6 Кримінального кодексу) у своєму рішенні від 16 жовтня 2007 року Апеляційний суд підтвердив в *obiter dictum* те, що з огляду на вік заявниці відповідне діяння могло становити, принаймні в теорії, замах на дитячу порнографію за статтею 10а Глави 16 Кримінального кодексу (див. положення, цитовані в параграфах 31 та 32 вище). Проте, оскільки проти вітчима заявниці не було висунено такого обвинувачення, суд не міг розглянути питання притягнення його до відповідальності за такий злочин (див. параграф 24 вище).

93. Уряд вважав, що тип діяння, про яке йшлося в справі заявниці, міг за певних обставин відноситися не лише до положень про сексуальне домагання, але й до тих, що стосуються замаху на дитячу порнографію.

94. Проте, хоча визнаючи, що була відсутня інформація про те, чи розглядав якимось чином державний обвинувач у відповідний період часу можливість пред'явлення обвинувачення вітчиму заявниці в замаху на дитячу порнографію, Уряд навів низку можливих причин, чому державний обвинувач міг вирішити цього не робити, зокрема серію складнощів у наведенні достатніх доказів того, що йшлося про “порнографічні” зображення (див. параграфи 69-72 вище). Наприклад, Уряд зазначив, що матір заявниці знищила запис негайно після інциденту у вересні 2002 року і що заявниця та її мати не повідомили про інцидент поліцію до вересня 2004 року, тобто через тривалий період часу після того, як інцидент стався.

95. Суд далі врахував те, що, на думку заявниці, висловлену з посиленням, зокрема, на підготовчі матеріали до положень про дитячу порнографію та юридичний висновок (див. параграф 61 вище), навіть якби запис зберігся, її вітчим не міг би бути засудженим у замаху на дитячу порнографію. Це було тому, що основна умова для цього злочину, а саме те, щоб відповідне зображення було “порнографічним”, була відсутня. Зображення чотирнадцятирічної дівчини, яка роздягається перед прийняттям душу в, за інших обставин, звичайній щоденній ситуації, не можуть вважатися порнографічними у розумінні статті 10а Глави 16 Кримінального кодексу стосовно дитячої порнографії. Для того, щоб фільм був порнографічним, вітчим повинен був би змінити запис, наприклад, зробивши, щоб виглядало так ніби заявниця позувала для нього, або іншим чином помістити фільм у порнографічний контекст. Якби було висунено обвинувачення у замаху на дитячу порнографію у цій справі, то воно б не мало жодної перспективи успіху. Заявниця просила Суд не брати до уваги існування цього злочину за відповідним національним законодавством при розгляді її скарги.

96. Суд зазначає, що термін “порнографічне зображення” не був визначений в Кримінальному кодексу і що в підготовчих матеріалах, на які посилалася заявниця, вказувалося, що “потрібна певна обережність з тим, щоб криміналізована сфера не стала надто широкою або важкою для оцінювання. Не було наміру криміналізувати будь-яке виставлення на показ голих дітей або всі зображення, на яких можна розрізнити геніталії дитини, навіть якщо такі зображення можуть стимулювати сексуальні інстинкти деяких людей. Для того, щоб дії із зображенням були незаконними, є умова, щоб таке зображення було порнографічним відповідно до загального розуміння та цінностей” (див. параграф 33 вище).

97. З огляду на це, можливість того, що злочин замаху на дитячу порнографію міг надати заявниці захист стосовно конкретного діяння, про яке йдеться у справі, видається скоріше теоретичною. Суд не переконаний, що діяння вітчима охоплювалося цим злочином, і не бачить необхідності за цих обставин спекулювати щодо того, які були б наслідки для захисту права заявниці на повагу до її приватного життя за статтею 8 Конвенції, якби було також пред’явлено обвинувачення за таку поведінку.

(b) Сексуальне домагання

98. Іншим питанням є те, чи надавав злочин сексуального домагання заявниці захист, який вимагається статтею 8 Конвенції. До 1 квітня 2005 року відповідна частина положення про сексуальне домагання за пунктом 3 статті 7 Глави 6 Кримінального кодексу передбачала таке:

(3). [Покарання за сексуальне домагання застосовується], якщо особа виставляє себе напоказ в такий спосіб, що ображає, або іншим чином явно поводить себе непристойно вербально або дією по відношенню до особи в спосіб, що грубо порушує правила пристойності.”

99. Вітчим був засуджений відповідним чином районним судом 14 лютого 2006 року. Апеляційний суд виправдав його рішенням від 16 жовтня 2007 року, оскільки він вважав, що юридично діяння не могло становити сексуальне домагання. Апеляційний суд визнав доведеним, що мотивом вітчима було зробити таємний запис заявниці із сексуальною метою. Тому вважалось доведеним, що вітчим не мав наміру, щоб заявниця дізналася про запис. Також суд вважав, що вітчим не був байдужим до ризику того, що вона дізнається про це. Апеляційний суд далі послався на рішення (NJA, 1996, стор. 418), у якому Верховний Суд постановив, серед іншого, що таємне фільмування не було злочином саме по собі, оскільки в шведському праві не існувало загальної заборони робити відеозапис особи без її згоди. Слідуючи цій лінії доводів, і хоча визнаючи, що відповідне діяння було порушенням особистої недоторканності, особливо з

огляду на вік та стосунки заявниці з її вітчимою, Апеляційний суд постановив, що вітчимою не міг бути притягнений до кримінальної відповідальності за окремий акт фільмування заявниці без її відома. Навіть якби вона дійсно довідалася про відеозапис після того, це знання не охоплювалося умислом вітчима. Верховний Суд відмовив у наданні дозволу на оскарження 12 грудня 2007 року.

100. Для того, щоб мав місце злочин сексуального домагання за пунктом 3 статті 7 Глави 6 Кримінального кодексу, таким чином було необхідно, щоб при вчиненні діяння порушник мав намір, щоб потерпілий дізнався про сексуальне домагання, або щоб порушник мав необережність стосовно ризику того, що потерпілий дізнається про це. Іншими словами, потерпілий не міг вважатися таким, що зазнав сексуального домагання, якщо він чи вона не знав про домагання. Слід згадати, що вітчимою дійсно був засуджений за сексуальне домагання за цим положенням стосовно двох епізодів непристойної поведінки по відношенню до шістнадцятирічної двоюрідної сестри заявниці, а саме за те, що він гладив її по стегну та висловив свою бажання мати з нею статеві стосунки (див. параграф 14 вище).

101. Таке тлумачення цього положення щодо сексуального домагання Апеляційним судом було підтверджено в іншій справі Верховним Судом у рішенні від 23 жовтня 2008 року (NJA 2008 стор. 946) (див. параграф 40 вище). Верховний Суд виправдав особу в домаганні та водночас повторив, що шведське законодавство не містило загальної заборони здійснення таємного відеозапису. Він далі зазначив, що хоча потреба в посиленні законодавчого регулювання у цьому відношенні була визнана в законотворчій роботі у Швеції ще в 1960-х роках, це поки що не призвело до жодних конкретних результатів. Суд визнав дуже сумнівним те, що дії з фільмування особи в ситуаціях, коли такий запис серйозно порушував особисту недоторканність особи, залишалися повністю безкарними за шведським законодавством, було сумісним з вимогами статті 8 Конвенції.

102. Заявниця стверджувала, що формулювання положення про сексуальне домагання, яке існувало до 1 квітня 2005 року, можна було критикувати. Оскільки критика була спрямована не лише проти законодавців, але й тлумачення Апеляційного суду в його рішенні від 16 жовтня 2007 року, яке було в подальшому підтверджено Верховним Судом в іншій справі, Суд повторює, що це не його завдання заміняти собою національні суди. Це належить, насамперед, національним органам влади, особливо судам, вирішити проблеми тлумачення національного законодавства (див. рішення у справі *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* [GC], заява № 13279/05, параграф 49, 20 жовтня 2011 р.). Суд, проте, погоджується із заявницею, що вітчимою був виправданий не через брак потрібних доказів, як стверджував Уряд,

але скоріше через те, що, як було вказано Апеляційним судом, на той момент відповідне діяння не могло становити сексуальне домагання.

103. Положення щодо сексуального домагання було змінено 1 квітня 2005 року, тобто після вчинення діяння, про яке йдеться у цій справі, у вересні 2002 року, та до виправдання вітчима в кримінальному провадженні. З того часу норма про сексуальне домагання також включала дії, вчинені “у спосіб, який міг призвести до порушення сексуальної недоторканності особи”. Пізніше Комісія щодо сексуальних злочинів 2008 року зазначила, що, на її думку, змінене положення включало дії, спрямовані на осіб, які були неприємні або спали, і що воно могло також бути використано в ситуаціях, коли особа зробила таємний відеозапис або фото іншої людини у спосіб, що передбачає сексуальне втручання.

104. Суд зазначає, що Уряд не послався на жодні рішення національних судів, у яких змінене положення щодо сексуального домагання було застосовано до таємного відеозапису, яке було здійснено після 1 квітня 2005 року. У будь-якому разі, достатньо зробити висновок про те, що положення щодо сексуального домагання у редакції, яка існувала до 1 квітня 2005 року, та яке було розтлумачено в цій справі Апеляційним судом в його рішенні від 16 жовтня 2007 року, яке стало остаточним, коли Верховний Суд відмовився надати дозвіл на оскарження, не могло у юридичному значенні охопити діяння, яке розглядається, і таким чином не захищало заявницю проти порушення її приватного життя за статтею 8 Конвенції.

(с) Нещодавнє законодавство щодо здійснення таємного відеозапису

105. Так само видається, що зазначені вище прогалини в матеріальному захисті прав заявниці за статтею 8 не були виправлені будь-якими іншими існуючими положеннями національного законодавства в той час. У цьому зв'язку Суд не може не відзначити, що відсутність таких положень тривалий час була предметом занепокоєння у Швеції і що багато інших держав-членів мають законодавство, яке охоплює окремі акти здійснення відеозапису або фотографування таємно або без згоди особи (дитини чи дорослого) в інших, ніж сексуальні, цілях – за кримінальним або за цивільним правом (див. параграф 55 вище). Відповідно до рішення Верховного Суду від 23 жовтня 2008 року (NJA 2008 стор. 946) (див. параграф 40 вище), потреба в посиленні законодавчого регулювання стосовно здійснення таємного відеозапису була вже визнана в законотворчій роботі у Швеції в 1960-х роках, але так і не призвела до жодних конкретних результатів. Верховний Суд визнав дуже сумнівним те, що дії з фільмування особи в ситуаціях, коли такий запис серйозно порушував особисту недоторканність особи, залишалися повністю

безкарними за шведським правом, було сумісним з вимогами статті 8 Конвенції (див. також параграф 101 вище).

106. Суд відзначає, що остання пропозиція від Уряду від 20 грудня 2012 року, під назвою “Фотографування з втручанням”, була схвалена парламентом. Конкретніше, за новими положеннями, які набули чинності 1 липня 2013 року, таємне фільмування особи без її згоди в душі або ванній кімнаті каратиметься як фотографування з втручанням. Розміщення (встановлення) камери з метою вчинення злочину фотографування з втручанням також каратиметься як підготовка до вчинення такого злочину (див. параграф 43 вище).

107. Суд далі зазначає, що це законодавство повинно охопити діяння як те, про яке йдеться у цій справі. Він також відзначає, що принципи, передбачені в Законі про свободу преси та Основоположному законі про свободу вираження поглядів, які є частиною Конституції Швеції, особливо в частині захисту отримувачів інформації для засобів масової інформації, були уважно розглянуті перед тим, як цей законопроект був представлений парламентові. Проте, і це не заперечувалося, заявниця не могла покладатися на нове законодавство стосовно інциденту, який мав місце в 2002 році, і не могла скористатися подібним захистом свого права на повагу до її особистого життя.

(d) Цивільно-правові засоби захисту

108. У цій справі застосування кримінального права, на думку Суду, не було обов’язково єдиним способом, яким держава-відповідач могла виконати свої обов’язки за статтею 8 Конвенції. Відповідно, постає запитання, чи були доступними для заявниці цивільно-правові засоби юридичного захисту.

109. У цьому зв’язку слід відзначити, що заявниця подала свої цивільні вимоги проти вітчима в кримінальному провадженні проти нього. Так, 20 січня 2006 року, заявниця, яку представляв захисник, подала вимогу відшкодування шкоди в розмірі 25 000 крон, з яких 15 000 крон в якості компенсації за порушення її особистої недоторканності та 10 000 крон за біль та страждання. Як на підставу своїх вимог заявниця послалася на “кримінальне діяння, у якому її вітчим обвинувачувався”.

110. Як зазначив Уряд, вимоги частково ґрунтувалися на статті 1 і частково на статті 3 Глави 2 Закону про деліктну відповідальність (див. параграф 37 вище).

111. У своєму рішенні від 14 лютого 2006 року, засуджуючи вітчима, районний суд присудив йому сплатити заявниці відшкодування шкоди у розмірі 20 000 крон. Проте, виправдовуючи вітчима у своєму рішенні від 16 жовтня 2007 року, оскільки діяння не могло юридично становити сексуальне домагання, Апеляційний суд

також відхилив вимогу заявниці щодо відшкодування шкоди. Уряд зазначив у цьому зв'язку, що за статтею 6 глави 29 Кодексу судової процедури, коли цивільна вимога долучається до кримінального обвинувачення, рішення суду стосовно питання кримінальної відповідальності є обов'язковим для розгляду приватної вимоги. Відповідно, Апеляційний суд не міг присудити відшкодування шкоди на підставі статті 3 Глави 2 Закону про деліктну відповідальність, оскільки не було доведено вчинення злочину у розумінні Кримінального кодексу. Цей висновок узгоджується з твердженням Верховного Суду в наступному рішенні NJA 2008 стор. 946 (див. параграф 40 вище) від 23 жовтня 2008 року про те, що шведське законодавство не містило загальної заборони проти таємного фільмування і у випадках, коли таке фільмування не становило злочину, відшкодування шкоди не може присуджуватися.

112. Тим не менше Уряд стверджував, що в кримінальному провадженні заявниця могла покладатися на інші підстави для обґрунтування своєї вимоги щодо відшкодування шкоди проти свого вітчима, а саме на те, що він завдав їй особистої шкоди своїми необережними діями згідно із статтею 1 Глави 2 Закону про деліктну відповідальність, що охоплювало б будь-які фізичні або психологічні страждання (див. параграф 73 вище).

113. У цьому зв'язку, проте, слід пам'ятати, що вітчим жодного разу під час розслідування або судового провадження не стверджував, що він залишив камеру в стані відеозапису в кошику для білизни у ванній кімнаті випадково. Навпаки, він визнав, що це була умисна, хоч і імпульсивна, дія. Тому, на думку Суду, від заявниці та її захисника не можна було очікувати посилення на необережність лише заради того, щоб її вимога була розглянута у випадку, якщо діяння не було б визнано таким, що охоплюється злочином сексуального домагання.

114. Відповідно, Суд не переконаний, що за конкретних обставин, про які йдеться, коли відповідне діяння юридично не охоплювалося положенням про сексуальне домагання і де таємне фільмування загалом не становило злочину, заявниця мала доступ до цивільно-правових засобів захисту.

(е) Компенсація на підставі Конвенції

115. Нарешті, Суд розглянув твердження заявниці про те, що національні суди в кримінальному провадженні могли присудити їй компенсацію на підставі лише самої Конвенції, але не зробили цього за власною ініціативою.

116. Як було зазначено Урядом, хоча Верховний Суд встановив принцип, за яким особі може бути присуджена компенсація від держави за порушення Конвенції за відсутності конкретних положень у шведському законодавстві, це не могло поширюватися на вимоги

між особами, оскільки для особи було б складно передбачити з практики Суду те, чи виникав в неї обов'язок сплатити компенсацію (NJA 2007 стор. 747, див. параграф 47 вище). Враховуючи національну судову практику Швеції щодо компенсації за порушення Конвенції (див. параграфи 45-50 вище), в тому числі згадане рішення Верховного Суду, Суд не переконаний, що цей можливий шлях захисту права дійсно існував і міг замінити собою відсутність цивільно-правових засобів захисту в конкретній ситуації, яка розглядається.

(f) Висновок

117. Враховуючи все вищезазначене, Суд не вважає, що відповідне законодавство Швеції, яке існувало у вересні 2002 року, коли було вчинено конкретне діяння вітчима заявниці у вигляді спроби таємного відеозапису оголеної заявниці в їхній ванній кімнаті із сексуальною метою, забезпечувало захист її права на повагу до приватного життя у спосіб, що, попри межі розсуду держави, відповідав би позитивним обов'язкам держави за статтею 8 Конвенції. Відповідне діяння порушило особисту недоторканність заявниці; це обтяжувалося тим, що вона була неповнолітньою, що інцидент мав місце в неї вдома, де вона повинна була почуватися безпечно, і що порушником був її вітчим – особа, якій вона мала право та очікування довіряти. Проте, як Суд встановив вище, за шведським законодавством не існувало ні кримінальних, ні цивільно-правових засобів захисту, які могли б дозволити заявниці отримати дієвий захист проти зазначеного порушення її особистої недоторканності за конкретних обставин її справи.

Відповідно, мало місце порушення статті 8 Конвенції.

II. ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 41 КОНВЕНЦІЇ

118. Стаття 41 Конвенції передбачає:

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

A. Шкода

119. Заявниця просила 20 000 євро в якості компенсації за нематеріальну шкоду.

120. Уряд вважав цю суму надмірною. На його думку, сума не більше 3 000 євро була б достатньою для компенсації заявниці.

121. Суд вважає, що заявниця повинна була зазнати нематеріальної шкоди, яка не буде достатньою мірою компенсована простим

визнанням порушення статті 8. Приймаючи рішення на справедливій основі, Суд присуджує заявниці 10 000 євро в якості компенсації нематеріальної шкоди.

В. Витрати

122. Заявниця просила 516 410 крон (що становить приблизно 60 500 євро), у тому числі податок на додану вартість (ПДВ), за витрати, які включали:

- i) 146 250 крон за гонорари адвокатів за провадження перед Палатою, що дорівнювало 65 годинам з годинною ставкою у 1 800 крон (без врахування ПДВ);
- ii) 353 750 крон за гонорари адвокатів за провадження перед Великою палатою, що дорівнювало 141,5 годинам з годинною ставкою у 2 000 крон (без врахування ПДВ);
- iii) 11 021 крон за отриманий юридичний висновок;
- iv) 5 389 крон за витрати на подорожі та витрати її трьох радників, які взяли участь у слуханнях перед Великою Палатою.

Стосовно останньої вимоги, заявниця також просила компенсувати витрати в розмірі 3 260,6 євро за авіаквитки та витрати на проживання для неї та її трьох радників, які брали участь у слуханнях перед Великою палатою.

123. Уряд вважав гонорари адвокатів надмірними як в частині кількості годин, так і годинної ставки. Він вважав розумною загальну кількість у 80 годин за годинною ставкою, що відповідала годинному гонорару для правової допомоги, що існує в Швеції, яка в 2013 році становила 1 242 крон (без ПДВ). Стосовно інших витрат Уряд вважав, що витрати на юридичний висновок були безпідставними. Уряд не заперечував проти інших вимог.

124. Відповідно до усталеної практики Суду, заявник має право на відшкодування витрат лише тією мірою, якою було доведено, що вони дійсно мали місце та є розумними щодо обсягу.

125. Стосовно гонорарів адвокатів, як щодо провадження перед Палатою, так і перед Великою палатою, Суд може прийняти годинну ставку, заявлену заявницею. У цій справі, враховуючи наявні в нього документи та зазначені вище критерії, Суд вважає розумним присудити суму в 25 000 євро, включно з ПДВ (див., наприклад, рішення у справах: *X and Others v. Austria* [GC], заява № 19010/07, параграф 163, ECHR 2013; *Nada v. Switzerland* [GC], заява № 10593/08, параграф 245, ECHR 2012; та *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], заява № 27021/08, параграф 117, ECHR 2011).

126. Щодо інших витрат, які були понесені у зв'язку з провадженням перед Великою палатою, то, як видається, це включає авіаквитки для п'яти осіб. Суд може присудити компенсацію лише

витрат на подорож для заявниці та її трьох представників. Він таким чином присуджує заявниці 4 700 євро в цьому відношенні.

С. Пеня

127. Суд вважає належним те, щоб пеня ґрунтувалася на граничній кредитній ставці Європейського центрального банку, до якої додаються три відсоткові пункти.

НА ЦИХ ПІДСТАВАХ СУД

1. *Постановляє*, шістнадцятьма голосами проти одного, що мало місце порушення статті 8 Конвенції;
2. *Постановляє*, шістнадцятьма голосами проти одного,
 - (а) що держава-відповідач повинна сплатити заявниці, упродовж трьох місяців, такі суми, які повинні бути переведені в валюту держави-відповідача за курсом, який діє на день сплати:
 - (і) 10 000 (десять тисяч) євро, плюс будь-які податки, які можуть підлягати сплаті, у частині моральної шкоди;
 - (іі) 29 700 (двадцять дев'ять тисяч сімсот) євро за витрати, плюс будь-які податки, які можуть підлягати сплаті заявницею;
 - (б) що зі впливом зазначених вище трьох місяців і до виплати на зазначені суми у період несплати нараховується простий відсоток у розмірі граничної кредитної ставки Європейського центрального банку плюс три відсоткові пункти;
3. *Відхиляє*, одноголосно, решту вимог заявниці щодо справедливої сатисфакції.

Учинено англійською і французькою мовами та оголошено під час публічного слухання у Палаці прав людини в Страсбурзі 12 листопада 2013 року.

Ерік Фрайберг
Секретар

Джозеп Касадевалл
Голова

Згідно з пунктом 2 статті 45 Конвенції та пунктом 2 правила 74 Регламенту Суду до цього рішення додаються такі окремі думки:

(а) окрема думка, яка збігається з думкою більшості, судді Пінто де Альбукерке;

(b) окрема думка, яка не збігається з думкою більшості, судді Калайджієвої.

J.C.
E.F.

Окремі думки не перекладаються, але доступні англійською та/або французькою мовою у версії рішення офіційною мовою, яка може бути знайдена в базі даних рішень Суду HUDOC.

© Рада Європи/Європейський суд з прав людини, 2014.

Офіційними мовами Європейського суду з прав людини є англійська та французька мови. Цей переклад було замовлено за підтримки Цільового фонду «Права людини» Ради Європи (www.coe.int/humanrightstrustfund). Він не є зобов'язальним для Суду; також Суд не несе жодної відповідальності за його якість. Його можна завантажити з бази рішень Європейського суду з прав людини HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int>) або з будь-яких інших баз даних, в яких Суд його також розмістив. Його можна відтворювати в некомерційних цілях за умови, що будуть зазначені повна назва справи та посилання на авторське право і Цільовий фонд «Права людини». Для використання будь-якої частини цього перекладу в комерційних цілях слід звертатися за наступною адресою: publishing@echr.coe.int.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2014.

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2014.

Les langues officielles de la Cour européenne des droits de l'homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://hudoc.echr.coe.int>), ou de toute autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Toute personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante : publishing@echr.coe.int.