МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РФ

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ТОМСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

УГОЛОВНАЯ ЮСТИЦИЯ

Russian Journal of Criminal Law

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

2016 **№ 1(7)**

УГОЛОВНОЕ ПРАВО
УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС
УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО
КРИМИНОЛОГИЯ
КРИМИНАЛИСТИКА
ПРАВООХРАНИТЕЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ
СУДОУСТРОЙСТВО
СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА
ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР

Свидетельство о регистрации: ПИ № ФС-77 54545
от 21 июня 2013 г.

УЧРЕДИТЕЛЬ:
Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования
«Национальный исследовательский Томский государственный университет»

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ ЖУРНАЛА «УГОЛОВНАЯ ЮСТИЦИЯ»

Андреева О. И., д-р юрид. наук, доц.; Воронин О.В., канд. юрид. наук, доц. (отв. секретарь); Елисеев С.А., д-р юрид. наук, проф. (председатель редколлегии); Казаков В.В., д-р экон. наук, проф. (заместитель председателя редколлегии); Мариничева А.Ю., (технич. секретарь); Свиридов М.К., д-р юрид. наук, проф.; Уткин В.А., д-р юрид. наук, проф. (главный редактор); Филимонов В.Д., д-р юрид. наук, проф.; Шеслер А.В., д-р юрид. наук, проф.

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ ЖУРНАЛА «УГОЛОВНАЯ ЮСТИЦИЯ»

Азаров В.А., д-р юрид. наук, проф. (Омск); Ахмедшин Р.Л., д-р юрид. наук, проф. (Томск); Барабаш А.С., д-р юрид. наук, проф. (Красноярск); Ведерников Н.Т., д-р юрид. наук, проф. (Москва); Голик Ю.В., д-р юрид. наук, проф. (Москва); Головко Л.В., д-р юрид. наук, проф. (Москва); Гришко А.Я., д-р юрид. наук, проф. (Москва); Деришев Ю.В., д-р юрид. наук, проф. (Омск); Зникин В.К., д-р юрид. наук, проф. (Кемерово); Николюк В.В., д-р юрид. наук, проф. (Москва); Прозументов Л.М., д-р юрид. наук, проф. (Томск); Самович Ю.В., д-р юрид. наук, доц. (Кемерово); Селиверстов В.И., д-р юрид. наук, проф. (Москва); Скаков А.Б., д-р юрид. наук, профессор (Астана, Республика Казахстан); Смолькова И.В., д-р юрид. наук, проф. (Иркутск); Стойко Н.Г., д-р юрид. наук, проф. (Санкт-Петербург); Уткин В.А., д-р юрид. наук, проф. (Томск); Халиулин А.Г., д-р юрид. наук, проф. (Москва); Черненко Т.Г., д-р юрид. наук, проф. (Кемерово); Шейфер С.А., д-р юрид. наук, проф. (Самара).

МИССИЯ ЖУРНАЛА «УГОЛОВНАЯ ЮСТИЦИЯ»

Научно-практический журнал высшей школы России «Уголовная юстиция» призван служить объединению интеллектуального потенциала научных и практических работников в обсуждении и решении актуальных проблем уголовной политики, формирования и применения законодательства о борьбе с преступностью в современных социально-политических и экономических реалиях. Особое значение приобретают региональные особенности реализации уголовной политики. Специализированные журналы такого профиля существуют, но они издаются, как правило, ведомственными вузами и научными учреждениями. Своеобразие нового журнала – в его направленности на обсуждение актуальных проблем уголовной политики не только специалистов – ученых и практиков, но и компетентных представителей гражданского общества, правозащитников, представителей законодательных органов власти.

В международно-правовом аспекте термин «уголовная юстиция» охватывает все стадии противодействия преступности – от ее предупреждения до исполнения наказания, поэтому журнал охотно предоставляет возможность публикаций для представителей всех наук криминального цикла. Его издатели будут рады участию в нем специалистов иных отраслей юридического знания для комплексного обсуждения рассматриваемых проблем.

Адрес редакции: 634050, РФ, г. Томск, проспект Ленина, 36,
Национальный исследовательский Томский государственный университет,
Юридический институт, редакция журнала «Уголовная юстиция»
E-mail: crim.just@mail.ru

Сведения о журнале можно найти на сайте в сети Интернет:
http://journals.tsu.ru/crimjust/

Электронную версию журнала «Уголовная юстиция» смотрите:
http://www.elibrary.ru

ООО «Издательство научно-технической литературы»
634050, Томск, пл. Новособорная, 1, тел. (3822) 533-335

Редактор *Н.И. Шидловская*
Редактор-переводчик *В.В. Кашпур*
Дизайн, верстка *Д.В. Фортеса*

Подписано к печати 12.07.2016. Формат 60 × 84 1/8. Бумага офсетная. Печать офсетная.
Гарнитура «Таймс». Усл. п. л. 18,14. Уч.-изд. л. 20,31. Тираж 300 экз. Заказ № 22.

Отпечатано в типографии «М-Принт», г. Томск, пер. Добролюбова, 10, ст. 3, тел. (3822) 258-279

СОДЕРЖАНИЕ

О Всероссийской научно-практической конференции по мониторингу правоприменения «Реализация решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека в уголовно-процессуальном законодательстве и уголовном судопроизводстве России» (*О.И. Андреева*) I

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

Валеев М.Т. К вопросу о правовых последствиях уклонения от отбывания наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью 5
Прозументов Л.М. Уголовно-правовые проблемы противодействия организации преступного сообщества (преступной организации) или участия в нем (ней) 10

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

Александрова Л.А. Взаимосвязь функций судебного контроля и правосудия в уголовном судопроизводстве Российской Федерации 16
Боярская А.В. Состязательность сторон при особом порядке судебного разбирательства (глава 40 УПК РФ) и производных от него процедурах 21
Григорьев В.Н. Решение Европейского суда по правам человека в деле «Лялякин против Российской Федерации»: было ли злоупотребление полномочиями? 29
Казакова А.В. Специфичность конституционного контроля ст. 115 УПК РФ 37
Качалов В.И. Особенности принятия процессуального решения о допустимости показаний подсудимого, заявляющего о применении к нему незаконных методов ведения следствия: правовые позиции ЕСПЧ 41
Ковтун Н.Н. Надзорно-кассационная форма проверки судебных решений в контексте российской «традиции», актов ЕСПЧ и актов конституционного правосудия 45
Михайлов А.А. Принцип пропорциональности: сущность, практика применения Европейским судом по правам человека, Конституционным Судом РФ и значение для совершенствования системы доказывания в современном уголовном процессе России 56
Носкова Е.В. О некоторых особенностях реализации полномочий Пленума Верховного Суда Российской Федерации 70
Осипов М.Ю. Вопросы предоставления и оценки доказательств в уголовном процессе в свете требований конституционного и международного права 74
Рукавишникова А.А. Основания отмены или изменения приговора, вступившего в законную силу, в исключительных производствах: позиции Европейского суда по правам человека и Конституционного Суда РФ 78
Тузов А.Г. Влияние практики Конституционного Суда РФ и Европейского суда по правам человека на формирование системы производств по пересмотру приговоров 87
Хашимов Р.А. Гарантии сохранения адвокатской тайны при проведении обыска в отношении адвоката: судебные правовые позиции 92
Шошин С.В. Некоторые проблемы констатации провокации при доказывании в современном российском уголовном процессе 99
Ясельская В.В., Рожков А.С. Требования состязательности и равенства процессуальных возможностей сторон и участие стороны защиты в доказывании: что делать с материалами, представляемыми стороной защиты? 105

ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Садчикова О.В. Различные виды злоупотреблений при проведении оперативно-розыскных мероприятий и гарантии против подобных злоупотреблений 109

ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР

Агутин А.В. Социокультурные основания прокурорской деятельности 114

СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

Мазур Е.С., Иванов И.В. Возможности использования специальных знаний в раскрытии и расследовании преступлений 121

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ РЕШЕНИЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Андреева О.И. Некоторые проблемы применения мер безопасности в отношении лиц, содействующих правосудию в уголовном судопроизводстве 127
Качалова О.В. Оглашение показаний отсутствующего свидетеля и справедливость уголовного процесса: правовые позиции ЕСПЧ 132
Трубникова Т.В. Проблемы доказывания в справедливом судебном разбирательстве и их отражение в правовых позициях ЕСПЧ: вызовы для российской науки уголовного процесса и правоприменительной практики 135

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ 148

© «*Уголовная юстиция*», *2016*

CONTENTS

The All-Russian scientific and practical conference on law enforcement monitoring "Implementation of Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation and the European Court of Human Rights in Criminal Procedural Law and Criminal Proceedings in Russia" (*O.I. Andreeva*) I

CRIMINAL LAW

Valeev M.T. On legal consequences of evasion from serving punishment in the form of deprivation of the right to hold specific posts or to engage in certain activities 5
Prozumentov L.M. Criminal problems of counteraction to an organized criminal community (criminal organization) or participation therein 10

CRIMINAL PROCEDURE

Aleksandorva L.A. Relationship of judicial control functions and justice in criminal proceedings of the Russian Federation 16
Boyarskaya A.V. The adversarial nature of of the parties in special proceedings (Article 40 of the Russian Federation Code of Criminal Procedure) and its derivatives 21
Grigorev V.N. Decision of the European Court of Human Rights in the case "Lyalyakin v. Russia": Was there abuse of power? 29
Kazakova A.V. Specificity of constitutional control under Art. 115 of the RF Code of Criminal Procedure 37
Kachalov V.I. The procedural decision on the admissibility of evidence of the defendant who alleges being subjected to unlawful methods of investigation: the ECHR legal positions 41
Kovtun N.N. Supervisory and cassational form of judgment review in the Russian "tradition", the ECHR acts and acts of constitutional justice 45
Mikhailov A.A. The principle of proportionality: essence, practices of the European Court of Human Rights, Constitutional Court of the Russian Federation and importance for improvement of the system of proof in the modern criminal process in Russia 56
Noskova E.V. On some peculiarities of the exercise of powers of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation 70
Osipov M.Yu. Provision and evaluation of evidence in a criminal procedure in the light of the requirements of the constitutional and international law 74
Rukavishnikova A.A. Grounds for canceling or modifying enforceable sentences in exceptional procedures: the position of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of the Russian Federation 78
Tuzov A.G. Influence of the practice of the RF Constitutional Court and the European Court of Human Rights on the formation of the system of procedures for revising sentences 87
Hashimov R.A. Guaranties of legal professional privilege in searches against lawyers: judicial legal positions 92
Shoshin S.V. Some problems of establishing provocation when proving in modern Russian criminal procedure 99
Yaselskaya V.V., Rozhkov A.S. The requirements of adversariality and equality of parties and the defense participation in proving: what to do with the materials submitted by the defense? 105

OPERATIONAL SEARCH ACTIVITIES

Sadchikova O.V. Various forms of abuse during operational search activities and guarantees against them 109

PROSECUTOR SUPERVISION

Agutin A.V. Socio-cultural foundations of the prosecutor's activities 114

FORENSIC SCIENCE

Mazur E.S., Ivanov I.V. Use of special knowledge in investigation of crimes 121

TOPICAL ISSUES OF THE ECHR DECISIONS APPLICATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Andreeva O.I. Some problems of applying security measures to persons promoting justice in criminal proceedings 127
Kachalova O.V. Absent witness evidence and a fair criminal trial: the ECHR legal positions 132
Trubnikova T.V. Problems of proof in a fair trial and their reflection in the legal positions of the ECHR: challenges for the Russian science of the criminal procedure and law enforcement practice 135

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS 148

© *Russian Journal of Criminal Law, 2016*

О ВСЕРОССИЙСКОЙ НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ ПО МОНИТОРИНГУ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ «РЕАЛИЗАЦИЯ РЕШЕНИЙ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ РОССИИ»

27–28 апреля 2016 г. на базе ФГАОУ ВО «Национальный исследовательский Томский государственный университет» в обеспечение реализации Указа Президента Российской Федерации от 20.05.2011 г. № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации» по ходатайству Министерства юстиции Российской Федерации прошла Всероссийская научно-практическая конференция по мониторингу правоприменения «Реализация решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека в уголовно-процессуальном законодательстве и уголовном судопроизводстве России». Информационную поддержку конференции осуществляло ООО «ИЦ КонсультантЪ».

В работе конференции приняли участие 58 человек, среди них: **О.А. Вагин** – начальник Управления конституционных основ уголовной юстиции Секретариата Конституционного Суда РФ, кандидат юридических наук; **Л.В. Головко** – член Научно-консультативного совета при Верховном Суде Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовного процесса, прокурорского надзора и правосудия Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор; **В.Н. Григорьев** – профессор кафедры противодействия незаконному обороту наркотиков Международного межведомственного центра подготовки сотрудников оперативных подразделений имени генерал-лейтенанта милиции А.Н. Сергеева Всероссийского института повышения квалификации сотрудников Министерства внутренних дел России, доктор юридических наук, профессор; **О.А. Зайцев** – член Научно-консультативного совета при Верховном Суде Российской Федерации, проректор по научной работе Московской академии экономики и права, заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, доктор юридических наук, профессор; **В.А. Храбров** – начальник Главного управления Минюста России по Новосибирской области; **О.И. Андреева** – заведующая кафедрой уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности НИ ТГУ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, адвокат Адвокатской палаты Томской области, доктор юридических наук, доцент; **А.С. Князьков** – заведующий кафедрой криминалистики НИ ТГУ, доктор юридических наук, доцент; **М.К. Свиридов** – профессор кафедры уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Национального исследовательского Томского государственного университета, почетный работник высшего профессионального образования РФ, доктор юридических наук, профессор.

Кроме того, в работе конференции приняли участие: сотрудник Департамента по развитию в области прав человека Совета Европы, преподаватели, научные сотрудники, аспиранты вузов России, представители Министерства юстиции Российской Федерации, судьи, работники прокуратуры, работники органов внутренних дел, адвокаты из Томска, Москвы, Санкт-Петербурга, Самары, Екатеринбурга, Челябинска, Омска, Барнаула, Горно-Алтайска, Кызыла, Новосибирска, Кемерово, Иркутска, Красноярска, Мегиона Ханты-Мансийского автономного округа.

Открыли конференцию и выступили с приветственным словом к участникам конференции проректор по научной работе НИ ТГУ И.В. Ивонин, начальник Главного управления Минюста России по Новосибирской области В.А. Храбров, директор ЮИ НИИ ТГУ Владимир Александрович Уткин.

С докладами на пленарном заседании выступили: Леонид Витальевич Головко, заведующий кафедрой уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор; Татьяна Владимировна Трубникова, доцент кафедры уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Национального исследовательского Томского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент; Анастасия Анатольевна Рукавишникова, доцент кафедры уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Национального исследовательского Томского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент.

В рамках конференции было проведено два «круглых стола», посвященных обсуждению наиболее острых и проблемных вопросов:

Первый «круглый стол» «Проблемы доказывания в уголовном процессе: отражение в уголовном судопроизводстве РФ правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека». Модератором «круглого стола» был профессор кафедры противодействия незаконному обороту наркотиков Международного межведомственного центра подготовки сотрудников оперативных подразделений имени генерал-лейтенанта милиции А.Н. Сергеева Всероссийского института повышения квалификации сотрудников Министерства внутренних дел России, доктор юридических наук, профессор В.Н. Григорьев.

Второй «круглый стол» «Пересмотр судебных решений в уголовном судопроизводстве: реализация права на справедливое судебное разбирательство и гарантий судебной защиты». Работу круглого стола возглавил член Научно-консультативного совета при Верховном Суде Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовного процесса, прокурорского надзора и правосудия Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор Л.В. Головко.

Участники «круглых столов» приняли активное участие в обсуждении проблемных вопросов. По итогам работы была принята Резолюция, в которую были включены выявленные в ходе конференции проблемы применения правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека, сформулированы выводы и рекомендации, направленные на совершенствование уголовно-процессуального законодательства. Резолюция направлена в адрес Министерства юстиции Российской Федерации.

РЕЗОЛЮЦИЯ
Всероссийской научно-практической конференции по мониторингу правоприменения «Реализация решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека в уголовно-процессуальном законодательстве и уголовном судопроизводстве России»

Участники Всероссийской научно-практической конференции по мониторингу правоприменения «Реализация решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека в уголовно-процессуальном законодательстве и уголовном судопроизводстве России», обсудив отражение решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека в уголовно-процессуальном законодательстве и практику их применения в уголовном судопроизводстве России, полагают необходимым предложить следующее:

I. Российская Федерация, добровольно приняв на себя обязательство обеспечивать возможность реализации прав, закрепленных в Конвенции о защите прав человека и основных свобод, всем лицам, находящимся на ее территории, тем самым обязалась создать системный механизм, использование которого позволяло бы гражданам РФ реализовывать такие права непосредственно, без предварительного обращения с жалобой в ЕСПЧ. В то же время, учитывая верховенство Конституции Российской Федерации, имплементация в российское законодательство и правоприменительную практику правовых позиций Европейского суда по правам человека возможна лишь в части, в которой они не противоречат положениям Конституции РФ, а потому должна производиться взвешенно с тем, чтобы такая имплементация не приводила к нарушению баланса конституционных ценностей, ослаблению достигнутого уровня правовой защищенности граждан. (По этому пункту было высказано особое мнение заведующего кафедрой уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ, профессора Л.В. Головко. По его мнению, в резолюции не нашли отражения важные проблемы, обсужденные на конференции, в частности, вывод о том, что имплементация решений КС РФ и имплементация решений ЕСПЧ представляют собой два совершенно разных правовых механизма, которые не должны смешиваться; вывод о необходимости обеспечивать стабильность российского уголовно-процессуального законодательства.)

Правовые позиции Европейского суда по правам человека, изложенные в его решениях, по общему правилу должны подлежать имплементации посредством внесения дополнений и (или) изменений в национальное законодательство Российской Федерации. (Применительно этого пункта резолюции профессором Л. В. Головко было отмечено, что основным способом имплементации решений ЕСПЧ, по его мнению, является учет высказанных им правовых позиций в правоприменительной практике – при расследовании и рассмотрении конкретных уголовных дел. Имплементация в виде постоянных дополнений (изменений) законодательства приводит лишь к дестабилизации последнего, что крайне негативно сказывается в том числе на соблюдении прав и свобод человека в правоприменительной практике по смыслу Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В самом общем виде можно сказать, что при нестабильном законодательстве и вытекающей из него неустойчивой практике никакие права и свободы соблюдаться не могут.)

II. Участниками конференции было обращено внимание на существование следующих недостатков и пробелов нормативного регулирования в РФ уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности, а также проблем, связанных с адекватным правоприменением, препятствующих полноценной реализации решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека в уголовном судопроизводстве России:

Необходимость установления такого порядка проведения оперативно-розыскных мероприятий, который бы создавал достаточные гарантии исключения провокации преступления.

В этих целях участниками конференции было предложено законодательно закрепить содержание всех оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных ст. 6 Закона Об оперативно-розыскной деятельности, а также понятие и содержание провокации преступления, с тем чтобы не блокировать проведение оперативно-розыскных мероприятий, а разграничить правомерную и неправомерную тактику их проведения, обеспечить равное и единообразное применение этих законоположений применительно к выявлению или раскрытию любых преступлений, а не только коррупционных и наркотических, обеспечивая защиту интересов личности от криминальных угроз, а также достигнутый уровень общественной и государственной безопасности.

Кроме того, участниками конференции было также указано на возможность проработать варианты установления дополнительного независимого контроля за обоснованностью проведения таких оперативно-розыскных мероприятий (например, со стороны суда). В то же время такое законодательное регулирование призвано не блокировать проведение оперативно-розыскных мероприятий. (По этому пункту резолюции профессор Л.В. Головко отметил, что Россия является одной из немногих стран, где оперативно-розыскная деятельность урегулирована специальным законом и предусматривает необходимые судебные гарантии при ограничении всех прав, обеспеченных Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, что выгодно отличает российское право от многих других стран, где подобных гарантий нет ни на законодательном, ни на судебном уровне (см. дело Э. Сноудена, тайные «прослушки» АНБ и т.п.).)

Отсутствие в уголовно-процессуальном законодательстве РФ достаточных гарантий обеспечения беспристрастности судей при рассмотрении ими уголовных дел (в том числе, по сравнению с гарантиями, установленными арбитражным процессуальным законом). В частности, такими гарантиями, по мнению участников, могут стать:

- дополнительные основания для отвода судей, позволяющие учесть при разрешении вопроса об отводе правовые позиции ЕСПЧ относительно объективного критерия беспристрастности судьи;
- появление дифференцированного порядка разрешения отвода, заявленного судье, который бы позволял, когда это возможно, чтобы отвод, заявленный судье, разрешался иным лицом (например, председателем суда, при этом должно учитываться наличие малочисленных судов);
- запрет на рассмотрение уголовного дела по существу, если судья ранее принимал участие при избрании и (или) продлении меры пресечения в отношении подсудимого.

В то же время участники конференции обратили внимание на необходимость одновременного введения в уголовно-процессуальное законодательство норм, которые создавали бы гарантии от злоупотребления правом на заявление отвода, с тем чтобы рассмотрение дела не оказалось блокированным многократными заявлениями отвода по одному и тому же основанию.

Отнесение следователя к числу субъектов, действующих на стороне обвинения, не позволяет создать достаточных гарантий полноты, объективности и всесторонности исследования им обстоятельств дела.

Отсутствие реальной возможности у стороны защиты участвовать в доказывании на основе принципа равенства сторон, поскольку отсутствуют достаточные процессуальные гарантии того, что собранные ею материалы будут приняты и изучены судом. (По этому пункту резолюции было высказано особое мнение профессора Л.В. Головко, который указал, что «Никаких “гарантий” здесь быть не может с учетом фундаментальных принципов доказательственного права, в частности обязанности судьи в каждом конкретном случае оценивать относимость и допустимость представленных доказательств, отсутствие у каких-либо доказательств предустановленной силы и т.п.».)

Право обвиняемого на допрос показывающих против него свидетелей не гарантировано в достаточной степени, законодателем не достигнут баланс между данным правом обвиняемого и правами по-

терпевших и свидетелей (на безопасность), отсутствуют законодательно закрепленные способы, которые позволили бы компенсировать стороне защиты сложности, связанные с принятием и исследованием судом показаний свидетелей, не допрошенных в суде.

В частности, участниками конференции было обращено внимание на:

- отсутствие достаточных гарантий реализации права обвиняемого допрашивать эксперта стороны обвинения;

- отсутствие достаточных гарантий того, что судом будет проверено наличие достаточных оснований для применения мер безопасности в отношении свидетеля (анонимный свидетель), для отказа от допроса в суде несовершеннолетнего потерпевшего;

- необходимость проведения видеозаписи допроса свидетеля (потерпевшего), который возможно будет отсутствовать в суде, для того чтобы суд в последующем мог составить собственное мнение о поведении свидетеля на допросе и о его надежности, осуществление видеозаписи допроса несовершеннолетнего потерпевшего не должно ставиться в зависимость от его желания или желания его законных представителей;

- отсутствие гарантий возможности для стороны защиты поставить свои вопросы перед несовершеннолетним потерпевшим (например, путем участия в его допросе защитника обвиняемого, присутствия стороны защиты при таком допросе в условиях, исключающих визуальное наблюдение, подача письменных вопросов через следователя и т.п.);

- по делам, по которым один или несколько обвиняемых заключили досудебное соглашение о сотрудничестве, отсутствуют достаточные гарантии того, что обвинительный приговор, вопреки правовым позициям ЕСПЧ, не будет основан исключительно на показаниях сообвиняемых, заключивших такое соглашение. В подобных ситуациях должны иметься и другие доказательства виновности лица, совершившего преступления. (По этому поводу резолюции профессором Л. В. Головко было отмечено, что данная рекомендация не вытекает из хода и содержания состоявшейся на конференции дискуссии. Напротив, участники конференции наглядно показали, например, невозможность подвергать несовершеннолетнего допросу со стороны обвиняемого без ущерба для интересов самого несовершеннолетнего и необходимости защиты его прав (примеры из практики Самарской обл.)

В законе отсутствуют достаточные гарантии от проведения произвольного обыска у адвокатов, от произвольного нарушения конфиденциальности сведений, входящих в состав адвокатской тайны. В частности, участники конференции указали на необходимость:

- обеспечения мотивированного характера согласия суда на проведение обыска у адвоката (обыск может быть разрешен в случае установления объективной невозможности получения искомых доказательств из иных источников). В согласии суда на производство обыска у адвоката должны быть конкретизированы материалы, подлежащие изъятию в ходе обыска;

- появления правового механизма, позволяющего при проведении обыска в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых для осуществления адвокатской деятельности) обеспечить дифференцированный подход к исследованию как материалов, которые содержат адвокатскую тайну и вследствие этого не должны быть доступны на данной стадии состязательного процесса органам, осуществляющим предварительное расследование, так и материалов, конфиденциальность которых не подлежит обеспечению законом, путем установления, в частности, обязательности участия в ходе данных следственных действий лиц, выполняющих функции независимого и «осведомленного» разграничения между материалами, содержащими адвокатскую тайну, и материалами, конфиденциальность которых не подлежит обеспечению законом (представитель Адвокатской палаты, прокурор, не надзирающий за следствием, представитель органов юстиции);

- обязательность уведомления адвоката и его доверителя о начале производства обыска (выемки) у адвоката с целью предоставления возможности данным лицам принять участие в данном следственном действии. (По этому поводу профессором Л.В. Головко было высказано особое мнение, было отмечено, что реализация данного предложения до начала следственного действия сделает бессмысленным его производство, а также приведет к нарушению принципа равенства перед законом и судом.);

- обязательность участия в данных следственных действиях представителя адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, членом которой или на территории которой осуществляет свою деятельность адвокат. (По поводу этого пункта резолюции профессором Л. В. Головко было отмечено отсутствие в данном аспекте каких-либо изъянов законодательства. Все встречающиеся проблемы имеют исключительно правоприменительный характер.)

Отсутствуют достаточные нормативные гарантии воспрепятствования получения уполномоченным защитником, выбранным, например, семьей задержанного лица (либо иным лицом), доступа к нему в целях оказания юридической помощи (в том числе путем установления недопустимости показаний, данных в присутствии другого защитника, назначенного органом предварительного расследования, поскольку в такой ситуации нарушается право свободного выбора (приглашения) защитника).

В то же время участники конференции обратили внимание на необходимость одновременного введения в уголовно-процессуальное законодательство норм, которые создавали бы гарантии от злоупотребления со стороны уполномоченного защитника правом не являться по вызову должностных лиц для участия в производстве следственных действий или в судебном разбирательстве.

Имеется необходимость обеспечения права потерпевших на доступ к правосудию, на судебную защиту и справедливое судебное разбирательство путем появления возможности осуществления заочного судебного разбирательства в случаях добровольного отказа подсудимого от реализации своего права на личное участие в судебном разбирательстве и уклонения от участия в суде по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести. (Профессором Л.В. Головко было отмечена необходимость более тщательного обсуждения данного пункта положения. На его взгляд, заочное рассмотрение дела в любом случае не удовлетворяет интересам потерпевшего, так как не позволяет реально исполнить справедливое наказание, обеспечить потерпевшему возмещение вреда со стороны скрывающегося обвиняемого и т.п.)

Необходимо определить основания и порядок заочного судебного разбирательства в случае уклонения обвиняемых от суда, обеспечивающий права потерпевших на доступ к правосудию и на судебную защиту, отвечающий требованиям равенства перед законом и судом как подсудимых, так и потерпевших от преступлений.

Необходимость обеспечения учета в уголовно-процессуальном законе правовых позиций ЕСПЧ относительно недопустимости использования отдельных доказательств (например, полученных с нарушением права на защиту, в случае отказа в допуске к подозреваемому/обвиняемому защитника по его собственному выбору, оглашенных показаний неявившегося свидетеля и т.п.), исключив при этом подмену исследования действительных обстоятельств по уголовному делу формальными схемами оценки доказательств, придание им заранее установленной силы.

Законодателю не удалось разграничить основания проверки судебных решений, не вступивших в законную силу (апелляционные) и вступивших в законную силу (кассационные, надзорные). Как свидетельствует анализ практики, при проверке судебных решений в апелляционном и кассационном порядке основаниями выступают одни и те же нарушения уголовного, процессуального закона. Не удалось и сформулировать достаточно ясный и исчерпывающий круг оснований для отмены судебных решений в сторону ухудшения (ст. 401.6 УПК РФ). Сама формулировка «допущенные повлиявшие на исход дела нарушения закона, искажающие суть правосудия и смысл судебного решения как акта правосудия», не отличается определенностью и сложно разграничивается с общими основаниями проверки в суде кассационной инстанции. (По этому пункту резолюции профессором Л.В. Головко было отмечено, что Российский уголовно-процессуальный закон вполне разграничивает апелляционные и кассационные (надзорные) основания. Что касается «анализа практики» (а не закона!), то ее недостатки нельзя устранить изменением букв или запятых в тексте закона. Речь идет о сугубо правоприменительной рекомендации. То же самое касается оснований для пересмотра дел in defavorem. Достаточно напомнить, что появление данной нормы связано с тщательной имплементацией текста протокола № 7 к Конвенции и соответствующих решений ЕСПЧ. Это наглядно доказывает методологическую недопустимость решения правоприменительных проблем нормативными способами.)

Отсутствует нормативно закрепленная возможность при рассмотрении дела в апелляционной инстанции перейти к «полной» апелляции, которая могла бы заменить исследование в суде первой инстанции, что исключает возможность исправления в апелляционной инстанции большого количества ошибок, допущенных судом первой инстанции при рассмотрении уголовного дела, и вызывает необходимость возвращения дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции. (В отношении этого пункта резолюции профессор Л. В. Головко обратил внимание, что «Само разграничение в рекомендации «полной» и «неполной» апелляции противоречит протоколу № 7 к Конвенции, поскольку по уголовным делам апелляция не может быть «неполной» в силу тяжести грозящего наказания по любому уголовному делу (это терминология гражданского процесса). Поэтому никакого «перехода к полной апелляции» и не требуется. Речь идет о других проблемах, опять-таки имеющих не нормативный, а правоприменительный характер».)

Отсутствуют достаточные гарантии обеспечения права осужденного на защиту при решении вопроса о его участии в заседании суда апелляционной инстанции в режиме видеоконференцсвязи, а также при обеспечении его участия в таком режиме. Участниками конференции отмечена необходимость предусмотреть в указанном случае в уголовно-процессуальном законодательстве обязательность одновременного участия двух защитников: одного – в месте нахождения осужденного, другого – в зале судебного заседания. (В отношении этого положения конференции профессором Л. В. Головко были поставлены вопросы: Как и за чей счет данная рекомендация будет реализовываться, особенно с учетом удаленности некоторых апелляционных инстанций, например Верховного Суда РФ, от места нахождения осужденного (например, о. Сахалин)? Кто будет решать в такой ситуации вопрос о назначении защитника в Москве или оплачивать командировку в Москву сахалинского защитника. Насколько такие меры действенны, особенно с учетом недоверия к защите по назначению?)

Заведующая кафедрой уголовного процесса,
прокурорского надзора и правоохранительной деятельности ЮИ НИ ТГУ ***О.И. Андреева***

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

УДК 343.6 DOI 10.17223/23088451/7/1

М.Т. Валеев

К ВОПРОСУ О ПРАВОВЫХ ПОСЛЕДСТВИЯХ УКЛОНЕНИЯ ОТ ОТБЫВАНИЯ НАКАЗАНИЯ В ВИДЕ ЛИШЕНИЯ ПРАВА ЗАНИМАТЬ ОПРЕДЕЛЕННЫЕ ДОЛЖНОСТИ ИЛИ ЗАНИМАТЬСЯ ОПРЕДЕЛЕННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ

Уклонение от наказания в виде лишения права занимать определенную должность, заниматься определенной деятельностью обнаруживает в личности осужденного признаки последовательно-криминогенного типа и должно влечь более суровую ответственность – уголовную. Для этого следует дополнить ч. 1 ст. 314 УК РФ соответствующей нормой.

Ключевые слова: *уголовное наказание*, *осужденный*, *уголовно-исполнительная инспекция*, *уклонение от отбывания наказания*, *отбывание наказания*, *запрет заниматься определенной деятельностью*, *запрет занимать определенные должности (ЗЗД).*

Правовое регулирование применения уголовных наказаний предполагает регламентацию последствий уклонения от их отбывания. Эффективность механизма исполнения наказания предполагает наличие ответственности за уклонение от его отбывания. Одной из существенных проблем, с которой сталкивается правоприменитель в ходе исполнения наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, является уклонение осужденного от его отбывания. Однако ни УК РФ, ни УИК РФ не предусматривают действенных правовых последствий такого уклонения, не определяют, какое уклонение от лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью является злостным. Это порождает на практике целый ряд сложностей.

Ныне уголовно-исполнительная инспекция, осуществляющая контроль за исполнением данного наказания, руководствуясь ч. 1 ст. 36 УИК РФ, вправе вынести осужденному предупреждение о недопустимости подобного поведения и не включить в срок данного наказания время, в течение которого осужденный занимал запрещенные для него должности либо занимался запрещенной для него деятельностью. В литературе неоднократно обращалось внимание на неэффективность такой нормы [1, с. 61; 2, с. 190]. Во-первых, она не стимулирует осужденного к соблюдению требований приговора, поскольку фактически не устанавливает никаких неблагоприятных последствий для уклоняющегося осужденного. При такой ситуации от отбывания этого наказания теоретически он может уклоняться всю жизнь. Во-вторых, в некоторых случаях исчисление такого незачета затруднительно фактически, например, при управлении транспортным средством в течение одного часа лишенным прав осужденным. В-третьих, в законе не установлен механизм незачета: кем и как он исчисляется, кто его осуществляет, каким правоприменительным актом это оформляется. В результате в практике уголовно-исполнительных инспекций практически нет случаев продления этого наказания, что однако не говорит об отсутствии самих случаев нарушений.

Исправить такую ситуацию и стимулировать осужденного к соблюдению требований приговора должны нормы, предусматривающие неблагоприятные последствия этого поведения. Законодательство предусматривает несколько подходов к установлению последствий за уклонение от наказания, дифференцируя их в зависимости от конкретного вида наказаний и того, является оно основным либо дополнительным. Однако единого критерия, который последовательно реализовывался бы в законе, нет.

Первый подход – криминализация уклонения от наказания. К примеру, при ограничении свободы, назначенном в качестве дополнительного наказания, (ч. 1 ст. 314 УК РФ) и лишении свободы (ст. 313 и ч. 2 ст. 314 УК РФ).

Второй подход связан с заменой первоначально назначенного наказания более строгим. Согласно нормам Общей части УК РФ, это возможно при штрафе, обязательных, исправительных и принудительных работах, а также при ограничении свободы, назначенном в качестве основного вида наказания. Такая замена обычно сопровождается пересчетом одного вида наказания в другой вид. При этом количественного усиления наказания не происходит. При замене указанных видов наказания законодатель исходит из тех же пропорций, которые установлены и для частичного или полного сложения наказаний по совокупности преступлений и совокупности приговоров (ст. 71 УК РФ). Сохранение же меры наказания, как его количественного показателя, игнорирует основание такой замены – злостное (противоправное) уклонение от него. Это, в свою

очередь, не позволяет назвать такую замену ответственностью, так как усиления репрессии не происходит.

Первые два вида неблагоприятных последствий предусмотрены уголовным законодательством. Третий подход предусмотрен уголовно-исполнительным законодательством применительно только к наказанию в виде лишения права занимать определенные должности, заниматься определенной деятельностью и также не является формой ответственности, ведь объем лишений и ограничений сохраняется в неизменном виде.

Какие варианты правовой реакции на уклонение осужденного от отбывания наказания в виде лишения права занимать должности, заниматься определенной деятельностью наиболее целесообразны?

1. *Привлечение к административной ответственности*. В некоторых случаях осужденный, лишенный права заниматься определенной деятельностью, уклоняющийся от наказания, может быть привлечен к административной ответственности. Например, лишенный права управления транспортным средством, за управление им может быть привлечен к административной ответственности по п. 2 ст. 12.7 КоАП РФ («Управление транспортным средством водителем, не имеющим права управления транспортным средством»). Если осужденный продолжает заниматься запрещенной деятельностью как предприниматель и это подпадает под признаки, предусмотренные ст. 14.1 («Осуществление предпринимательской деятельности без государственной регистрации или без специального разрешения») и ст. 19.20 КоАП РФ («Осуществление деятельности, не связанной с извлечением прибыли, без специального разрешения (лицензии)»), он также может быть привлечен к административной ответственности. Лицо, освобожденное из мест заключения, может быть привлечено к административной ответственности по ст. 19.24 КоАП РФ («Несоблюдение административных ограничений и невыполнение обязанностей, устанавливаемых при административном надзоре») за несоблюдение требований приговора о назначении лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью в качестве дополнительного наказания к лишению свободы. Сюда же можно отнести и ст.ст. 8.37 и 20.16 КоАП РФ. Однако такие административно-правовые запреты не охватывают всех возможных случаев уклонения от назначенного уголовного наказания. Они могут быть применены к любому субъекту, а не только к осужденному к рассматриваемому виду наказания, а потому их нельзя признать формой ответственности конкретно за уклонение. Кроме того, вряд ли будет методологически верным правовое регулирование последствий уклонения от уголовного наказания нормами административного права.

2. *Привлечение к уголовной ответственности*. Ранее в ч. 1 ст. 188.2 УК РСФСР предусматривала ответственность за невыполнение приговора суда о лишении права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью лицом, в отношении которого вынесен приговор. В литературе неоднократно высказывались предложения вновь криминализировать уклонение от наказания в виде лишения права занимать определенную должность, заниматься определенной деятельностью [3, с. 24]. «При установлении уголовно-правового запрета или его отмены, как и при принятии любого правового акта, законодатель должен руководствоваться определенными критериями. Источники этих критериев лежат как в сущности самих отношений, подлежащих правовому регулированию, так и в области влияния других факторов» [4, с. 14]. Сущность этих отношений проявляется, на наш взгляд, в их правовой природе, а также в общественной опасности самого деяния – уклонения. Исполнение и отбывание уголовного наказания в виде запрета занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью развивается в рамках уголовных правоотношений, а потому логичным было бы определение правовых последствий за уклонение от него посредством норм уголовного закона, возможно, и путем криминализации. Общественная опасность уклонения от наказания проявляется в создании препятствий в достижении целей наказания, невозможности применения заложенных в нем карательных ограничений, дискредитации авторитета суда как органа, вынесшего обвинительный приговор, и органов, исполняющих наказание. Кроме того, уклонение серьезно подрывает идею неотвратимости уголовной ответственности и порождает чувство безнаказанности [5, с. 572]. Однако при решении вопроса о криминализации, как было отмечено, следует учитывать и другие факторы. Так, во-первых, уклонение от целого ряда более суровых уголовных наказаний в действующем законодательстве не признается преступлением. Во-вторых, норма об уголовной ответственности за злостное уклонение от лишения права занимать определенную должность, заниматься определенной деятельностью, установленная в УК РСФСР, все же не была воспроизведена в УК РФ. Значит, законодатель счел, что общественная опасность уклонения от лишений и правоограничений, установленных в ст. 47 УК РФ, сама по себе не «дотягивает» до уровня преступного. В-третьих, осужденный к данному виду наказания, как правило, имеет позитивные социальные установки, достаточно высокий уровень образования, положительно характеризуется, работает. Учитывая это, можно предположить, что достижение целей первоначально назначенного наказания применительно к такой личности возможно и без повторного осуждения, без нового наказания.

На практике можно встретить редкие случаи осуждения злостно уклоняющегося от наказания в виде лишения права занимать определенные должности, заниматься определенной деятельностью по ст. 315 УК РФ («Неисполнение приговора суда, решения суда или иного судебного акта»). Так, в

2012 году суд признал подсудимого У., служащего коммерческой организации, директора управляющей компании виновным в совершении преступления, предусмотренного ст. 159 УК РФ, и назначил ему наказание в виде лишения права заниматься деятельностью по управлению многоквартирными домами. После вступления приговора в законную силу осужденный У. продолжал осуществлять деятельность по управлению многоквартирными домами – подписывал как директор управляющей компании договоры, отвечал на обращения граждан, участвовал в совещаниях в органах местного самоуправления. В 2015 году суд первой инстанции признал У. виновным в злостном неисполнении служащим коммерческой организации вступившего в законную силу приговора суда, при этом установлено, что У., занимая должность руководителя (директора) управляющих компаний, осуществлял непосредственное управление многоквартирными домами. Суд апелляционной инстанции по существу согласился с мировым судом, вынесшим обвинительный приговор за неисполнение приговора суда, изменив наказание в виде лишения свободы с реального на условное [6]. Такой вариант нельзя признать приемлемым, так как субъект данного состава – специальный, им может быть только представитель власти, государственный служащий, муниципальный служащий, служащий государственного или муниципального учреждения, коммерческой или иной организации. При этом, как следует из названия нормы и ее диспозиции, – это лицо, ответственное за исполнение приговора. В то время как осужденный приговор не исполняет, а только отбывает наказание, установленное приговором. Исполнение же наказания и его отбывание – не одно и то же. В-третьих, достижение целей общей и специальной превенции достижимо в рассматриваемом случае применением и менее суровых, нежели уголовное наказание, мер. Приведенный пример судебной практики вдвойне специфичен, так как осужденный являлся одновременно и директором общества – лицом, которому было вынесено наказание в виде запрета заниматься деятельностью по управлению многоквартирными домами, и единственным учредителем этого общества – лицом, которое вправе принимать решение об увольнении директора. Примечательно, что в описательной и мотивировочной части приговора по ст. 315 УК РФ действия виновного приводятся именно как директора общества, но не как учредителя, что было бы более логичным.

3. *Установление в ст. 47 УК РФ механизма замены наказания*. Такой алгоритм используется применительно к штрафу, обязательным, исправительным, принудительным работам, а также ограничению свободы, назначенному в качестве основного вида наказания. Возможна ли замена на иное наказание применительно к уклонению от лишения права занимать определенные должности, заниматься определенной деятельностью? Такие предложения имели место в литературе [7, с. 151]. Согласиться с таким вариантом не представляется возможным. Необходимость существования наказания в виде лишения права занимать определенные должности, заниматься определенной деятельностью обусловлена относительной распространенностью преступлений, которые совершаются лицами с использованием прав и преимуществ должности или вида деятельности [2, с. 78]. Посредством его применения осужденный лишается специальных свойств и возможностей, наличие которых сделало возможным либо существенно облегчило совершение преступления. В случае же уклонения от данного наказания и его замены у осужденного фактически появляется выбор – отбыть назначенное судом в приговоре наказание либо на законном основании продолжать заниматься запрещенной деятельностью или занимать должность, отбывая заменяющее (ведь первоначальное наказание заменено на новое, а потому первоначально назначенное исполнению не подлежит).

Какой же должна быть мера за уклонение от отбывания наказания в виде лишения права занимать определенные должности, заниматься определенной деятельностью? Во-первых, это должна быть мера ответственности, так как такое уклонение является самостоятельным правонарушением и может быть результатом только осознанных умышленных противоправных действий (бездействий) со стороны осужденного. Ответственность должна наступать при осознании осужденным обязанности подчиниться требованиям приговора и возможности это сделать. Полагаем, что для констатации такой осведомленности уголовно-исполнительной инспекции следует установить факт уклонения от назначенного наказания после предупреждения о недопустимости нарушений требований приговора и отсутствие объективных препятствий к его реализации. Уклонение от наказания после наличия предупреждения со стороны инспекции должно признаваться злостным. Во-вторых, эта мера должна носить превентивный характер и стимулировать осужденного к неукоснительному соблюдению требований наказания, а потому должна быть ощутимо неприятной для него. В-третьих, ее применение не должно препятствовать исполнению самого наказания в виде лишения права занимать определенную должность, заниматься определенной деятельностью. В-четвертых, она должна быть простой и оперативной в применении, не порождать за собой новых проблем исполнения. Полагаем, наиболее полно таким требованиям отвечала бы мера дисциплинарной ответственности. Это мог бы быть дисциплинарный штраф либо дисциплинарный арест на непродолжительный срок (например, до 15 суток), применяемый судом по ходатайству уголовно-исполнительной инспекции. Дисциплинарная ответственность подразумевает наступление неблагоприятных последствий за неисполнение или ненадлежащее исполнение установленного внутреннего распорядка (специальных правил), который распространяется на лицо в силу трудовых

отношений, прохождения военной службы, занятия должности и т.п. На осужденных к наказанию в виде лишения права занимать должности, заниматься деятельностью распространяются обязанности, предусмотренные ст.ст. 11, 37 УИК РФ, уголовно-исполнительная инспекция вправе адресовать осужденному обязательные для него требования. Стоит отметить, что меры дисциплинарной ответственности уже содержатся в нормах уголовно-исполнительного законодательства (например, дисциплинарный штраф за нарушение установленного порядка отбывания наказания к осужденным к лишению свободы, водворение в штрафной изолятор, перевод в помещение камерного типа). При выборе между дисциплинарным штрафом и дисциплинарным арестом, как неблагоприятным последствиям уклонения от рассматриваемого наказания, предпочтительнее, на наш взгляд, последний. Так, привлечение к ответственности в виде штрафа на практике может привести к очередной проблеме – проблеме его взыскания[1]. Кроме того, назначенный штраф сам по себе не препятствует осужденному и дальше использовать соответствующие права и полномочия (в том числе в преступных целях). Теоретически можно представить ситуацию, когда уплата штрафа при игнорировании, например, запрета занимать должность руководителя в хозяйственном обществе может оказаться более выгодной, нежели соблюдение требований приговора. Отметим, что возможность такого наложения взыскания в виде дисциплинарного ареста ранее уже предусматривалась ст. 40 Исправительно-трудового кодекса 1924 года.

Уклонение от наказания в виде лишения права занимать определенную должность, заниматься определенной деятельностью и после применения меры дисциплинарной ответственности в виде ареста обнаруживает в личности осужденного признаки последовательно-криминогенного типа (не просто использует или подыскивает подходящую ситуацию для совершения преступлений, но создает ее, активно преодолевает встречающиеся препятствия) и должно влечь более суровую ответственность – уголовную. Для этого следует дополнить ч. 1 ст. 314 УК РФ следующим содержанием: «…либо злостное уклонение от отбывания наказания в виде лишения права занимать определенные должности, заниматься определенной деятельностью, если это лицо за такое уклонение подвергалось в течение года взысканию в виде дисциплинарного ареста».

ЛИТЕРАТУРА

1. *Уткин В.А.* Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью: уголовное наказание или мера безопасности // Человек: преступление и наказание. 2013. № 3(82). С. 61.
2. *Литвина Е.С.* Наказание в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью: дис. … канд. юрид. наук. Томск, 2003. С. 190.
3. *Крылова Е.С.* Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью как вид уголовного наказания по законодательству России и зарубежных стран: автореф. дис. …канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 24.
4. *Прозументов Л.М.* Криминализация и декриминализация деяний. Томск, 2012. С. 14.
5. *Тарханов И.А.* Уклонение от наказания как вид уголовного правонарушения: дискуссионные вопросы юридической природы // Соотношение преступлений и иных правонарушений: современные проблемы. М., 2005. С. 572.
6. *Архив* Октябрьского районного суда г. Томска. Дело № 10-26/2015.
7. *Иванова С.И.* Уклонение от отбывания уголовного наказания: дис. … канд. юрид. наук. Тюмень, 2004. С. 151.
8. *Пантелеев Б.* Пусть рушится весь мир, но правосудие должно вершиться // ЭЖ-Юрист. 2014. № 45. С. 1, 3.

ON LEGAL CONSEQUENCES OF EVASION FROM SERVING PUNISHMENT IN THE FORM OF DEPRIVATION OF THE RIGHT TO HOLD SPECIFIC POSTS OR TO ENGAGE IN CERTAIN ACTIVITIES

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 5–9. DOI 10.17223/23088451/7/1

Valeev Marat T., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation). E-mail: mtv666@yandex.ru

Keywords: criminal penalties, convict, criminal executive inspection, evasion from punishment, service of punishment, the prohibition to engage in certain activities, prohibition to hold specific posts.

The evasion from the punishment in the form of deprivation of the right to hold specific posts or to engage in certain activities after arrest as a disciplinary responsibility measure demonstrates that the convict belongs to the consistent criminogenic type. The perpetrators of this type not only use or look for a suitable situation to commit a crime, but actively create it, overcoming possible obstacles. It should result in a more severe, even criminal responsibility. Thus, an additional paragraph should be added to Part 1 Art. 314 of the Russian Federation Criminal Code to read as follows: "... any malicious evasion from serving the penalty of deprivation of the right to hold specific posts or to engage in certain activities, if the person has already been subject to disciplinary punishment for such an evasion during the year".

REFERENCES

1. Utkin, V.A. (2013) Deprivation of right to occupy certain posts or engage in certain activities: criminal sanction or security measure. *Chelovek: prestuplenie i nakazanie – Man: Crime and Punishment.* 3(82). p. 61. (In Russian).

[1] Так, на ежегодном Общероссийском совещании судей были озвучены данные о том, что в 2013 г. судебные приставы взыскали лишь 14 % штрафов, вынесенных судами в минувшем году [8, с. 1,3].

2. Litvina, E.S. (2003) *Nakazanie v vide lisheniya prava zanimat' opredelennye dolzhnosti ili zanimat'sya opredelennoy deyatel'nost'yu* [The punishment of deprivation of the right to hold certain posts or engage in certain activities]. Law Cand. Diss. Tomsk.
3. Krylova, E.S. (2002) *Lishenie prava zanimat' opredelennye dolzhnosti ili zanimat'sya opredelennoy deyatel'nost'yu kak vid ugolovnogo nakazaniya po zakonodatel'stvu Rossii i zarubezhnykh stran* [Deprivation of the right to hold certain posts or engage in certain activities as a form of criminal punishment under the legislation of Russia and foreign countries]. Abstract of Law Cand. Diss. Saratov.
4. Prozumentov, L.M. (2012) *Kriminalizatsiya i dekriminalizatsiya deyaniy* [The criminalization and decriminalization of acts]. Tomsk: Tomsk State University.
5. Tarkhanov, I.A. (2005) Uklonenie ot nakazaniya kak vid ugolovnogo pravonarusheniya: diskussionnye voprosy yuridicheskoy prirody [Evasion from punishment as a criminal offense: Debatable issues of legal nature]. In: *Sootnoshenie prestupleniy i inykh pravonarusheniy: sovremennye problem* [The ratio of crimes and other offenses: modern problems]. Moscow: LeksEst. p. 572.
6. *The Archive of the Oktyabrsky District Court of Tomsk*. Case 10-26/2015.
7. Ivanova, S.I. (2004) *Uklonenie ot otbyvaniya ugolovnogo nakazaniya* [Evasion from serving a criminal sentence]. Law Cand. Diss. Tyumen.
8. Panteleev, B. (2014) Pust' rushitsya ves' mir, no pravosudie dolzhno vershit'sya [Let the whole world collapse, but justice must be rendered]. *EZh-Yurist*. 45. pp. 1, 3.

УДК 343.6 DOI 10.17223/23088451/7/2

Л.М. Прозументов

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ПРЕСТУПНОГО СООБЩЕСТВА (ПРЕСТУПНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ) ИЛИ УЧАСТИЯ В НЕМ (НЕЙ)

Рассматривается уголовно-правовая характеристика составов преступлений, закрепленных в ст. 210 УК РФ. Особое внимание уделяется характеристике субъекта преступления. Анализируется Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 2010 г. № 2 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участия в нем (ней)».

Ключевые слова: *преступление*, *субъект преступления*, *организатор*, *руководитель*, *лидер*, *преступное сообщество.*

За период действия Уголовного кодекса РФ в него было внесено более семисот изменений и дополнений. Отношение к внесенным изменениям и дополнениям – неоднозначное. Одни из них (изменений) не вызывают нареканий, поскольку их появление в УК РФ способствует повышению эффективности в достижении целей, стоящих перед Уголовным правом. Другие изменения обусловили появление примеров несоответствия правовых норм элементарному здравому смыслу. Примером последнего является указание ст. 54 УК РФ о неназначении ареста лицам, не достигшим шестнадцатилетнего возраста, которое законодатель все «забывает» исключить из Уголовного кодекса, поскольку уже с момента принятия Федерального закона от 27.12.2009 г. № 377-ФЗ арест исключен из видов наказаний, назначаемых несовершеннолетним.

Есть изменения, которые с большим трудом воспринимаются или вообще не воспринимаются практикой: в УК РФ есть конкретная статья, но практика нивелирует ее и развивается своим путем. Именно так происходит в последние годы со ст. 210 УК РФ, предусматривающей уголовную ответственность за организацию преступного сообщества (преступной организации) или участия в нем (ней) в редакции Федерального закона от 03.11.2009 г. № 245-ФЗ.

Статья 210 УК РФ, предусматривает уголовную ответственность за организацию преступного сообщества (преступной организации) и участия в нем (ней). Непосредственным объектом преступления выступают общественные отношения, оказывающиеся в сфере обеспечения общественной безопасности. Путем причинения вреда этим отношениям происходит посягательство на другие объекты (жизнь и здоровье граждан, собственности и т.п.).

Пленум Верховного Суда Российской Федерации в своем Постановлении от 10 июня 2010 г. № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участия в нем (ней)» отмечает, что организованная преступность в ее различных проявлениях посягает на общественную безопасность, жизнь и здоровье граждан, собственность, нарушает нормальное функционирование государственных, коммерческих и иных организаций и общественных объединений (п. 1 постановления).

Угроза общественной безопасности, возникающая при создании и функционировании преступного сообщества (преступной организации), обусловливается тем, что:

1) сообщество (организация) – это институт, неподконтрольный обществу и обладающий механизмами защиты от общественного контроля;

2) свои институциональные возможности сообщество (организация) использует не в соответствии с интересами общества, а вопреки им;

3) сообщество (организация) обладает возможностями осуществлять преступную деятельность на долговременной основе и в крупных масштабах.

В ч. 3 ст. 210 УК РФ в качестве дополнительного объекта выступают общественные отношения в сфере государственной власти, интересов государственной и муниципальной службы, а также службы в коммерческих и иных организациях.

Особенностью объективной стороны преступления, *предусмотренного ч. 1 ст. 210 УК РФ*, является то, что предусмотренные деяния могут совершаться общим и специальным субъектами. И это при том, что конструкция диспозиции ч. 1 ст. 210 УК РФ грамматически допускает возможность толкования, в соответствии с которым все указанные в ней общественно опасные деяния должны быть совершены только лицом с использованием своего влияния на участников организованных групп. Однако анализ уголовно-правовых норм, регламентирующих ответственность за организацию различных преступных объединений, позволяет сделать другой вывод. Так, с учетом положений ч. 4 ст. 35 УК РФ преступное сообщество (преступная организация) может представлять собой как одну структурированную организованную группу, так и объединение организованных групп. Использование законодателем множественного числа при ссылке на организованные группы, на участников которых оказывается влияние, позволяет считать, что специальный субъект необходим именно для координации преступных действий, создания устойчивых связей между различными самостоятельно действующими организо-

ванными группами, разработки планов и создания условий для совершения преступлений такими группами, или раздела сфер преступного влияния и деления преступных доходов между ними.

В соответствии с действующей редакцией ч. 1 ст. 210 УК РФ деяния могут быть совершены общим и специальным субъектом.

Общим субъектом могут быть выполнены следующие деяния:

4) создание преступного сообщества (преступной организации);

5) руководство преступным сообществом (организацией);

6) руководство входящими в преступное сообщество (преступную организацию) структурными подразделениями;

7) участие в собрании организаторов, руководителей (лидеров) или иных представителей организованных групп в целях совершения хотя бы одного из указанных преступлений.

Специальным субъектом, в качестве которого выступает лицо, имеющее влияние на участников организованных групп, могут совершаться следующие деяния:

8) координация действий между различными самостоятельно действующими организованными группами;

9) создание устойчивых связей между различными самостоятельно действующими организованными группами;

10) разработка планов и создание условий для совершения преступлений такими группами;

11) раздел сфер преступного влияния и деление преступных доходов между ними.

Очевидно, что трудности, с которыми имеют дело правоприменители, главным образом, обусловлены разграничением этих, по сути, оценочных признаков. Получается, что, избавившись от одного оценочного признака – «сплоченность» (который, в конечном итоге, все-таки был конкретизирован на уровне акта судебного толкования), законодатель ввел новые признаки, формализовать которые в принципе невозможно.

Прежде всего отметим, что в уголовно-правовой науке, в криминологических исследованиях и на практике вызывают сложности определения лиц, которых можно считать лидерами преступных групп. Это обусловлено тем, что многие исследователи, а вслед за ними и практические работники отождествляют понятия «организатор», «руководитель», «лидер» [1]. Такое отождествление рассматриваемых понятий не ориентирует практических работников на изучение действительной, реальной структуры преступных групп, внутригрупповых связей, место каждого участника группы в иерархии этих связей. Одним из аргументов, подтверждающих высказанное выше предположение, является тот факт, что несмотря на определенные «успехи» в предупреждении групповой преступности в конкретных регионах, которые выражались в выявлении самих групп, определения их структуры и роли участников в совместной преступной деятельности, изоляцию «лидеров» преступных групп, последние не только не распадались, но продолжали совершать преступления.

Представляется, что только в рамках уголовно-правовой или криминологической наук правильно подойти к решению вопроса о лидерстве в преступных группах не представляется возможным, поскольку это понятие не является предметом изучения данных наук. В этой связи необходимо обратиться к исследованиям специалистов в области социальной психологии. Такой подход к изучению отдельных понятий, имеющих важное значение для познания преступности, не является новым для криминологии и уголовного права [2], однако мы не можем утверждать, что данный подход нашел широкое применение в криминологических исследованиях, относящихся к анализу групповой преступности.

Термин «лидер» заимствован уголовно-правовой и криминологической науками из социальной психологии, где существует множество определений данного понятия, что само по себе указывает на имеющуюся сложность в его определении. Очевидно, что есть смысл привести некоторые из имеющихся определений понятия «лидер».

По мнению Н.С. Жеребовой, лидер – это участник группы, «который выдвигается в результате взаимодействия ее членов и организует вокруг себя группу при соответствии его норм и ценностных ориентаций с групповыми и способствует организации и управлению этой группой при достижении групповых целей» [3, с. 60].

По мнению А.В. Петровского, лидер группы – это индивид, обладающий «наибольшим статусом (закрепленными за ним правами и обязанностями) и престижем (отражение меры его заслуг и вклада в общее дело») [4, с. 198–199].

В социально-психологических исследованиях приводятся и иные определения понятия «лидер», однако мы, не останавливаясь на них, отметим, что в них также констатируется жизнеспособность анализируемого понятия с такими категориями, как: «выдвижение», «избрание», «организация совместной деятельности членов группы», «соответствие норм и ценностей лидера группы нормам и ценностям групп». В исследованиях подчеркивается, что с позиции социальной психологии *лидерство связано с регулированием внутригрупповых межличностных отношений*, носящих неофициальный характер, т.е. лидерство представляет собой *главным образом феномен микросреды*. По мнению большинства исследователей, лидерство возникает и функционирует, как правило, стихийно. Поэтому исследователи отмечают, что *лидерство есть чисто психологическая характеристика* определенных членов группы и содержательно отличается *от руководства*, *являющегося преимущественно социальной характеристикой* отношений в группе и выполняющего функции

распределения ролей управления и подчинения [5, с. 276]. Аналогичное разграничение понятий «лидерство» и «руководство» содержится в исследованиях других авторов [6].

Отметим, что практически все исследователи указывают на известную относительность различий феноменов лидерства и руководства, констатируя наличие диалектической взаимосвязи и взаимопроникновения этих феноменов. Так, руководитель может одновременно выступать в роли лидера; в свою очередь, лидерство при определенных обстоятельствах способно перерасти в руководство. Исследователи отмечают, что значительная общность задач, решаемых руководителем и лидером, сближающая содержание реализуемых ими функций, придает их деятельности черты идентичности [7, с. 12]. Однако подчеркнем, что *принципиально различной остается природа рассматриваемых феноменов*.

Таким образом, можно говорить о том, что лидер – понятие социально-психологическое. Данное понятие обозначает лицо, имеющее наиболее высокий статус в группе (самый выбираемый), а поэтому отождествление лидера с выполняемыми лицом функциями в группе не совсем корректно. Конкретный член группы может быть организатором, руководителем, но не быть лидером в собственном смысле слова, и наоборот.

В этой связи считаем, что отождествление понятий «руководитель», «организатор», «лидер» в научной литературе, в практической деятельности субъектов предупреждения групповой преступности является неправильным и не способствует глубокому изучению внутренней структуры группы, сложившихся между членами группы связей. Подмена этих понятий на практике приводит к тому, что сохранение лидеров в преступных группах позволяет последним не только не прекращать свою преступную деятельность, но, нередко, активизировать ее и, что самое опасное, осуществлять экспансию на общественно значимые интересы, расширяя тем самым криминогенное пространство.

Кроме того, трудно объяснить решение законодателя установить ответственность (лидеров) или иных представителей организованных групп в ч. 1 (а не в ч. 2) ст. 210 УК РФ с одновременным ужесточением наказания.

Все общественно опасные деяния, перечисленные в ч. 1 ст. 210 УК РФ, могут быть выполнены субъектами, предусмотренными в ч. 3 и ч. 4 ст. 210 РФ, а именно лицом с использованием своего служебного положения, и лицом, занимающим высшее положение в преступной иерархии.

Общим субъектом, который может выполнять действия по созданию и руководству преступным сообществом (преступной организацией) или входящими в него (нее) структурными подразделениями, а также по участию в собрании организаторов, руководителей (лидеров) или иных представителей организованных групп, следует признавать физическое вменяемое лицо, достигшее возраста 16 лет.

В качестве *специального субъекта* законодатель выделил «лицо, использующее свое влияние на участников организованных групп».

Лицо, использующее влияние на участников организованных групп, подлежит уголовной ответственности за координацию преступных действий, создание устойчивых связей между различными самостоятельно действующими организованными группами, разработку планов и создание условий для совершения преступлений такими группами или раздел сфер преступного влияния и преступных доходов между ними.

Субъективная сторона преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 210 УК РФ, выражается в наличии прямого умысла и специальной цели.

Объективную сторону ч. 2 ст. 210 УК РФ составляет участие в преступном сообществе (преступной организации). Подробное описание действий, составляющих участие в преступном сообществе (преступной организации), содержится в п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 2010 г. № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участия в нем (ней)».

Поскольку в действующем уголовном законе отсутствуют четкие критерии, позволяющие разграничивать преступную и непреступную (способствующую, обеспечивающую) деятельность участников преступного сообщества (преступной организации), постольку в целях исключения (недопущения) объективного вменения необходимо учитывать положения п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 2010 г. № 12, в соответствии с которым требуется устанавливать наличие у участников преступного сообщества (преступной организации) единого умысла на совершение тяжких или особо тяжких преступлений, а также осознание ими общих целей жизнедеятельности преступного сообщества и своей принадлежности к нему.

Субъектом преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 210 УК РФ, признаются физическое вменяемое лицо, достигшее возраста 16 лет.

Лица в возрасте от 14 до 16 лет, совершившие совместно с членами преступного сообщества (преступной организацией) конкретные преступления, подлежат уголовной ответственности лишь за те преступления, ответственность за совершение которых предусмотрена законом с 14-летнего возраста (ст. 20 УК РФ).

В ч. 3 ст. 210 УК РФ установлена ответственность за деяния, предусмотренные ч. 1 или ч. 2 ст. 210 УК РФ, совершенные специальным субъектом – лицом с использованием своего служебного положения.

Специальным субъектом преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 210 УК РФ, признаются должностные лица, государственные служащие и служащие органов местного самоуправления, не относящиеся к числу должностных лиц, а также лица, по-

стоянно, временно либо по специальному полномочию выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в коммерческой организации независимо от формы собственности или в некоммерческой организации, не являющейся государственным или муниципальным учреждением (п. 22 постановления Пленума ВС РФ от 10 июня 2010 г.).

В качестве таких субъектов могут выступать сотрудники полиции, Госнаркоконтроля, представители контролирующих органов, работники администраций органов государственной власти или местного самоуправления и т.д.

Под использованием служебного положения в целях совершения деяний, предусмотренных в ч. 1 и 2 ст. 210 УК РФ, следует понимать не только умышленное использование лицом своих служебных полномочий, но и оказание влияния, исходя из значимости и авторитета занимаемой должности, на других лиц в целях совершения ими определенных действий, направленных на создание преступного сообщества (преступной организации) и (или) участия в нем (п. 23 постановления Пленума ВС РФ от 10 июня 2010 г. № 12). Это обусловлено тем, что использование лицом своего служебного положения должно рассматриваться в двух аспектах: с точки зрения осуществления служебных полномочий, т.е. реализации юридических возможностей и с точки зрения использования авторитета власти, должности, служебных связей, влияния аппарата управления, совершения заведомо незаконных действий (бездействия) по службе и т.п., т.е. реализации фактических возможностей субъекта преступления. При этом использование личных отношений, если они не связаны с занимаемой должностью, не может рассматриваться как использование служебного положения. Именно так считает Верховный Суд Российской Федерации. Данная позиция судебного органа была выражена в п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2006 г. № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе».

Субъективная сторона ч. 3 ст. 210 УК РФ аналогична субъективным сторонам ч. 1 и 2 ст. 210 УК РФ и дополняется осознанием виновным общественной опасности использования своего служебного положения и желанием его использовать.

Часть 4 ст. 210 УК РФ предусматривает ответственность за деяния, предусмотренные ч. 1 ст. 210 УК РФ, совершенные лицом, занимающим высшее положение в преступной иерархии. Это совершенно новое понятие в отечественном уголовном праве.

В уголовно-правовой науке одни исследователи под таким лицом понимают организатора (руководителя) всего преступного сообщества (преступной организации), а не его структурных подразделений [8, с. 57], другие считают, что данный субъект должен также обладать высоким положением в преступной иерархии в целом и главенствующим – на определенной территории района, города, региона и т.п. [9, с. 14]. Есть мнение, что положения ч. 4 ст. 210 УК РФ должны распространяться на «воров в законе», неофициально занимающих высшее положение в преступной иерархии, а также криминальных лидеров организованных преступных объединений, не относящихся к «воровской среде» [1, с. 46]. Отметим, что есть и другие подходы к определению субъекта преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 210 УК РФ.

Удивляет тот факт, что большинство исследователей, предлагающих свое видение субъекта рассматриваемого преступления, не обращают внимание на то, что Уголовный закон РФ должен в полной мере соответствовать Конституции Российской Федерации, существующей в России системе законодательства, международно-правовым документам, являющимися обязательными для нашей страны. В этой связи возникает вопрос: «Каким правовым документом регламентируется в России положение лиц в преступной иерархии?» Ответ на этот вопрос очевиден, что такого правового документа нет и быть не может.

Возникает очередной вопрос: «Какими критериями должен руководствоваться суд при отнесении того или иного субъекта к лицам, занимающим высшее положение в преступной иерархии?»

Пленум Верховного Суда РФ при решении вопроса о субъекте преступления, указанного в ч. 4 ст. 210 УК РФ, предлагает устанавливать занимаемое этим лицом положение в преступной иерархии путем анализа, в чем конкретно выразились действия такого лица по созданию или руководству преступным сообществом (преступной организацией) либо по координации преступных действий, созданию устойчивых связей между различными, самостоятельно действующими организованными группами, либо по разделу сфер преступного влияния и преступных доходов, а также другие преступные действия, свидетельствующие об авторитете и лидерстве в преступном сообществе (преступной организации). То есть Пленум Верховного Суда РФ предлагает признавать в качестве основания привлечения к уголовной ответственности по ч. 4 ст. 210 УК РФ не сам статус лица, занимающего высшее положение в преступной иерархии, как таковой, а преступные действия конкретного лица, которые могут свидетельствовать об его авторитете и лидерстве. Более того, из смысла п. 24 постановления следует, что для квалификации по ч. 4 ст. 210 УК РФ достаточно, чтобы лицо обладало авторитетом или было лидером в каком-нибудь одном преступном сообществе (преступной организации). Другими словами, в соответствии с анализируемым постановлением, его разработчики поставили знак равенства между лицом, занимающим высшее положение в преступной иерархии, и лидером преступной группы. Такое отождествление понятий, как и подобные отождествления, о которых мы указывали выше, не способствует эффективности применения данной нормы. Отметим, что четкого ответа на поставленный нами

вопрос в постановлении Пленума Верховного Суда РФ нет и не могло быть, поскольку законодатель, используя в ч. 4 ст. 210 УК РФ термины из социально-психологической науки, «не подумал» об их истинном содержании и возможностях интерпретации на практике. В этой связи установление места конкретного субъекта в преступной иерархии без осуществления специального криминологического, социально-психологического исследования без самих преступников и преступной среды не представляется возможным.

Что необходимо делать в сложившейся ситуации? Во-первых, нельзя забывать историю отечественного уголовного законодательства. В частности, в 1969 году в УК РСФСР была введена ст. 24[1] «Особо опасный рецидивист», содержание которой составлял перечень норм Уголовного кодекса РСФСР, которые в определенной законом совокупности представляли суду возможность признать преступника особо опасным рецидивистом. Важно подчеркнуть, что это «звание» мог присвоить только суд, и только он (суд) имел право лишить этого «звания». Такое решение вопроса было основано на законе и было абсолютно правильным.

Действующее уголовное законодательство РФ в ст. 18 содержит определение рецидива преступлений (ч. 1 ст. 18 УК РФ), опасного рецидива преступлений (ч. 2 ст. 18 УК РФ), особо опасного рецидива преступлений (ч. 3 ст. 18 УК РФ), но в нем отсутствует понятие особо опасный рецидивист. Учитывая, что это разные понятия, которые тем не менее не мешают, а в большей мере дополняют друг друга, было бы целесообразно их «присутствие» в Уголовном кодексе вместе. Используя позитивный исторический опыт, считаем целесообразным вернуть в Уголовный кодекс РФ понятие «особо опасный рецидивист» (если кому-то не нравится этот термин, можно назвать такое лицо «особо опасный преступник»). Вместе с закреплением понятия необходимо закрепить в законе перечень признаков, наличие которых позволяет суду признать конкретное лицо таковым. И в дальнейшем только этот термин использовать в ст. 210 УК РФ и других статьях Уголовного кодекса РФ.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Мондохонов А.Н.* Ответственность за организацию преступного сообщества (преступной организации) или участие в нем (ней): науч.-практич. комментарий. М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2011. 159 с.
2. *Долгова А.И.* Социально-психологические аспекты преступности несовершеннолетних. М., 1981. 236 с.; *Миньковский Г.М.*, *Тузов А.П.* Профилактика правонарушений несовершеннолетних. Киев, 1987. 215 с.; *Яковлев А.М.* Преступность и социальная психология. М., 1981. 232 с.
3. *Жеребова Н.С.* Лидерство в малых группах как объект социально-психологических исследований // Руководство и лидерство / под ред. Б.Д. Парыгина. Л., 1973. С. 54–68.
4. *Петровский А.В.* Вопросы истории и теории психологии: избранные труды. М.: Педагогика, 1984. 272 с.
5. *Майерс Д.* Социальная психология: пер. с англ. СПб., 1997. 688 с.
6. *Андреева Г.М.* Социальная психология. М., 1980. 320 с.; *Волков И.П.* О личном авторитете руководителя // Руководство и лидерство / под ред. Б.Д. Парыгина. Л., 1973. С. 73–80; *Роджерс К.* О групповой психотерапии. М., 1993. 225 с.
7. *Обозов Н.Н.* Психология малых групп и коллективов // Социальная психология. Л., 1979. С. 6–24.
8. *Воронин С.Э.*, *Байыр-оол Е.В.* Личность организатора преступного сообщества и ее криминалистическое значение: монография. Красноярск: НОУ ВПО СИБУП, 2014. 168 с.
9. *Белоцерковский С.* Новый федеральный закон об усилении борьбы с преступными сообществами: комментарий и проблемы применения // Уголовное право. 2010. № 2. С. 11–14.

CRIMINAL PROBLEMS OF COUNTERACTION TO AN ORGANIZED CRIMINAL COMMUNITY (CRIMINAL ORGANIZATION) OR PARTICIPATION THEREIN

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 10–15. DOI 10.17223/23088451/7/2
Prozumentov Lev M., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation). E-mail: crim.just@mail.ru

Keywords: crime, perpetrator, organizer, manager, leader, criminal community.

The article dwells on criminal characteristics of crimes under Art. 210 of the Russian Federation Criminal Code. The author focuses on the perpetrator of the crime and analyzes Resolution No. 2 of the Plenum of the Supreme Court of June 10, 2010, “On judicial practice in criminal cases concerning organization of a criminal community (criminal organization) or participation therein”.

Art. 18 of the current criminal legislation of the Russian Federation contains the definition of recidivism (Art. 1, Art. 18 of the Russian Federation Criminal Code), dangerous recidivism (Art. 2, Art. 18 of the Russian Federation Criminal Code), especially dangerous recidivism (Art. 3 of Art. 18 of the Russian Federation Criminal Code). However, this resolution lacks the concept of an especially dangerous recidivist. As far as these are different concepts, which, however, complement each other, it would be advisable to add it to the Russian Federation Criminal Code. Basing on the positive historical experience, the author considers it reasonable to return the term “particularly dangerous repeat offender” to the Russian Federation Criminal Code. If someone does not like the term, the term “particularly dangerous criminal” can be used as well. It is also necessary to introduce the list of features for the court to be able to recognize a particular person as such. Only this term should be used in Art. 210 of the Russian Federation Criminal Code and other articles of the Russian Federation Criminal Code.

REFERENCES

1. Mondokhonov, A.N. (2011) *Otvetstvennost' za organizatsiyu prestupnogo soobshchestva (prestupnoy organizatsii) ili uchastie v nem (ney): nauchno-prakticheskiy kommentariy* [Responsibility for the organization of a criminal community (criminal organization) or participation in it: the scientific and practical commentary]. Moscow: YuNITI-DANA: Zakon i pravo.
2. Dolgova, A.I. (1981) *Sotsial'no-psikhologicheskie aspekty prestupnosti nesovershennoletnikh* [Socio-psychological aspects of juvenile delinquency]. Moscow: Yuridicheskaya literatura.
3. Zherebova, N.S. (1973) Liderstvo v malykh gruppakh kak ob"ekt sotsial'no-psikhologicheskikh issledovaniy [Leadership in small groups as an object of socio-psychological research]. In: Parygin, B.D. (ed.) *Rukovodstvo i liderstvo* [Management and Leadership]. Leningrad: Leningrad State Pedagogical Institute. pp. 54-68.
4. Petrovskiy, A.V. (1984) *Voprosy istorii i teorii psikhologii: izbrannye trudy* [History and Theory of Psychology: Selected Works]. Moscow: Pedagogika.
5. Myers, D. (1997) *Sotsial'naya psikhologiya* [Social Psychology]. Translated from English. St. Petetersburg: Piter.
6. Andreeva, G.M. (1980) *Sotsial'naya psikhologiya* [Social Psychology]. Moscow: Aspekt Press.
7. Obozov, N.N. (1979) Psikhologiya malykh grupp i kollektivov [Psychology of small groups and collectives]. In: Zhuravlev, A.L. (ed.) *Sotsial'naya psikhologiya* [Social Psychology]. Leningrad. pp. 6-24.
8. Voronin, S.E. & Bayyr-ool, E.V. (2014) *Lichnost' organizatora prestupnogo soobshchestva i ee kriminalisticheskoe znachenie* [The personality of the organizer of a criminal association and its forensic significance]. Krasnoyarsk: NOU VPO SIBUP.
9. Belotserkovskiy, S. (2010) Novyy federal'nyy zakon ob usilenii bor'by s prestupnymi soobshchestvami: kommentariy i problemy primeneniya [The new federal law on strengthening the fight against criminal networks: comment and application problems]. *Ugolovnoe pravo*. 2. pp. 11-14.

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

УДК 343.157.5 DOI 10.17223/23088451/7/3

Л.А. Александрова

ВЗАИМОСВЯЗЬ ФУНКЦИЙ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ И ПРАВОСУДИЯ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Рассматривается проблема целеполагания судебного контроля, его особенности на досудебных и судебных стадиях. Прослеживается функциональная взаимосвязь судебного контроля и правосудия. В этой связи выявляется противоречивость требований уголовно-процессуального закона к процессуальным решениям, к объективности и независимости судей, с одной стороны, и общеправового принципа правовой определенности – с другой. С этой точки зрения поднимается вопрос о совершенствовании системы субъектов и функций уголовного судопроизводства. В статье содержится вывод о необходимости изменения порядка судебного контроля за законностью процессуальных решений по уголовному делу.

Ключевые слова: *процессуальные функции*, *судебный контроль*, *правосудие*, *кассационный и надзорный порядок обжалования*, *судебное решение.*

В теории уголовного процесса устоялось мнение о необходимости сосредоточения контроля за законностью уголовного судопроизводства в руках суда. Основанием для этого убеждения служит табуированное концептуальное правило об отношении органов расследования и прокуратуры к стороне обвинения. Тем самым государственная власть функционально представлена в сильно усечённом виде и противопоставлена участникам уголовного судопроизводства со стороны защиты. Судебная власть призвана быть объективной и справедливой, чем создана иллюзия её исключительности.

Эта иллюзия, помноженная на ожидания, связанные с ней, обретает силу веры и пресекает любые варианты ответа на накопившиеся вопросы, которые не вписываются в общую установку дробления такой важной государственной функции, как обеспечение законности. Названная цель объединяет органы предварительного расследования, прокуратуру и суд настолько органично, что растаскивать их по разным сторонам процесса представляется большой ошибкой, неверным основанием для дальнейшего дробления государственной власти в лице судебной её ветви.

Как ни парадоксально, но во время действия УПК РСФСР, когда прокуратура, как и органы расследования, были отнесены к одной с судом группе государственных органов, ведущих производство по уголовному делу, и прокуратуре принадлежали практически все надзорные функции, наиболее жёсткие меры принуждения применялись реже, тщательно контролировался процесс с точки зрения его законности.

Это было замечено Генеральным прокурором Российской Федерации, который в 2008 году отмечал, что суды удовлетворяют более 90 % ходатайств следователей о заключении подозреваемых под стражу. Когда санкцию на арест давал прокурор, этот показатель не превышал 70 %. По его словам, некоторые суды занимали более жёсткую позицию, нежели прокурор, который видел возможность применения более мягкой меры пресечения. Интересно, что решать эту проблему призывает прокуратура – орган, отнесённый законодателем к категории участников судопроизводства со стороны обвинения, глава которой и обратился в Верховный Суд Российской Федерации с предложением об изменении сложившейся ситуации [1].

Тем не менее практика изменилась только благодаря предписаниям и установкам самой Генеральной прокуратуры.

А.С. Червоткин провёл анализ данных судебной статистики за 5 лет после того, как на проблему указал Генеральный прокурор России (2008–2012 гг.). Изучение показало снижение (на 36 %) общего количества ходатайств о применении заключения под стражу. Очевидно, что подход к избранию этой меры пресечения постарались изменить, в первую очередь, органы предварительного расследования.

В судах, по свидетельству А.С. Червоткина, подход к этому вопросу не изменился. Поверхностно исследуются основания, подтверждающие необходимость применения заключения под стражу. В постановлениях об удовлетворении ходатайств формально перечисляются указанные в ст. 97 УПК РФ основания избрания этой меры пресечения, без подтверждения их конкретными доказательствами [2, с. 23].

Принятие самостоятельного решения влечёт за собой необходимость составления грамотного постановления. Однако у судей под рукой всегда есть постановление о возбуждении ходатайства, составленного следователем, проверенного руководителем следственного органа и, возможно, надзирающим прокурором. Это обстоятельство, скорее всего, и яв-

ляется самой непосредственной причиной, формирующей проблему, которая была замечена и ЕСПЧ, отметившим, что все постановления о продлении мер пресечения в России пишутся «под копирку» [3].

Таким образом, прослеживается основное направление развития уголовного судопроизводства в последние десятилетия – от отнесения органов расследования к стороне обвинения, обусловившего распространение судебных решений на досудебные стадии, к распространению так называемой обвинительной функции на судебную власть, от чего с самого начала реформы её пытались оградить. Расширение судебного контроля стало ещё одной точкой соприкосновения органов расследования и судебных органов, что ещё раз подтверждает единую их природу как представителей государственной власти, осуществляющих производство по уголовному делу.

Практике известны случаи копирования судами обвинительных заключений поступивших в производство уголовных дел.

Так, точной копией обвинительного заключения стал приговор Центрального районного суда г. Сочи Краснодарского края, которым З. был признан виновным в умышленном причинении тяжкого вреда здоровью, опасного для жизни человека, повлекшего по неосторожности смерть потерпевшего. Показания потерпевших и свидетелей, данные на судебном следствии, отличались от их же показаний, отражённых в приговоре, но совпадали с текстом обвинительного заключения. Также в приговоре были перечислены доказательства, не исследованные в суде, а доказательства, ставшие известными в судебном заседании, не получили оценки в окончательном решении по делу. Судебной коллегией по уголовным делам Краснодарского краевого суда 30 июля 2014 года этот приговор был отменён, уголовное дело было возвращено в суд первой инстанции на новое судебное рассмотрение в ином составе судей [4].

Бесспорно, копирование текста показаний из обвинительного заключения является грубым нарушением права на доступ к правосудию потерпевшей стороны и права осужденного на защиту. Менее всего хотелось бы оправдать саму возможность перепечатывания процессуальных решений взаимосвязью государственных органов, однако причина копирования решений органа расследования судами видится в неравномерном распределении функций между ними, в искажённом понимании состязательности уголовного процесса и стремлении противопоставить государственные органы и участников судопроизводства. Это привело к возрастанию на досудебных стадиях роли суда, значительному увеличению нагрузки судей. Увеличилась вероятность принятия решений, влияющих на отношение судьи к предъявленному обвинению, формирующих его позицию по уголовному делу до рассмотрения его в судебном заседании. Усугубила ситуацию и изначальная однородность органов расследования, прокуратуры и суда как органов, представляющих государственную власть, призванную, в первую очередь, защищать интересы общества. Это позволяет воспринимать работу судебных органов как совместную деятельность с органами расследования. Отсутствие возможности тщательного выполнения всего объёма работы заставляет приспосабливаться, копировать готовые решения, поступающие в суд, не вдаваясь в детали.

Можно не признавать этот очевидный факт, однако об однородности явлений говорят идентичные процессы, протекающие внутри них: копирование решений прослеживается во взаимодействии не только органов расследования и суда, но и судов, и судей между собой.

Судьёй Гайского районного суда Оренбургской области 29.04.2014 г. был вынесен приговор в отношении И., обвинявшегося в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст.ст. 285 и 286 УК РФ. Апелляционной инстанцией приговор был отменён в соответствии с п. 2 ч. 2 ст. 389.17 и ч. 2 ст. 61 УПК РФ в связи с личной заинтересованностью судьи в исходе уголовного дела. Оно было возвращено в суд первой инстанции на новое рассмотрение иным составом.

Судья, рассматривавшая дело, вынесла новый приговор от 15.01.2015 г., описательно-мотивировочная часть которого была скопирована с предыдущего решения. Это было подтверждено заключением специалиста-филолога, к которому обратился защитник И. Заимствован был анализ и правовая оценка обстоятельств дела, а также обоснование позиции суда. Изучение материала показало, что данное заимствование происходило без достаточно внимательного и критического прочтения копируемого текста, о чем говорит большое количество опечаток, перенесённых из одного документа в другой. Решением вышестоящего суда приговор был частично изменён, однако суд в данном случае не увидел нарушения уголовно-процессуального закона [5].

Необходимость обеспечения объективности и независимости судьи заставляет искать дополнительные гарантии объективности принимаемых решений по делу, изобретать новые «фильтры» от формирующегося предубеждения. Можно увидеть решение проблемы в опыте разделения функций правосудия и судебного контроля после постановления приговора: приговор выносит один судья, а контролирует его законность – другой, на другом уровне, соответствующем апелляционному, кассационному и надзорному производству.

В то же время очевидно, что судебный контроль не безупречен не только на досудебных, но и в судебных стадиях уголовного процесса. Исследование его взаимосвязи с правосудием позволяет сделать вывод о глубоких противоречиях между этими функциями суда. Установление виновности подсудимого соответствует цели восстановления законности и справедливости, гармонично сочетается с принципом правовой определённости. При осуществлении судебного контроля цель судопроизводства вступает в противоречие с названным принципом.

Возможность бесконечного оспаривания вынесенного по уголовному делу приговора существует параллельно с механизмом создания барьеров в судах кассационной и надзорной инстанций, когда поступающие жалобы отклоняются только по той причине, что вопрос, указанный в ней, уже рассматривался нижестоящим судом. Двухэтапное производство позволяет судье, рассматривающему жалобу единолично, вынести постановление об отказе в её передаче для рассмотрения в судебном заседании суда кассационной (п. 1 ч. 2 ст. 401.8 УПК РФ) или надзорной (п. 1 ч. 2 ст. 412.5 УПК РФ) инстанции, если отсутствуют основания для пересмотра судебных решений.

В то же время даже перечисленные в жалобе основания для отмены или изменения приговора не гарантируют её рассмотрения в судебном заседании на этих стадиях. На практике факт рассмотрения жалобы по этим же основаниям нижестоящим судом иногда приравнивается к отсутствию оснований для разбирательства по ней в кассационном или надзорном порядке.

Конституционным Судом Российской Федерации рассматривались обращения граждан, поднимающих вопрос о соответствии положениям Конституции России ст.ст. 388 и 408 УПК РФ (в редакции 2005 года), как позволяющим судам игнорировать доводы кассационных и надзорных жалоб и выносить решения без их учёта [6]. Оспариваемые нормы УПК РФ были признаны соответствующими Конституции РФ, однако неоднократные жалобы позволяют сделать некоторые выводы. Как показывает практика, вопрос о наличии оснований пересмотра судебных решений разрешается судьями не столько в соответствии с нормами УПК РФ, перечисляющими их (ст.ст. 401.15 и 412.9 УПК РФ), сколько по усмотрению судьи – рассмотрены ли доводы кассационной (надзорной) жалобы судом предыдущей инстанции.

28 июня 2012 года приговором Кировского районного суда г. Екатеринбурга по обвинению в мошенничестве (ч. 4 ст. 159 УК РФ) были осуждены девять человек [7]. Ими и их защитниками направлялись кассационные, надзорные жалобы соответственно в инстанции суда Свердловской области и Верховного Суда Российской Федерации. Однако рассмотрение уголовного дела по жалобам состоялось лишь дважды: один раз – в кассационной инстанции (решение судебной коллегией по уголовным делам Свердловского областного суда от 19 октября 2012 года) и другой – в надзорной – Президиумом Свердловского областного суда 24 апреля 2014 года [8]. Последнее состоялось после возбуждения надзорного производства судьёй Верховного Суда Российской Федерации по жалобе одного из осуждённых с направлением её вместе с уголовным делом в областной суд для рассмотрения по существу в соответствии с п. 2 ч. 3 ст. 406 УПК РФ (в редакции до изменений, принятых в 2010 году [9]). В передаче других жалоб для рассмотрения в судебном заседании было отказано с однотипной формулировкой: «Доводы, изложенные в жалобе, были известны суду первой инстанции, тщательно проверялись вышестоящим судом и были обоснованно признаны несостоятельными. Каких-либо существенных нарушений норм уголовно-процессуального закона, влекущих отмену приговора и кассационного определения, не усматривается» [10]. Таким образом, ни Судебной Коллегией по уголовным делам, ни Президиумом Верховного Суда Российской Федерации уголовное дело по жалобам так и не было рассмотрено ни одного раза.

Судья, рассматривая поступившую кассационную либо надзорную жалобу, разрешает вопросы, подменяя собой состав суда, упрощая порядок рассмотрения отсутствием сторон, когда не нужно выслушивать участников судопроизводства. Это спасает суды от излишней загруженности, но препятствует осуществлению права на доступ к правосудию: если по уголовному делу несколько осуждённых, то отклонённая жалоба одного из них автоматически предопределяет процессуальное решение по жалобам других, причём обоснование ответов судей, рассматривавших другие жалобы по делу, не будет значительно отличаться.

В то же время такой порядок не решает проблему правовой определенности судебных решений, поскольку гипотетическая возможность бесконечного обжалования в надзорную инстанцию остаётся.

Таким образом, для регулирования потока жалоб по уголовным делам современное уголовно-процессуальное законодательство предусматривает несколько «фильтров» судебного контроля. Одним из них является двухэтапный порядок рассмотрения жалоб, благодаря которому далеко не все жалобы рассматриваются в кассационной и надзорной инстанциях. Очевидно, что главной целью предусмотренного порядка является не объективное и беспристрастное решение во исправление судебных ошибок, а оптимизация работы судебной системы. Это обусловливает появление ответов на поступившие жалобы, чьё обоснование представляет собой компиляцию предыдущих судебных решений со стандартным выводом. Решением проблемы могло бы стать обязательное рассмотрение уголовных дел по жалобам единожды, но на всех уровнях судебного контроля с участием сторон.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Шаров А.* Генпрокуратура смотрит в камеру. Юрий Чайка побывал в худшем сизо страны // Российская газета. 2008. 5 сентября.
2. *Червоткин А.С.* Комментарий к постановлению Пленума ВС РФ о применении заключения под стражу, домашнего ареста и залога // Уголовный процесс. № 2. 2014. С. 22–26.

3. *ВС РФ скорректирует* свои разъяснения о назначении мер пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.true-justice.net/?p=15866
4. *Прецеденты* и позиции // Вестник постоянной комиссии по прецедентным делам Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека. 2015. № 4. С. 25–28 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://president-sovet.ru/presscenter/news/read/2770/
5. *Апелляционное* определение Судебной коллегии по уголовным делам Оренбургского областного суда от 03.06.2015 (дело № 22-2393/2015) // Архив Оренбургского областного суда.
6. *По жалобам* граждан Астахова Павла Алексеевича, Замошкина Сергея Дмитриевича, Карцевой Веры Константиновны и Костанова Юрия Артемовича на нарушение конституционных прав и свобод положениями статей 7 и 123, части третьей статьи 124, статей 125, 388 и 408 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: Определение Конституционного Суда РФ от 25.01.2005 № 42-О // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
7. *Уголовное* дело № 1-57 // Архив Кировского районного суда г. Екатеринбурга.
8. *Уголовное* дело № 45-Д14-2 //Архив Свердловского областного суда.
9. «*О внесении* изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации». Федеральный закон от 29.12.2010 № 433-ФЗ // Российская газета, 2010, 31 декабря.
10. *Постановление* судьи Верховного Суда Российской федерации об отказе в удовлетворении надзорной жалобы № 45-Д14-2 от 24.12.2014 // Архив Верховного Суда Российской Федерации.

RELATIONSHIP OF JUDICIAL CONTROL FUNCTIONS AND JUSTICE IN CRIMINAL PROCEEDINGS OF THE RUSSIAN FEDERATION

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 16–20. DOI 10.17223/23088451/7/3
Aleksandorva Lyudmila A., Urals State Law University (Yekaterinburg, Russian Federation). E-mail: ml1970@yandex.ru

Keywords: procedural functions, judicial control, justice, appeal and supervisory procedure for appeal, judgment.

The article deals with the problem of goal-setting for judicial control and its features at the pretrial and trial stages. The author traces the functional relationship of judicial control and justice to reveal the contradictory requirements of the criminal procedure law to procedural decisions, judicial impartiality and independence of judges on the one hand and general principle of legal certainty on the other. The author raises the question concerning the improvement of the system of subjects and criminal procedure functions. The article concludes about the need to change the order of judicial control over the legality of procedural decisions in criminal cases.

1. The author describes the main direction of development of criminal justice in recent decades – from assigning the investigation to the prosecution authorities, due to which judicial decisions began to cover the pre-trial stage to the expansion of the so-called prosecutorial function on the judicial power, from which the reforms were always trying to protect it. The expansion of judicial control has become another point of contact between investigative and judicial authorities, which once again confirms their common nature as of representatives of the state authorities responsible for the criminal proceedings.

2. The ability to repeatedly challenge the judgment is a further guarantee of the objectivity of the decisions made in the case. At the same time, the appeal of the final decision that has entered into force cannot be infinite.

3. The study of the relationship between judicial control and justice leads to the conclusion about the deep contradictions between the functions of the court. The establishment of the defendant's guilt corresponds to the goal of restoring the rule of law and justice and naturally combines with the principle of legal certainty. When judicial control is carried out, the goal of judicial proceedings comes in conflict with the principles above.

4. There is a mechanism to create barriers in the courts of cassation and supervisory instances where complaints are rejected only for the reason that the question they contain has already been considered by the lower court.

To control the flow of complaints on criminal cases the current criminal procedure legislation provides several "filters" of judicial control. One of them is a two-step grievance procedure due to which not all complaints are dealt with in the cassation and supervisory instances. The main purpose of the order is not the objective and impartial decision to correct judicial errors, but the optimization of the judicial system. This causes the responses to complaints based on the compilation of previous court decisions with the standard output. The solution could be a singular mandatory consideration of criminal cases on complaints at all levels of judicial control with the participation of the parties.

REFERENCES

1. Sharov, A. (2008) Genprokuratura smotrit v kameru. Yuriy Chayka pobyval v khudshem sizo strany [Prosecutor General's Office is looking into the ward. Yuri Chaika visited the worst remand prison in the country]. *Rossiyskaya gazeta*. 5th September.
2. Chervotkin, A.S. (2014) Kommentariy k postanovleniyu Plenuma VS RF o primenenii zaklyucheniya pod strazhu, domashnego aresta i zaloga [Commentary on the Resolution of the Plenum of the RF Supreme Court on the use of detention, house arrest and bail]. *Ugolovnyy protsess*. 2. pp. 22-26.
3. The Russian Federation Supreme Court. (2016) *VS RF skorrektiruet svoi raz"yasneniya o naznachenii mer presecheniya v vide zaklyucheniya pod strazhu*, *domashnego aresta i zaloga* [The Russian Federation Supreme Court to adjust their explanations on the appointment of a preventive punishment in the form of detention, house arrest and bail]. [Online] Available from: http://www.true-justice.net/?p=15866.
4. President of Russia's Council on Civil Society and Human Rights. (2015) Pretsedenty i pozitsii [Precedents and positions]. *Vestnik postoyannoy komissii po pretsedentnym delam Soveta pri Prezidente Rossiyskoy Federatsii po razvitiyu*

grazhdanskogo obshchestva i pravam cheloveka. 4. pp. 25-28. [Online] Available from: http://president-sovet.ru/presscenter/news/read/2770/.

5. The Archive of Orenburg Regional Court. (2015) *Appeals against decisions in criminal cases of the Orenburg Regional Court on June 3*, *2015 (Case № 22-2393/2015)*. (In Russian).
6. Russian Federation. (2005) *Po zhalobam grazhdan Astakhova Pavla Alekseevicha*, *Zamoshkina Sergeya Dmitrievicha*, *Kartsevoy Very Konstantinovny i Kostanova Yuriya Artemovicha na narushenie konstitutsionnykh prav i svobod polozheniyami statey 7 i 123*, *chasti tret'ey stat'i 124*, *statey 125*, *388 i 408 Ugolovno-protsessual'nogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii: Opredelenie Konstitutsionnogo Suda RF ot 25.01.2005 N 42-O* [To the complaints of citizens Pavel Alekseevich Astakhov, Sergei Dmitrievich Zamoshkin, Vera Konstantinovna Kartseva and Yuri Artemovich Kostanov about the violation of constitutional rights and freedoms of the provisions of Articles 7 and 123, the third part of Article 124, Articles 125, 388 and 408 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation: Resolution N 42-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of January 25, 2005]. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=53023.
7. The Archive of the Kirov District Court of Yekaterinburg. *Criminal case 1-57*.
8. The Archive of Sverdlovsk Regional Court. *Criminal case № 45-D14-2*.
9. Russian Federation. (2010) "O vnesenii izmeneniy v Ugolovno-protsessual'nyy kodeks Rossiyskoy Federatsii i priznanii utrativshimi silu otdel'nykh zakonodatel'nykh aktov (polozheniy zakonodatel'nykh aktov) Rossiyskoy Federatsii." Federal'nyy zakon ot 29.12.2010 N 433-FZ [Federal Law N 433-FZ of December 29, 2010, "On amending the Russian Federation Code of Criminal Procedure and the Annulment of Certain Legislative Acts (Provisions of Legislative Acts)"]. *Rossiyskaya gazeta*. 31st December.
10. The Archive of the Supreme Court of the Russian Federation. (2014) *Postanovlenie sud'i Verkhovnogo Suda Rossiyskoy federatsii ob otkaze v udovletvorenii nadzornoy zhaloby № 45-D14-2 ot 24.12.2014* [The decision of the judge of the Supreme Court of the Russian Federation to dismiss Supervisory Appeal 45-D14-2 of December 24, 2014].

УДК 343 DOI 10.17223/23088451/7/4

А.В. Боярская

СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ СТОРОН ПРИ ОСОБОМ ПОРЯДКЕ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА (ГЛАВА 40 УПК РФ) И ПРОИЗВОДНЫХ ОТ НЕГО ПРОЦЕДУРАХ

Статья посвящена изучению реализации принципа состязательности в упрощенных судебных производствах уголовного процесса России. Автором делается вывод, что, стремясь к состязательности в ее абсолютном выражении, упрощенные производства в крайнем выражении демонстрируют также действие принципа публичности. В рамках стороны обвинения присутствуют внутренние противоречия, предполагающие недостаточный учет интересов потерпевшего, а в определенных случаях и общества в целом.

Ключевые слова: *принцип состязательности*, *особый порядок принятия судебного решения*, *особый порядок судебного разбирательства при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве*, *сокращенное дознание.*

Данная статья посвящена изучению реализации принципа состязательности в упрощенных судебных производствах уголовного процесса России, таких, как особый порядок судебного разбирательства, предусмотренный гл. 40 УПК РФ, особый порядок судебного разбирательства при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве и упрощенная процедура, предусмотренная ст. 226.9 УПК РФ.

Указанные судебные производства могут быть исследованы с различных позиций. Начиная свое рассуждение, обозначим ряд базовых положений, через призму которых будем рассматривать заявленный предмет изучения. Прежде всего, укажем, что в качестве эффективной объяснительной модели в данном случае можно использовать конструкцию уголовного иска, понимаемого как предъявляемый по поводу и в связи с предполагаемым преступлением правопритязательный акт, сущность которого состоит в требовании публичного обвинителя к суду о признании конкретного лица виновным в совершении преступления и о пределах наказания, которое вправе применить к нему государство [1, с. 99]. Предметом уголовного иска можно считать «утверждение» о виновности обвиняемого в совершении преступления, сопровождаемое требованием применить уголовный закон к лицу, признанному виновным в совершении преступления [2, с. 28–29], а в качестве основания рассматривать доказательства, которыми истец стремится обосновать свое утверждение [2, с. 30; 3, с. 43–52;].

Также привлечем категорию «правомерного посткриминального поведения», которое, вслед за профессором Р.А. Сабитовым, рассматриваем как социально значимое поведение, не противоречащее уголовному праву и являющееся общественно полезным, желательным с точки зрения интересов общества и государства. Такое поведение можно назвать посткриминальным поступком [4, с. 14]. Тем самым мы придаем данному исследованию междисциплинарный характер.

Говоря же о принципе состязательности, хотелось бы сосредоточить внимание на таких его компонентах, как процессуальное равноправие сторон обвинения и защиты и разбирательство дела путем полемики сторон перед независимым и беспристрастным судом, выделяемых таким автором, как профессор И.Л. Петрухин [5, с. 72].

Итак, специфика особого порядка принятия судебного решения заключается в том, что из-за согласия обвиняемого с предъявленным обвинением исчезает предмет спора между сторонами, что делает излишним полновесное судебное разбирательство.

Сторонниками концепции уголовного иска нередко также указывается, что в данном случае имеет место признание стороной защиты уголовного иска и происходит разрешение обусловленного совершением преступления социального конфликта за счет достижения компромисса и сопутствующего ему осуществления обвиняемым общественно полезных действий [6, с. 39] .

Однако последний момент может вызывать сомнения. Ведь сторон в рамках принципа состязательности выделено две: обвинения и защиты, тогда как сторон социального конфликта значительно больше. Так, социальная справедливость, которая является целью наказания в уголовном праве, и должна достигаться вне зависимости от формы уголовного судопроизводства, по верному указанию М.Н. Становского, характеризуется четырьмя аспектами: выражающими интересы лица, совершившего преступление, потерпевшего, общества и государства [7, с. 18]. Интересы трех последних субъектов объединяются в рамках процессуальной стороны обвинения, хотя они не всегда могут совпадать. А это, в свою очередь, закономерно порождает определенные внутренние противоречия.

В Постановлении Конституционного Суда от 8 декабря 2003 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности положений статей 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 УПК Российской Федерации» [8], а также определении Конституционного Суда РФ от 18.04.2006 г. № 114-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Кехмана Бориса Абрамовича и Кехман Аллы Иосифовны на нарушение их конституционных прав положениями ст. 6 Уго-

ловно-процессуального кодекса Российской Федерации» указывается, что интересы потерпевшего в уголовном судопроизводстве не могут быть сведены исключительно к возмещению причиненного ему вреда – они также связаны с разрешением вопросов о доказанности обвинения, его объеме, применении уголовного закона и назначении наказания. Указанными судебными актами был задан четкий и, безусловно, правильный стандарт прав потерпевшего в уголовном судопроизводстве, учитывающий одновременно его специфику как субъекта, осуществляющего дополнительное обвинение [9].

Однако, насколько он реализуем в рамках упрощенных процедур?

Так, при применении особого порядка принятия судебного решения процесс доказывания, регламентированный гл. 11 УПК РФ, может не осуществляться, что обусловлено целями данной процессуальной формы. Как указывает в данной связи Конституционный Суд РФ в определении от 17.07.2007 г. № 621-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Сосновского районного суда Челябинской области о проверке конституционности части второй статьи 315 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», целями, с которыми связано закрепление особого порядка принятия судебного решения в уголовно-процессуальном законодательстве, являются ограничение временных и иных затрат на проведение судебного разбирательства и обеспечение рассмотрения уголовного дела в разумный срок [10].

Полагаем, что обозначенные цели направлены, прежде всего, на защиту интересов публичного характера, связанных с обеспечением процессуальной экономии.

Разумеется, в определенной мере интересы потерпевшего в рамках данной процедуры защищены условием о том, что требуется его согласие на применение упрощенного порядка производства по уголовному делу. Однако чем может быть обусловлено такое согласие, закон не уточняет. Так, профессором А.С. Александровым и его учениками высказывается позиция, что есть основания говорить о таких условиях заключения сделки о признании вины, которые не предусмотрены законом, но о которых могут договориться сами стороны. Например, условием заключения соглашения о признании вины может стать совершение действий, направленных на возмещение вреда, причиненного преступлением [7, с. 50–51].

Рассматривая данную проблему с междисциплинарных позиций, укажем следующее: положительное посткриминальное поведение обвиняемого, с которым определенно связано смягчение наказания, предусмотренное ч. 5 ст. 62 УК РФ, ограничивается выбором наиболее экономной для государства формы судопроизводства. Ни примирения с потерпевшим, ни возмещения причиненного ему преступлением вреда гл. 40 УПК РФ не требует, хотя создает для этого определенные предпосылки.

К такому выводу мы приходим по итогам анализа положений ст. 62 УК РФ. Оказание медицинской и иной помощи потерпевшему непосредственно после совершения преступления, добровольное возмещение имущественного ущерба и морального вреда, причиненных в результате преступления, иные действия, направленные на заглаживание вреда, причиненного потерпевшему, учитываются и влияют на назначаемое наказание в каждом случае, вне зависимости от формы производства по уголовному делу. В такой ситуации к подсудимому применяются одновременно две нормы, регламентирующие назначение наказания и предполагающие его смягчение: предусмотренные ч. 1 и ч. 5 ст. 62 УК РФ.

Применительно к рассматриваемой проблематике положительное поведение в виде примирения с потерпевшим и добровольного возмещения имущественного ущерба и морального вреда, причиненных в результате преступления, совершения иных действий, направленных на заглаживание вреда, причиненного потерпевшему, можно рассматривать как факультативные формы посткриминального поведения, предусмотренного гл. 40 УПК РФ. Однако это приводит к выводу о том, что содержание ч.ч. 1 и 5 ст. 62 УК РФ частично пересекается, поскольку соответствующие нормы стимулируют и поощряют один и тот же вариант позитивного послепреступного поведения лица, только одна норма – прямо, а другая – косвенно. Следовательно, совместное применение правил, содержащихся в ч.ч. 1 и 5 ст. 62 УК РФ, с данных позиций должно рассматриваться как избыточное и недопустимое. Альтернативным вариантом является законодательное урегулирование вопроса о возмещении потерпевшему причиненного преступлением вреда как условия согласия на применение особого порядка принятия судебного решения и его влиянии на возможное смягчение наказания.

В настоящее время можно лишь заключить, что в рамках особого порядка принятия судебного решения разрешение социального конфликта носит сугубо формальный характер, а значит, и утверждение о том, что по данной причине в рамках анализируемого производства действительно отпадает необходимость в реальном состязании сторон перед судом, является спорным.

Отметим также, что, будучи вдохновлен идеями состязательности и диспозитивности, особый порядок принятия судебного решения предполагает реализацию в его рамках и принципа публичности. Как верно указывает О.В. Качалова, «специфику воздействия публичных начал на институт ускоренного производства в самом общем виде можно определить следующим образом: при определенных условиях публичный интерес начинает превалировать над идеей полноценного (в полном объеме, с предоставлением всех процессуальных гарантий и возможностей участникам соответствующих производств) расследования и разрешения уголовных дел» [11].

Развивая данную мысль, можно сказать, что состязательность в крайнем выражении легко переходит в свою противоположность. Жесткая ориентация упрощенного производства на воплощение публичного интереса в виде процессуальной экономии позволяет говорить, что указанная процедура требует ограничения интересов частного характера, прежде всего, такого субъекта, как потерпевший. В свою очередь, гипертрофированное значение признания вины, которое часто отождествляют с согласием с обвинением, в рамках анализируемого производства позволяет вспомнить об инквизиционном процессе и его базовых принципах.

Сходные выводы можно сформулировать и при обращении к процедуре, предусмотренной гл. 40.1 УПК РФ. Она сконструирована как многоцелевая и предполагает помимо основной цели обеспечения содействия подсудимого следствию в раскрытии и расследовании преступления, также сокращение временных и иных издержек на судебное разбирательство за счет применения упрощенного порядка производства по уголовному делу.

Данная процессуальная форма не предоставляет потерпевшему возможности повлиять решающим образом на выбор процедуры рассмотрения и разрешения уголовного дела.

Указанная проблема неоднократно обсуждалась в теории. Высказывались доводы как в пользу [12, с. 10–11; 13, с. 58], так и против сложившейся ситуации [14, с. 14; 15, с. 44–45; 15, с. 204]. И они уже в достаточной мере освещены в литературе.

Конституционный Суд РФ в своем определении от 02.11.2011 г. № 1481-О-О «По жалобе граждан Ковальчука Владимира Степановича и Ковальчук Тамары Николаевны на нарушение их конституционных прав частью второй статьи 317.6 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» признал такую ситуацию ограничением прав потерпевшего, но необходимым и соответствующим Конституции РФ [17]. Конституционным Судом РФ в определении от 10.03.2016 г. № 457-О также было указано, что из права каждого на судебную защиту его прав и свобод не вытекает возможность выбора гражданами по своему усмотрению способов и процедур судебной защиты [18].

Противники предоставления потерпевшему права на участие в заключении досудебного соглашения о сотрудничестве обосновывают свою точку зрения также ссылками на практику Европейского суда по правам человека, который исходит из того, что Конвенция о защите прав человека и основных свобод не предоставляет права на «личную месть» или на «actio popularis», о чем говорится, например, в постановлении Европейского суда по правам человека по делу «Перес (Perez) против Франции» от 12 февраля 2004 г. (жалоба № 47287/99) [19, с. 56–57].

Это действительно так, специфика отельных уголовно-процессуальных процедур, предполагающих, в том числе, разумное ограничение прав потерпевшего, определяется законодателем. Однако отметим следующий значимый момент. Как правило, вопрос о согласии потерпевшего на применение гл. 40.1 УПК РФ рассматривается в контексте «требуется ли согласие потерпевшего на заключение досудебного соглашения о сотрудничестве». Однако есть точка зрения, исходящая из того, что следует разделять дачу согласия потерпевшего на заключение досудебного соглашения и на рассмотрение уголовного дела в упрощенном порядке. Так, С.В. Супрун полагает, что «из содержания ч.ч. 4 и 6 ст. 316 УПК следует, что когда по делу между обвиняемым и прокурором заключено досудебное соглашение, получение согласия потерпевшего на рассмотрение уголовного в особом порядке в подготовительной части судебного разбирательства или при назначении судебного заседания является обязательным» [20, с. 16]. Хотя не все авторы соглашаются с необходимостью условия о получения согласия потерпевшего даже применительно к «классическому» особому порядку судебного разбирательства, предусмотренному гл. 40 УПК РФ [13, с. 13; 22, с. 45].

Вывод, сформулированный С.В. Супруном, не был поддержан также Верховным Судом РФ, что нашло свое отражение в п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 г. № 16 «О практике применения судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве» [22]. Вместе с тем его можно счесть сущностно правильным.

В пользу обозначенной позиции приведем следующий аргумент: поощрительная норма УК РФ, обещающая смягчение наказания, стимулирует подозреваемого, обвиняемого заключать и исполнять досудебное соглашение о сотрудничестве. При этом применение упрощенного порядка производства по уголовному делу на смягчение наказания лицу, заключившему досудебное соглашение о сотрудничестве, никак не влияет, что подтверждается п. 25 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 г. № 16.

Получается, что за счет применения процедуры, предусмотренной гл. 40.1 УПК РФ, законодатель стремится не только обеспечить сотрудничество со стороны подозреваемого или обвиняемого, но и процессуальную экономию, не поощряя за это дополнительно подозреваемого или обвиняемого, как это происходит при реализации гл. 40 УПК РФ. Кроме того, допускается существенное ограничение прав потерпевшего.

Данная ситуация представляется не совсем логичной, тогда как в соседних странах есть примеры принципиально иного подхода к решению данного вопроса.

Так, УПК Республики Беларусь предусматривает производство по уголовному делу в отношении подозреваемого (обвиняемого), с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве. Здесь по-

терпевшему также не предоставляется права влиять на заключение обсуждаемого соглашения, но его интересы обеспечиваются посредством условия о заглаживания вреда, причиненного преступлением. Так, в ч. 4 ст. 468-6 УПК РБ указывается, что «в ходатайстве о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве подозреваемый (обвиняемый) заявляет о признании своей вины в совершении преступления, указывает действия, которые он обязуется совершить в целях оказания содействия предварительному следствию в расследовании преступления, изобличении других соучастников преступления, розыске имущества, приобретенного преступным путем, а также действия по возмещению имущественного ущерба, уплате дохода, полученного преступным путем, иные действия, направленные на заглаживание вреда, причиненного преступлением. Подозреваемый (обвиняемый) также дополнительно может взять на себя обязательство сообщить известные ему сведения о других преступлениях и лицах, их совершивших» [23].

В УПК Республики Казахстан процессуальное соглашение о сотрудничестве тоже не гарантирует права потерпевшего, но перед соглашением ставится только одна цель – способствовать изобличению лиц, совершивших особо тяжкие преступления, преступления в составе преступной группы, а также экстремистские и террористические преступления. Так, в ст. 612 УПК РК раскрывается, что «расследование уголовных дел в рамках заключенного процессуального соглашения производится: 1) в форме сделки о признании вины – по преступлениям небольшой, средней тяжести либо тяжким преступлениям – в случае согласия подозреваемого, обвиняемого с подозрением, обвинением; 2) в форме соглашения о сотрудничестве – по всем категориям преступлений при способствовании раскрытию и расследованию преступлений, совершенных преступной группой, особо тяжких преступлений, совершенных иными лицами, а также экстремистских и террористических преступлений» [24].

Сокращенное дознание. Его реализация, в числе прочих условий, предполагает признание подозреваемым своей вины. Однако, в силу специфики рассматриваемой процедуры, для которой характерно упрощение процессуальной формы производства по уголовному делу как на досудебном, так и судебном этапе, признание уголовного иска в данном случае рассматривается не как обстоятельство, исключающее состязание между сторонами, а как позволяющее снизить планку требований к основаниям уголовного иска, т.е. к обосновывающим его доказательствам.

Положительное посткриминальное поведение лица, совершившего преступление, здесь можно охарактеризовать как пассивность и неиспользование своих процессуальных прав в сфере доказывания.

Полагаем, что внутренняя противоречивость рассматриваемой процедуры очевидна даже с позиции применения объяснительной модели уголовного иска. В сравнении с данной конструкцией, процессуальная форма обычного особого порядка судебного разбирательства представляется более логичной, поскольку ей предшествует полноценный доказательственный цикл, осуществляемый в стадии предварительного расследования, с итогами которого суд может и должен ознакомиться для цели выявления, например, самооговора подсудимого.

В рамках же процедуры, предусмотренной гл. 32.1 УПК РФ, ни один из доказательственных циклов не является полным, а пределы доказывания сокращаются, в том числе и для суда, еще более усложняя для данного субъекта выполнение его процессуальной функции, предполагающей вынесение законного и справедливого решения по уголовному делу. Соглашаясь с Т.В. Трубниковой, можно сказать, что «современный порядок производства по уголовному делу с дознанием, произведенным в сокращенной форме …выходит за возможные пределы упрощения уголовного процесса» [25, с. 138].

Обратившись к судебному этапу данной процессуальной формы, можно сказать следующее: здесь предмет и пределы доказывания очерчиваются ч.ч. 2–3 ст. 226.9 УПК РФ, устанавливающими, что приговор применительно к указанной процессуальной форме выносится на основании исследования и оценки только тех доказательств, которые указаны в обвинительном постановлении, а также данных о личности виновного, представляющих собой смягчающие наказание обстоятельства, дополнительно представляемых стороной защиты.

Данная конструкция явно отдает приоритет стороне защиты, поскольку новые доказательства суд вправе принять лишь по ходатайству ее представителей. Но при этом суд связан содержанием обвинительного постановления, подготовленного и утвержденного субъектами, формально относимыми к стороне обвинения, о чем верно было сказано профессором М.К. Свиридовым, указавшим, что в рассматриваемой ситуации «в определении объема доказательств решающим является усмотрение не суда, а дознавателя и утвердившего обвинительное постановление прокурора. Именно они определяют, какие доказательства будет использовать суд, и суд обязан подчиниться. Зависимость в этом вопросе в конечном итоге ограничивает самостоятельность суда в определении круга подлежащих установлению обстоятельств дела» [26, с. 88–89]. То есть можно сказать, что в рассматриваемой ситуации нарушается требование о процессуальном равноправии сторон обвинения и защиты.

Кроме того, вновь следует обратить внимание на недостаточность гарантий защиты прав потерпевшего. Так, профессор О.И. Андреева обоснованно отмечает, что законодатель не предусмотрел в гл. 32.1 форму выражения мнения потерпевшим относительно применения сокращенного дознания. Также автором высказывается позиция, что сокращенное дознание в недостаточной степени защищает права

и законные интересы лиц и организаций, потерпевших от преступления, так как не предусматривает в качестве условия упрощения порядка дознания заглаживания вреда, причиненного преступлением или гарантий этого [27, с. 9].

Подводя итог вышеизложенному, сформулируем следующие выводы:

1. Можно сказать, что, являя состязательность в своем крайнем выражении, особый порядок судебного разбирательства и взаимосвязанные с ним процедуры одновременно в крайнем выражении демонстрирует и действие принципа публичности, поскольку слишком жестко ориентированы на достижение цели процессуальной экономии и обеспечение интересов, прежде всего, государства, отодвигая интересы потерпевших и даже общества на второй план.

2. Каждая из рассмотренных процедур предполагает признание стороной защиты уголовного иска, однако данное обстоятельство по-разному сказывается на структуре доказывания, осуществляемого в их рамках. В первых двух случаях упрощение процесса доказывания носит достаточно локальный характер и распространяется только на один судебный цикл доказательственной деятельности.

Сокращенное дознание также предполагает признание стороной защиты уголовного иска, но стремление законодателя распространить упрощение процессуальной формы как на досудебный, так и судебный этап просто приводит к снижению требований к основаниям такого иска.

3. Юридическая конструкция упрощенных судебных процедур предполагает сейчас слишком много противоречий, они заметны как при рассмотрении их с позиций проблематики дифференциации уголовного судопроизводства, так и с применением юридической конструкции уголовного иска, с ориентацией на которую создавался особый порядок судебного разбирательства и производные от него процедуры.

В идеале система упрощенных судебных процедур должна строиться на единых основаниях, предполагающих не доминирование начал публичности или состязательности, а их гармонизацию, позволяющую учесть интересы всех сторон социального конфликта, связанного с совершением преступления.

Для достижения данной цели необходимо реализовать в упрощенных процедурах единый стандарт защиты прав потерпевшего как субъекта, выполняющего функцию дополнительного обвинения, а также полномочий суда как субъекта, разрешающего уголовное дело по существу. Кроме того, родственные упрощенные судебные процедуры должны обеспечивать полноценную реализацию в их рамках четко определенных в законе и однозначно толкуемых форм позитивного посткриминального поведения, стимулируемого смягчением наказания, предусмотренным уголовно-правовыми нормами.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Александров А.С.* Диспозитивность в уголовном процессе. Н. Новгород: НЮИ МВД РФ, 1997. 209 с.
2. *Смолин А.Г.* Сделка о признании уголовного иска. Саранск: Изд-во Мордов. ун-та, 2005. 176 с.
3. *Александров А.С.* Основание и условия для особого порядка принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением // Государство и право. 2003. № 12. С. 43–52.
4. *Сабитов Р.А.* Теория уголовно-правового регулирования поведения лица после совершения им преступления и вынесения ему приговора: монография. М.: Юрлитинформ, 2013. 368 с.
5. *Петрухин И.Л.* Оправдательный приговор и право на реабилитацию: монография. М.: Проспект, 2009. 192 с.
6. *Александрова И.А. и др.* Уголовно-правовые и уголовно-процессуальные аспекты сделки о признании уголовного иска. Н. Новгород: Нижегор. акад. МВД РФ, 2007. 224 с.
7. *Становский М.Н.* Назначение наказания. СПб.: Юридический центр Пресс, 1999. 480 с.
8. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 08.12.2003 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности положений статей 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан» // Российская газета. 2003. 23 декабря.
9. *Определение* Конституционного Суда РФ от 18.04.2006 г. № 114-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Кехмана Бориса Абрамовича и Кехман Аллы Иосифовны на нарушение их конституционных прав положениями статьи 6 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
10. *Определение* Конституционного Суда РФ от 17.07.2007 г. № 621-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Сосновского районного суда Челябинской области о проверке конституционности части второй статьи 315 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
11. *Качалова О.В.* Реализация принципов уголовно-процессуального права при ускоренных производствах // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
12. *Александров А.С.*, *Александрова И.А.* Соглашение о досудебном сотрудничестве со следствием: правовая сущность и вопросы толкования норм, входящих в главу 40.1 УПК РФ // Уголовный процесс. 2009. № 8. С. 3–11.
13. *Виницкий Л.В.*, *Мельник С.Л.* Необходимо ли согласие потерпевшего при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве? // Законность. 2012. № 10. С. 55–58.
14. *Мартыненко Н.Э.* Досудебное соглашение о сотрудничестве как средство защиты интересов потерпевшего // Российский следователь. 2011. № 22. С. 13–15.

15. *Быков В.М.* Права потерпевшего в уголовном судопроизводстве России // Российская юстиция. 2015. № 7. С. 42–46.
16. *Иванова О.Г.* Проблемы совершенствования процессуального положения потерпевшего в сфере уголовного судопроизводства // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 12. С. 199–205.
17. *Определение* Конституционного Суда РФ от 02.11.2011 г. № 1481-О-О «По жалобе граждан Ковальчука Владимира Степановича и Ковальчук Тамары Николаевны на нарушение их конституционных прав частью второй статьи 317.6 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
18. *Определение* Конституционного Суда РФ от 10.03.2016 г. № 457-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Бержаниной Татьяны Анатольевны, Васильева Алексея Анатольевича и Васильевой Алевтины Леонидовны на нарушение их конституционных прав частью третьей статьи 124, частями седьмой и восьмой статьи 246 и статьей 252 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
19. *Супрун С.В.* Согласие потерпевшего – условие назначения уголовного дела, поступившего в суд с досудебным соглашением, к рассмотрению в особом порядке // Российский судья. 2010. № 9. С. 14–16.
20. *Татьянина Л.Г.* «Сделки с правосудием» в России и США: позитивные и негативные аспекты // Проблемы применения досудебного соглашения о сотрудничестве по уголовным делам: Материалы межрегионального науч.-практич. семинара (4 февраля 2010 г.). Ижевск, 2010. С. 12–15.
21. *Пиюк А.В.* К вопросу об обязательности согласия прокурора и потерпевшего на применение особого порядка разрешения уголовного дела, регламентированного гл. 40 УПК РФ // Уголовная юстиция. 2016. № 2. С. 43–46.
22. *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 г. № 16 «О практике применения судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве» // Российская газета. 2012, 11 июля.
23. *Уголовно-процессуальный* кодекс Республики Беларусь от 16.07.1999 г. № 295-З (ред. от 20.04.2016 г.) // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
24. *Уголовно-процессуальный* кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 г. № 231-V (в ред. от 09.04.2016 г.). [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://online.zakon.kz/ Дата обращения: 31.05.2016 г.
25. *Трубникова Т.В.* Пределы упрощения уголовного процесса // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 12. С. 131–139.
26. *Свиридов М.К.* Самостоятельность суда при постановлении приговора // Вестник Томского государственного университета. Право. 2014. № 2. С. 88–95.
27. *Андреева О.И.* Проблемы производства дознания в сокращенной форме // Вестник Томского государственного университета. Право. 2014. № 4. С. 5–13.

THE ADVERSARIAL NATURE OF OF THE PARTIES IN SPECIAL PROCEEDINGS (ARTICLE 40 OF THE RUSSIAN FEDERATION CODE OF CRIMINAL PROCEDURE) AND ITS DERIVATIVES

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 21–28. DOI 10.17223/23088451/7/4
Boyarskaya Aleksandra V., Omsk State University (Omsk, Russian Federation). E-mail: crim.just@mail.ru

Keywords: adversarial principle, special procedure for the case resolution, special proceedings for the plea bargain, abbreviated inquiry.

The article studies the implementation of the adversarial principle in the simplified proceedings of the criminal process in Russia. The author concludes that, striving for the absolute adversarial nature, simplified procedures at the extreme also demonstrate the principle of publicity. The prosecution shows internal contradictions suggesting that the interests of the victim and in some cases of the society as a whole be not fully considered. Showing the extreme adversarial nature, special proceedings and procedures related to it also demonstrate the principle of publicity, because they are too strictly focused on the goal of procedural economy and the interests of the state, while the interests of the and even of the society become subordinate.

Each of the procedures discussed implies the recognition by the defense of the criminal action; however, it has a different effect on the structure of proof carried out within them. In the first two cases, the process of simplification of proof is rather local and covers only one trial cycle of evidentiary activity.

The abbreviated inquiry also involves the recognition of the criminal action by the defense; however, the desire of the legislator to extend the procedure simplification to cover both the pre-trial and trial stages simply reduces the requirements for the reasons of such a claim.

The legal structure of simplified court procedures currently involves too many contradictions that are visible both when viewed in terms of differentiation of criminal proceedings and when the legal structure of the criminal action is used to create a special procedure and its derivatives.

Theoretically, the system of simplified procedures must be based on common grounds that presuppose that the principle of publicity and adversarial principle are in balance, with none of them dominating. It allows taking into account the interests of all parties to the social conflict associated with the committed crime.

To achieve this goal it is necessary that the simplified procedures use a common standard of protecting the rights of the victim as of the subject performing additional accusation function as well as the authority of the court as of the subject resolving the criminal case on the merits. Besides, the related simplified legal procedures should ensure full implementation of clearly defined and unambiguously interpreted positive forms of post-criminal promoted by the mitigation of the punishment under the criminal law.

REFERENCES

1. Aleksandrov, A.S. (1997) *Dispozitivnost' v ugolovnom protsesse* [Optionality in criminal proceedings]. Nizhny Novgorod: Nizhny Novgorod Law Institute.
2. Smolin, A.G. (2005) *Sdelka o priznanii ugolovnogo iska* [The Plea Bargain]. Saransk: Ogarev Mordovia State University.
3. Aleksandrov, A.S. (2003) Osnovanie i usloviya dlya osobogo poryadka prinyatiya sudebnogo resheniya pri soglasii obvinyaemogo s pred"yavlennym obvineniem [The base and conditions for special procedure for the case resolution when the defendant agrees with the accusation]. *Gosudarstvo i pravo – State and Law*. 12. pp. 43-52
4. Sabitov, R.A. (2013) *Teoriya ugolovno-pravovogo regulirovaniya povedeniya litsa posle soversheniya im prestupleniya i vyneseniya emu prigovora* [The theory of criminal law regulating the conduct of the person after the commission of a crime and sentencing]. Moscow: Yurlitinform.
5. Petrukhin, I.L. (2009) *Opravdatel'nyy prigovor i pravo na reabilitatsiyu* [Acquittal and the right to rehabilitation]. Moscow: Prospekt.
6. Aleksandrova, I.A. et al. (2007) *Ugolovno-pravovye i ugolovno-protsessual'nye aspekty sdelki o priznanii ugolovnogo iska* [Criminal and procedural aspects of the plea bargain]. Nizhny Novgorod: Nizhny Novgorod Academy of the Russian Federation Ministry of Interior.
7. Stanovskiy, M.N. (1999) *Naznachenie nakazaniya* [The purpose of punishment]. St. Petersburg: Yudicheskiy tsentr Press.
8. Constitutional Court of the Russian Federation. (2003) Decision № 18-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of December 8, 2003, "On the constitutionality of the provisions of Articles 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 and 408, and Chapters 35 and 39 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation in connection with the requests of courts of general jurisdiction and complaints of citizens". *Rossiyskaya gazeta*. 23rd December. (In Russian).
9. Constitutional Court of the Russian Federation. (2006) *Resolution № 114-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of April 18, 2006, "The refusal to accept complaints from citizens Kehman Boris Abramovich and Kehman Alla Iosifovna about the violation of their constitutional rights under Article 6 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation"*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=61161. (In Russian).
10. Constitutional Court of the Russian Federation. (2007) *Resolution № 621-O-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 17, 2007, "The refusal to accept the request of Sosnovsky District Court of Chelyabinsk Region to review the constitutionality of Para.2 Article 315 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation"*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=71812. (In Russian).
11. Kachalova, O.V. (1992) *Realizatsiya printsipov ugolovno-protsessual'nogo prava pri uskorennykh proizvodstvakh* [Implementation of the principles of criminal procedure law in accelerated proceedings]. [Online] Available from: http://base.garant.ru/57331191/.
12. Aleksandrov, A.S. & Aleksandrova, I.A. (2009) Soglashenie o dosudebnom sotrudnichestve so sledstviem: pravovaya sushchnost' i voprosy tolkovaniya norm, vkhodyashchikh v glavu 40.1 UPK RF [The plea bargain: the legal entity and interpretation of the rules included in Chapter 40.1 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation]. *Ugolovnyy protsess*. 8. pp. 3-11.
13. Vinitskiy, L.V. & Melnik, S.L. (2012) Neobkhodimo li soglasie poterpevshego pri zaklyuchenii dosudebnogo soglasheniya o sotrudnichestve? [Is it necessary to get the consent of the victim for the plea bargain?]. *Zakonnost'*. 10. pp. 55-58.
14. Martynenko, N.E. (2011) Pre-judicial agreement on cooperation as a means of protection of interests of complainant. *Rossiyskiy sledovatel' – Russian Investigator*. 22. pp. 13-15. (In Russian).
15. Bykov, V.M. (2015) Prava poterpevshego v ugolovnom sudoproizvodstve Rossii [The victims' rights in Russian criminal proceedings]. *Rossiyskaya yustitsiya – Russian Justitia*. 7. pp. 42-46.
16. Ivanova, O.G. (2015) Problems of improving the procedural position of the victim in criminal proceedings. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*. 12. pp. 199-205. (In Russian). DOI: 10.17803/1994-1471.2015.61.12.199-205
17. Constitutional Court of the Russian Federation. (2011) *Resolution 1481-O-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of November 2, 2011, "On the complaint of citizens Kovalchuk Vladimir Stepanovich and Kovalchuk Tamara Nikolayevna about the violation of their constitutional rights envisaged by Article 317.6 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation"*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=122685. (In Russian).
18. Constitutional Court of the Russian Federation. (2016) *Resolution 457-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of October 3, 2016, "The refusal to accept complaints from citizens Berzhanina Tatiana Anatolievna, Vasilyev Alexei Anatolyevich and Vasilyeva Alevtina Leonidovna about the violation of their constitutional rights envisaged by Article 124, Parts 7 and 8 of Article 246 and Article 252 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation"*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=457607. (In Russian).
19. Suprun, S.V. (2010) Soglasie poterpevshego – uslovie naznacheniya ugolovnogo dela, postupivshego v sud s dosudebnym soglasheniem, k rassmotreniyu v osobom poryadke [Consent of the victim as a condition of appointment of criminal case, received by the court with pre-judicial agreement, to consideration in special procedure]. *Rossiyskiy sud'ya – Russian Judge*. 9. pp. 14-16.
20. Tatyanina, L.G. (2010) Plea bargaining in Russia and the United States: Positive and negative aspects. *Problemy primeneniya dosudebnogo soglasheniya o sotrudnichestve po ugolovnym delam* [Problems of plea bargaining in criminal cases]. Proc. of the Internation Research Seminar. Izhevsk. 4th February 2010. Izhevsk. pp. 12-15. (In Russian).
21. Piyuk, A.V. (2015) On the mandatory consent of the prosecutor and the victim to use a special procedure for resolution of the criminal case under Ch. 40 of the Russian Federation Code of Criminal Procedure]. *Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law*. 2. pp. 43-46. (In Russian). DOI: 10.17223/23088451/6/8

22. Supreme Court of the Russian Federation. (2012) Resolution 16 of the Plenum of the Supreme Court of June 28, 2012, “On using the special procedure for criminal cases by courts of special order in case of plea bargaining”. *Rossiyskaya gazeta*. 11th July. (In Russian).
23. Belarus. (n.d.) *Ugolovno-protsessual’nyy kodeks Respubliki Belarus’ ot 16.07.1999 g. № 295-Z (red. ot 20.04.2016 g.)* [The Code of Criminal Procedure of the Republic of Belarus of July 16, 1999, № 295-W (as amended on April 20, 2016)]. [Online] Available from: http://laws.newsby.org/documents/kodeks/kod19/page21.htm.
24. Kazakhstan. (n.d.) *Ugolovno-protsessual’nyy kodeks Respubliki Kazakhstan ot 4 iyulya 2014 goda № 231-V (v red. ot 09.04.2016 g.)* [The Code of Criminal Procedure of the Republic of Kazakhstan of July 4, 2014 № 231-V (edited as of April 9, 2016.)]. [Online] Available from: http://online.zakon.kz. (Accessed: 31st May 2016).
25. Trubnikova, T.V. (2015) Limitations to criminal procedure simplification. *Aktual’nye problemy rossiyskogo prava*. 12. pp. 131-139. (In Russian). DOI: 10.17803/1994-1471.2015.61.12.131-139
26. Sviridov, M.K. (2014) Autonomy of courts in sentencing. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 2(12). pp. 88-95. (In Russian).
27. Andreeva, O.I. (2014) The problems of an abbreviated inquiry. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 4(14). pp. 5-13. (In Russian).

УДК 343.14 DOI 10.17223/23088451/7/5

В.Н. Григорьев

РЕШЕНИЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В ДЕЛЕ «ЛЯЛЯКИН ПРОТИВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»: БЫЛО ЛИ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПОЛНОМОЧИЯМИ?[1]

Анализ Постановления Европейского суда по правам человека от 12 марта 2015 г. по делу «Лялякин против Российской Федерации» позволил вскрыть искажение фактических обстоятельств происшедшего, чтобы «подтянуть» обращение с заявителем до минимального уровня суровости, позволяющего отнести его к сфере действия статьи 3 Конвенции и квалифицировать как пытки или бесчеловечное или унижающее достоинство обращение.

Ключевые слова: *Европейский суд, дело «Лялякин против Российской Федерации», злоупотребление полномочиями, статья 3 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, пытки или бесчеловечное или унижающее достоинство обращение.*

12 марта 2015 года в Страсбурге Европейский суд по правам человека (Первая секция) вынес Постановление по делу «Лялякин против Российской Федерации» [1].

Дело было инициировано жалобой № 31305/09, поданной против Российской Федерации в Европейский суд по правам человека (далее – Европейский суд) в соответствии со статьей 34 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция) гражданином Российской Федерации Михаилом Александровичем Лялякиным (далее – Заявитель) 29 мая 2009 года.

Заявитель утверждал, что подвергся жестокому обращению во время военной службы и что власти не расследовали это происшествие.

Европейский суд, рассмотрев дело, пришел к выводу об обоснованности жалобы и постановил, в частности, что имело место нарушение статьи 3 Конвенции в части раздевания заявителя 5 и 6 июня 2007 года (п. 2 Резолютивной части Постановления).

В разделе «Другие материалы» Постановления ЕСПЧ от 12 марта 2015 года «Дело «Лялякин (Lyalyakin) против Российской Федерации» указано Постановление ЕСПЧ от 24.04.2014 г. «Дело «Переведенцевы (Perevedentsevy) против Российской Федерации» (жалоба № 39583/05) [2] как содержащее краткий обзор относимых материалов относительно условий службы в Вооруженных Силах Российской Федерации (включая «дедовщину») (§ 60).

Сходные по предмету рассмотрения, а также по своим результатам, эти два постановления Европейского суда разительно отличаются по технологии обоснования выводов.

В Постановлении по делу «Переведенцевы против Российской Федерации» Европейский суд, не найдя серьёзных процессуальных упущений, углубился в детали следственного процесса. В результате на обнаруженных отдельных достаточно спорных процессуальных недочётах и неустранённых неясностях более мелкого плана Суд построил вывод о нарушении требований статьи 2 Европейской конвенции, изменив своей же достаточно устоявшейся практике по рассмотрению жалоб, связанных с процессуальными требованиями статьи 2 Европейской конвенции по правам человека [3].

В Постановлении по делу «Лялякин против Российской Федерации» Европейский суд применил другой прием – не вдаваясь в действительные фактические обстоятельства происшедшего, а порой искажая их в угоду заранее заданному результату, голословно используя наработанные штампы, обосновал свое решение словесной эквилибристикой.

Обстоятельства дела. 14 декабря 2006 года призывная комиссия Московского района г. Нижнего Новгорода проверила состояние здоровья Заявителя. Признанный годным к военной службе, он был призван в армию. Его направили в учебную часть № 73864, расположенную в г. Коврове Владимирской области.

Через шесть месяцев Заявителю присвоили звание младшего сержанта и 28 мая 2007 года он был направлен в войсковую часть № 34605 в г. Волгограде Волгоградской области.

Заявитель утверждал, что личные отношения военнослужащих части были напряженными и насильственными, он поддался панике и решил бежать.

Первая попытка бегства была предпринята 4 июня 2007 года, когда заявитель и младший сержант В. бежали из части. Командование части начало операцию по розыску беглецов. Утром 5 июня 2007 года заместитель командира майор А. и капитан К. нашли и задержали Заявителя и младшего сержанта В. у близлежащего поселка Степной.

Как утверждает заявитель, на обратном пути в часть А. и К. угрожали их убить или утопить. Угрозы напугали Заявителя до такой степени, что он решил снова бежать. Во время остановки Заявитель сбежал. Вскоре после этого он был пойман на близлежащем болоте. Сопровождавшие его офицеры сняли с него одежду и посадили в кузов военного грузовика, который доставил обоих беглецов обратно в часть.

[1] Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта РГНФ, проект № 16-03-00413.

6 июня 2007 года Заявитель и В. были вызваны к командиру батальона Ч., который построил батальон. Заявитель и В. были поставлены раздетые перед строем военнослужащих. Командир батальона публично осудил их и объявил им выговор, приказав одеться.

После этого Заявителя вызвали в кабинет командира и велели написать объяснительную записку по поводу событий 4–6 июня 2007 года.

Третья попытка бегства, состоявшаяся 7 июня 2007 года, оказалась для Заявителя удачной. Когда надзор за ним был ослаблен, он сбежал и в этот раз добрался до своей семьи в Нижнем Новгороде.

Перипетии расследования предполагаемого жестокого обращения. 26 июня 2007 года Заявитель подал жалобу на жестокое обращение в Нижегородский областной комитет солдатских матерей, 27 июня 2007 года – в военную прокуратуру Нижегородского гарнизона. Он изложил версию предполагаемых событий, указав, что его сослуживцы Вл., Кац., Зай., Рыб., Мал. и Фед. могут подтвердить факты жестокого обращения и «неуставных взаимоотношений».

Нижегородская прокуратура начала предварительную проверку и перевела Заявителя до окончания разбирательства в другую часть.

28 июня 2007 года была назначена психиатрическая экспертиза Заявителя, которая проводилась с 4 по 26 июля 2007 года в Нижегородской областной психоневрологической больнице № 1 им. П.П. Кащенко.

21 августа 2008 года военно-врачебная комиссия Нижегородского гарнизона диагностировала у Заявителя «расстройство личности эмоционально-неустойчивого типа с переменным улучшением, приобретенное на военной службе» и признала его «годным с ограничениями» к военной службе. На основании указанного диагноза Заявитель был досрочно комиссован из армии.

Тем временем Нижегородская прокуратура объединила проверку по жалобе Заявителя от 26 июня 2007 года с проверкой по аналогичной жалобе младшего сержанта В. от 1 июля 2007 года. Материалы были направлены для проверки в военную прокуратуру Волгоградского гарнизона.

16 июля 2007 года следователь Волгоградской прокуратуры отказал в возбуждении уголовного дела. В своем постановлении он сослался на показания предполагаемых виновных, включая командира батальона Ч., заместителя командира майора А., капитана К., лейтенанта С., капитана Кар., прапорщика Г. и младшего сержанта Ж., а также на показания других военнослужащих, которые были допрошены[2] в связи с утверждениями Заявителя.

Это 1 этап в производстве проверки по данному факту. Всего их было шесть. При содействии неправительственной правозащитной организации «Материнское право» Заявитель обжаловал постановление от 16 июля 2007 года в вышестоящем органе. И 20 сентября 2007 года военная прокуратура Северо-Кавказского военного округа отменила постановление от 16 июля 2007 года об отказе в возбуждении уголовного дела (2 этап). 8 октября 2007 года с учетом новых и ранее полученных данных следователь отказал в возбуждении уголовного дела по жалобе Заявителя. 6 октября 2008 года оспариваемое постановление от 8 октября 2007 года было отменено Следственным комитетом при прокуратуре Волгоградского гарнизона (3 этап). 16 октября 2008 года на основе новых показаний и ранее полученных данных следователь отказал в возбуждении уголовного дела. 10 марта 2009 года оспариваемое постановление от 16 октября 2007 года было отменено вышестоящим следственным органом (4 этап). 20 марта 2009 года следственные органы вновь отказали в возбуждении уголовного дела. 26 января 2011 года вышестоящие следственные органы отменили постановление от 20 марта 2009 года (5 этап). Постановлением от 11 февраля 2011 года отказано в возбуждении уголовного дела. 23 марта 2011 года вышестоящие следственные органы вновь отменили постановление от 11 февраля 2011 года (6 этап). О дальнейшем развитии расследования материалы, представленные в Европейский суд, информации не содержат (§ 53).

Судя по приведенному в Постановлении Европейского суда подробному описанию перипетий и результатов предварительной проверки обстоятельств самовольного оставления Заявителем части (§ 29–53), все основные обстоятельства этого происшествия были выяснены с самого начала, а многочисленные отмены принятых по ее результатам решений вызваны общественной реакцией на это происшествие.

Предмет рассмотрения Европейского суда и доводы сторон. Заявитель пожаловался в Европейский суд на то, что военнослужащие его войсковой части подвергли его жестокому обращению и что власти не провели эффективного расследования по его жалобам на жестокое обращение (§ 61). Европейский суд рассмотрел эти жалобы на основании статьи 3 Конвенции, которая гласит: «Никто не должен подвергаться ни пыткам, ни бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию».

Что касается предполагаемого жестокого обращения, власти Российской Федерации сообщили, что офицеры, задержавшие Заявителя и В. после их попытки бегства, действительно приказали им снять одежду и остаться в одних трусах. Это было сделано, чтобы помешать им скрыться, а не для унижения. Когда они были доставлены в войсковую часть, их заставили стоять перед строем батальона в одних трусах, но в течение лишь ограниченного периода. Вскоре после этого командир приказал им одеться.

[2] Такая терминология используется в Постановлении Европейского суда. С учетом того, что уголовное дело не было возбуждено и процедуры проводились в рамках предварительной проверки, здесь и далее речь идет не о допросах, а о получении объяснений, не о расследовании, а о предварительной проверке, не о показаниях, а об объяснениях.

Со ссылкой на результаты предварительной проверки утверждений Заявителя власти Российской Федерации отметили, что оставшаяся часть версии о жестоком обращении была ложной. Они отмечали, что до самовольного отсутствия в июне 2007 года Заявитель не жаловался на жестокое обращение в его части в военную прокуратуру.

Заявитель настаивал на своей жалобе. Он указал, что его версия о жестоком обращении была подтверждена В. и Гал. Остальные военнослужащие дали ложные показания, поскольку были запуганы командованием части.

Общие принципы оценки предполагаемого жестокого обращения сформулированы в в § 67–71 Постановления Европейского суда со ссылками на предыдущие свои решения.

В частности, Европейский суд напоминает, что статья 3 Конвенции закрепляет одну из основополагающих ценностей демократического общества. Она в абсолютных выражениях запрещает пытки или бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание, независимо от обстоятельств или поведения жертвы. Для отнесения к сфере действия статьи 3 Конвенции жестокое обращение должно достигнуть минимального уровня суровости.

Оценка указанного минимального уровня является относительной и зависит от всех обстоятельств дела, таких, как длительность обращения, его физические и психологическое последствия и, в некоторых случаях, пол, возраст и состояние здоровья жертвы. Кроме того, оценивая, является ли обращение «унижающим достоинство» в значении статьи 3 Конвенции, Европейский суд должен учитывать, являлось ли его целью оскорбление и унижение потерпевшего и оказывало ли оно с точки зрения последствий отрицательное влияние на его личность способом, несовместимым со статьей 3 Конвенции.

Европейский суд неоднократно подчеркивал, что испытываемые страдания и унижение в любом случае должны выходить за пределы неизбежного элемента страдания или унижения, связанного с применением данной формы правомерного обращения или наказания. Обязательная военная служба часто включает такой элемент, как и меры, связанные с лишением лица свободы. Однако многие действия, которые представляли бы собой унижающее достоинство или бесчеловечное обращение в отношении заключенных, могут не достигать уровня жестокого обращения, если имеют место в Вооруженных Силах, при условии, что они способствуют реализации особых задач Вооруженных Сил, к примеру, являясь частью боевой подготовки. Публичный характер обращения может быть значимым или усугубляющим фактором при оценке того, является ли оно «унижающим достоинство» в значении статьи 3 Конвенции.

Государство должно обеспечить, чтобы лицо проходило военную службу в условиях, совместимых с уважением его человеческого достоинства, чтобы процедуры и методы военной подготовки не подвергали его душевным страданиям или лишениям, интенсивность которых превышает уровень тягот, неизбежно присущих военной дисциплине, и чтобы, принимая во внимание практические потребности военной службы, его здоровье и благополучие обеспечивались бы надлежащим образом.

Анализ соответствия Постановления Европейского суда (в части жестокого обращения с Заявителем) действительным обстоятельствам. В эпизоде с раздеванием не все утверждения Европейского суда в части жестокого обращения с Заявителем, содержащиеся в § 80–82 Постановления, соответствует фактическим обстоятельствам, установленным самим же Европейским судом и изложенным в его Постановлении от 12 марта 2015 года Как убеждает предпринятый анализ текста Постановления, порой суд заменяет действительные обстоятельства происшедшего домыслами, которым с помощью словесной эквилибристики придает «нужную» эмоциональную окраску.

Такой прием становится очевидным, если разложить всю ситуацию на отдельные элементы, существенные для оценки этой ситуации с точки зрения предмета разбирательства, среди которых следующие обстоятельства эпизода с раздеванием: 1) Было ли «раздевание»? 2) Какова степень и форма раздевания? 3) Сколько раз раздевали Заявителя? 4) Для чего раздевали Заявителя? Документально обоснованные, детальные ответы на эти вопросы позволяют объективно прояснить, что было на самом деле, и более предметно судить о том, было ли допущено в отношении Заявителя унижающее достоинство военнослужащего обращение.

1. *Было ли «раздевание»?* Сам факт раздевания является бесспорно установленным. Об этом утверждает Заявитель, это признается властями Российской Федерации. Этот факт лежит в основе позиции Европейского суда (§ 72–79). В связи со сказанным следует лишь обратить внимание на то, что категория «раздевание» в данном контексте отражает только объективный факт снятия одежды и не включает субъективную сторону – по чьей инициативе, чьими руками и в каком словесном или физическом сопровождении снималась одежда. Эти существенные детали происшедшего проясняются при ответах на следующие вопросы.

2. *Какова степень и форма раздевания?* Заявитель утверждал, что был раздет донага, а власти Российской Федерации настаивали на том, что он оставался в трусах.

Европейский суд отмечает, что с учетом субсидиарного характера своей функции он признает, что должен с осторожностью принимать обязанности суда первой инстанции, устанавливающего факты в тех случаях, когда это не является неизбежным при обстоятельствах конкретного дела. В настоящем деле он не склонен принимать утверждение Заявителя о том, что на обратном пути в войсковую часть в июне 2007 года он был раздет донага (см. § 13 и 14 Постановления), поскольку эта версия опровергнута

результатами расследования (см. § 33 и 34 Постановления), и Заявитель не предоставил доказательств противоположного, которые отвечали бы стандарту доказывания «вне всякого разумного сомнения» (§ 73).

В целом, по данному вопросу позиция Европейского суда представляется объективной и обоснованной. Следует однако дополнительно обратить внимание на такие бесспорно установленные факты, что Заявителю предложено было самому снять с себя одежду, и сделано это было не в сексуально-оскорбительной форме, а путем подачи одной из заурядных уставных команд по определению формы одежды, которая каждое утро звучит при построении военнослужащих на физическую зарядку: «Форма одежды номер один» (§ 34). Такая форма одежды предусмотрена в наставлениях по физической подготовке войсковых подразделений Российской Федерации (Министерства обороны, МВД, ФСБ и др.) и предполагает обычно в качестве одежды плавки, трусы, майку, спортивную обувь, по решению командира воинской части при соответствующих условиях разрешается заниматься без майки и обуви [4, 5].

Европейский суд не придал значения тому факту, что раздевание задержанного происходило путем приведения его формы одежды в один из уставных вариантов несмотря на то, что этот факт отражен в имевшихся в его распоряжении материалах и не был опровергнут. Причину такой позиции я вижу в стремлении выстроить такой ряд фактов (в данном случае путем умолчания об одном из них), которые в совокупности дали бы основание для вывода о том, что обращение с Заявителем достигло минимального уровня суровости, позволяющего отнести его к сфере действия статьи 3 Конвенции и квалифицировать как пытки или бесчеловечное или унижающее достоинство обращение.

3. *Сколько раз раздевали Заявителя?* Европейский суд занял по этому вопросу однозначную позицию: Заявитель оставался в трусах два раза, после безуспешной попытки бегства 5 июня 2007 года и на следующий день во время построения батальона (§ 76). В качестве обоснования такой позиции Суд сослался на обстоятельства, описанные в § 13, 14, 33 и 34 Постановления. Между тем обращение к соответствующим текстам свидетельствует о несоответствии позиции Европейского суда действительным обстоятельствам: Заявителю после повторной попытки убежать действительно было предложено снять верхнюю одежду и в таком виде («форма номер один») он был доставлен в войсковую часть и после построения личного состава выведен перед строем, однако никто его специально для выставления голым перед строем не раздевал, он просто оставался все это время одетым по форме номер один.

При обращении к содержанию параграфов Постановления, на которые Суд сослался в обоснование своей позиции, выясняется, что, в частности, в § 13 Постановления приводятся лишь обстоятельства раздевания при поимке после повторного побега во время доставления Заявителя в войсковую часть, откуда он сбежал. В § 14 Постановления записано, что «Заявитель и В., предположительно раздетые догола, были поставлены перед другими военнослужащими». Но, во-первых, предположение о раздетости «догола» опроверг сам же Европейский суд (см. § 73). Что же касается смысла в целом, то данную фразу надо понимать не так, что Заявителя еще раз раздели перед построением, а что перед построением он не был одет и был поставлен перед строем в том, в чем оказался после задержания и доставления – в привычной для военнослужащих уставной «форме номер один». В § 33 и 34 Постановления воспроизводятся показания военнослужащих, в которых упоминается только один факт раздевания – после задержания при попытке повторного побега во время конвоирования Заявителя в войсковую часть. О других фактах раздевания, в частности перед выставлением беглецов перед строем военнослужащих, там нет ни слова.

Таким образом, позиция Европейского суда по вопросу о количестве раздеваний Заявителя во время его задержания, доставления в войсковую часть и представления наутро личному составу военнослужащих не соответствует установленным им же обстоятельствам, которые изложены в Постановлении Суда. Легким передергиванием фактов Суд слегка усилил отрицательное эмоциональное восприятие действий военнослужащих, отлавливавших беглеца. Для чего это потребовалось? Дело в том, что без такого факта явно недостаточно оснований для вывода, что обращение с Заявителем достигло минимального уровня суровости, позволяющего отнести его к сфере действия статьи 3 Конвенции.

4. *Для чего раздевали Заявителя?* К раздеванию беглецов (применению к ним уставной «формы одежды номер один») сопровождавшие офицеры прибегли после повторной (во время конвоирования) попытки Заявителя убежать. И объяснения военнослужащих, и объективные обстоятельства свидетельствуют об одной цели данной меры – воспрепятствовать их побегу в третий раз (§ 33, 34).

Следует обратить внимание, что Европейский суд в своих положениях о цели раздевания напрочь проигнорировал юридическую сущность действий, лежащую в основе всей рассматриваемой ситуации. Суть эта заключается в том, что Заявитель вместе с младшим сержантом В. совершили самовольное оставление части в целях уклонения от прохождения военной службы, совершенное группой лиц по предварительному сговору, то есть дезертирство при отягчающих обстоятельствах. В Российской Федерации такие действия признаются тяжким преступлением, за которое в соответствии с ч. 2 ст. 338 УК РФ предусмотрено уголовное наказание в виде лишения свободы на срок до десяти лет[3]. Стало быть, к

[3] В период описываемых событий действовавшее тогда уголовное законодательство предусматривало за такие действия наказание в виде лишения свободы на срок от трех до десяти лет.

военнослужащему, совершившему побег во время конвоирования при задержании за совершение подобных действий, вполне правомерно применение мер, исключающих третью попытку сбежать. Не искушенные в полицейских приемах пресечения попыток побега, военнослужащие прибегли к одному из строевых приемов – предложили беглецу привести одежду в соответствии с уставной «формой номер один», то есть раздеться до трусов.

В этой связи не удивительно, что примененная к совершившим тяжкое преступление мера пресечения возможной попытки в третий раз сбежать в виде раздевания до трусов ни у кого не вызвала замечаний ни с точки зрения правомерности, ни с точки зрения возможной чрезмерности. В Постановлении Суда нет ни одного указания на это.

Но при таком стечении обстоятельств ситуация «уплывает» из желаемого русла: обращение с Заявителем здесь явно не достигает минимального уровня суровости, позволяющего отнести его к сфере действия статьи 3 Конвенции и квалифицировать как пытки или бесчеловечное или унижающее достоинство обращение. Вот тогда Европейский суд и вводит в оборот «второе раздевание» (§ 76), на котором и строится все обвинение в бесчеловечном или унижающем достоинство обращении.

Чтобы это «второе раздевание» воспринималось как реально существовавшее, Суд сопровождает его безосновательными предположениями («предположительно раздетые догола», «по-видимому, женщины там отсутствовали» – § 14) и иллюстрациями фактов пыток с раздеванием, установленных по другим делам (§ 75), а также утверждением, «что требование о том, чтобы Заявитель стоял перед строем в одних трусах, было выдвинуто после того, как Заявитель был взят под контроль после нескольких попыток скрыться» (§ 77). Однако подобных требований материалами дела не установлено – задержанный просто был выведен перед строем в том виде, как был доставлен. Приведенная словестная эквилибристика, приведенная в Постановлении Европейского суда, преследует, судя по всему, цель повысить «уровень суровости» обращения, чтобы дотянуть его до минимального уровня, позволяющего квалифицировать действия по статье 3 Конвенции как жестокое обращение.

Таким образом, предпринятый анализ текста Постановлении от 12 марта 2015 года убеждает, что Европейский суд прибегает к искажению фактических обстоятельств происшедшего, установленных им же самим и изложенных в его Постановлении, а порой и замене действительных обстоятельств происшедшего некими домыслами с приданием им с помощью словесной эквилибристики «нужной» эмоциональной окраски, чтобы «подтянуть» обращение с Заявителем до минимального уровня суровости, позволяющего отнести его к сфере действия статьи 3 Конвенции (§ 67) и квалифицировать как пытки или бесчеловечное или унижающее достоинство обращение.

Оценка предположительно жестокого обращения с Заявителем с точки зрения минимального уровня суровости. Как отмечается в Постановлении, Европейский суд должен в первую очередь рассмотреть вопрос о том, достигло ли обращение с Заявителем порога статьи 3 Конвенции. В результате такого рассмотрения ряда обстоятельств, предпринятого в § 76–77 Постановления, Европейский суд находит, что раздевание и выставление Заявителя перед строем батальона имели следствием его унижение и что обращение достигло порога суровости статьи 3 Конвенции и составило унижающее достоинство обращение в значении этого конвенционного положения (§ 78).

Оценивая указанные положения и позицию Европейского суда в деле «Лялякин против Российской Федерации» в целом, заметим, что, во-первых, они базируются на частично не соответствующих действительности обстоятельствах, во-вторых, охватывают не все пороговые признаки жестокого обращения, сформулированные самим же Судом в § 68–70 Постановления, в-третьих, не содержат конкретного детального анализа отдельных таких признаков. Попытаемся восполнить отмеченные пробелы.

Европейский суд указывает в качестве пороговых признаков жестокого обращения: длительность обращения, его физические и психологические последствия, пол, возраст и состояние здоровья жертвы, являлось ли целью обращения оскорбление и унижение потерпевшего, оказывало ли оно с точки зрения последствий отрицательное влияние на его личность, выход испытываемых страданий и унижения за пределы неизбежного элемента страдания или унижения, связанного с применением данной формы правомерного обращения, публичный характер обращения, необходимость применения оспариваемой меры (§ 68–70).

В основе применимости указанных пороговых признаков к рассматриваемой ситуации лежит ответ на основной вопрос: было ли два раздевания, как пытается представить Европейский суд (одно с целью пресечению побега, а второе для унижения личного достоинства), или же одно, предпринятое после пресечения повторного побега с целью исключить третью попытку. О том, что было два раздевания, в представленных в Постановлении Суда материалах нет ни одного упоминания свидетелей, даже Заявитель об этом ни разу не сказал. Такие утверждения есть только в «авторских» высказываниях, идущих от имени Суда и не подкрепленных фактическими обстоятельствами дела.

В связи со сказанным выводы Европейского суда о достигнутости пороговых признаков жестокого обращения, использованные в его рассуждениях, в тех действительных обстоятельствах, которые наблюдались в реальности и отражены в материалах, использованных Судом в своем Постановлении, выглядят совершенно неубедительными.

Длительность обращения, его физические последствия – по поводу этого признака Суд сделал вывод о том, что «эпизод имел место в летнее время, продолжался недолго и окончился тем, что Заявителю и другому военнослужащему было приказано одеться» (§ 76). В Постановлении нет также ни одного упоминания о том, что Заявитель простудился или получил иное заболевание в результате переохлаждения или был травмирован вследствие отсутствия верхней одежды. Следовательно, по этому признаку обращение с Заявителем не достигло порогового уровня жестокости.

Психологические последствия обращения – в § 81 Постановления утверждается о том, что Европейский суд полагает, что вывод военно-врачебной комиссии Нижегородского гарнизона, которая диагностировала у Заявителя «расстройство личности эмоционально-неустойчивого типа с переменным улучшением, приобретенное на военной службе», является недостаточным для подкрепления утверждений Заявителя о наличии прослеживаемого вреда его личности. Следовательно, и по этому признаку обращение с Заявителем не достигло порогового уровня жестокости.

Пол – в тексте Постановления встречаются предположения и намеки о выставлении Заявителя перед строем в присутствии женщин (§ 14, 75), однако нет ни одного прямого утверждения и ни с одной из сторон не приведено ни одного такого факта. Не стал придумывать их в итоге и Европейский суд, чтобы подтянуть обращение с Заявителем до порогового уровня жестокости.

Возраст – по данному признаку Европейский суд занял однозначную позицию: «Тот факт, что Заявителю было 19 лет, усугублял примененное обращение» (§ 78). Однако при детальном анализе фактических обстоятельств данный признак не выглядит однозначно свидетельствующим о достижении обращения с Заявителем порогового уровня жестокости. В начале эпизода раздевания, когда пойманному при попытке скрыться во время конвоирования было в целях пресечения новых попыток сбежать снять верхнюю одежду, возраст имеет значение лишь как фактор, обусловливающий понимание ответственности взрослого человека за свои действия. В последней части эпизода с раздеванием, когда Заявитель стоял перед строем в трусах, возраст не имеет значения, так как объективно Заявитель предстал перед ровесниками в одной из строевых форм военной одежды, в которой ВСЕ ОНИ ТОЛЬКО ЧТО пребывали во время утренней зарядки. И если в этот момент Заявитель испытывал нравственные страдания, то отнюдь не из-за возраста и трусов, а по причине, мягко скажем, негативного отношения в российском обществе (включая военнослужащих срочной службы) к людям с такими нравственными установками, которое в равной мере проявлялось бы, предстань он перед ними хоть в смокинге.

Состояние здоровья жертвы – жертва на состояние здоровья, исходя из материалов Европейского суда, в связи с эпизодом задержания, сопровождавшегося раздеванием, не жаловалась.

Являлось ли целью обращения оскорбление и унижение потерпевшего – как выше обосновывалось, целью раздевания Заявителя была исключительно необходимость пресечь его попытки сбежать. Эта мера была применена только после второй его поимки. Когда Заявителя поймали первый раз, о приведении его одежды в соответствие с «формой номер один» речи не было. Оценка же Европейским судом как предпринятое с намерением унизить Заявителя раздевание его перед построением безосновательна, так как такого раздевания в действительности не существовало. Заявитель просто был доставлен уже без верхней одежды, в таком виде и представлен военнослужащим. Если бы у него шла кровь, его бы без сомнения немедленно перевязали. Если бы у него шла пена изо рта, ему бы оказали необходимую первую помощь. А то что он оказался в трусах, не было чем-то из ряда вон выходящим, требующим немедленной реакции – это обычная для военнослужащих форма одежды, только не вполне своевременно принятая: утренняя зарядка уже закончилась, а построение объявлено очевидно не для спортивных занятий. Ну так и не с зарядки и не со спортивной площадки Заявитель был отконвоирован на построение, а с места тяжкого уголовного преступления, за которое ему грозил значительный срок.

Оказывало ли обращение с точки зрения последствий отрицательное влияние на личность – данный пороговый признак весьма неоднозначен в оценке. Публичное осуждение перед строем на большинство военнослужащих действует весьма эффективно в позитивную сторону, удерживая их в последующем от неправомерного поведения. Заявитель оказался не из таких. Однако вряд ли можно серьезно говорить о том, что последующая его преступная деятельность (он таки дезертировал) является следствием появления его перед строем в одежде по «форме номер один». Как видно из происшедшего, Заявитель и в одежде по «форме № 4» (повседневная, поясной ремень, ботинки (ботинки с высоким берцем), в головном уборе, без утепленной куртки) и без построения в последующем совершил уголовное преступление.

Выход испытываемых страданий и унижения за пределы неизбежного элемента страдания или унижения, связанного с применением данной формы правомерного обращения. Под «данной формой правомерного обращения» я понимаю объявление военнослужащему, задержанному за дезертирство, перед строем сослуживцев выговора (§ 14) при том, что он был поставлен перед строем в том виде, в котором доставлен поисковой группой. Понятно, что страдания Заявитель в этот момент испытывал, однако они по определению не могли выйти за пределы неизбежного элемента страдания в силу несоиз-

меримости страданий от выговора и от перспективы получить до 10 лет лишения свободы.

Публичный характер обращения – в Вооруженных Силах Российской Федерации вопросы, связанные с нарушением военнослужащими дисциплины, традиционно решаются публично, перед строем. Поэтому иной вариант развития событий в данной ситуации, предполагающий отсутствие публичности, – не в пользу Заявителя и соответственно позиции Европейского суда: он связан с привлечением Заявителя к уголовной ответственности за дезертирство. Тогда бы точно все было по-другому – постановление о привлечении в качестве обвиняемого предъявляется в штанах и не публично.

Необходимость применения оспариваемой меры – Европейский суд настойчиво утверждает, что «необходимость применения оспариваемой меры не была убедительно доказана» (§ 77). При этом в основе такой позиции лежит ложная посылка о том, «что требование о том, чтобы Заявитель стоял перед строем в одних трусах, было выдвинуто после того, как Заявитель был взят под контроль после нескольких попыток скрыться» (§ 77). Дело в том, что никакие приведенные в Постановлении материалы не говорят о том, что такое требование кто-то выдвигал. Автором данной формулировки является сам Европейский суд. Не имея для этого фактических оснований, он просто придумал ее для укрепления проводимой по делу своей позиции. В действительности же был первый побег Заявителя из войсковой части, потом второй побег во время его конвоирования после задержания и, наконец, третий побег, который увенчался успехом (§ 20). Когда Заявитель был задержан после первого побега, сопровождавшие его офицеры не были убеждены в необходимости применения раздевания или каких-то иных мер с целью пресечению попыток вновь убежать и ограничились лишь наблюдением за задержанным Заявителем. Как показали последующие события, они оказались неправы: задержанный во время последующего доставления сбежал. После того как он вновь был пойман, сопровождавшие офицеры под влиянием объективных фактов изменили свою позицию и применили меры к пресечению попытки убежать (в третий раз) – была применена уставная «форма одежды номер один», которая должна была существенно осложнить попытку побега. В результате Заявитель был успешно доставлен в расположение своей части. Какие здесь могут быть сомнения в необходимости применения оспариваемой меры? Особенно после того, как на следующий день Заявитель, воспользовавшись лояльным отношением (к нему даже дисциплинарный арест не применили), в третий раз убежал.

Изложенные в Постановлении Европейского суда обстоятельства не оставляют места для сомнений в необходимости оспариваемой меры. Сомнения возникают, лишь если под «оспариваемой мерой» понимать «требование, чтобы Заявитель стоял перед строем в одних трусах» (§ 77). Однако фактически такого требования не существовало. Зачем Европейскому суду потребовалось фальсифицировать его, придумывать вопреки действительным обстоятельствам, в общем-то понятно: без такого требования принятое Постановление в части раздевания Заявителя становится неубедительным. Получается, что обвинение в жестоком обращении основано в результате злоупотребления правом на вменении действий, которых в реальности не было, с голословно приписанными этим действиям зловещими свойствами.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Постановление* ЕСПЧ от 12.03.2015 «Дело «Лялякин (Lyalyakin) против Российской Федерации» (жалоба № 31305/09) [рус., англ.] // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2015. № 7. С. 108–120 // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
2. *Постановление* ЕСПЧ от 24.04.2014 г. «Дело «Переведенцевы (Perevedentsevy) против Российской Федерации» (жалоба № 39583/05) // Прецеденты Европейского суда по правам человека: Электронное периодическое издание / учредитель ООО «Развитие правовых систем». 2014. № 4 (04). С. 47–71 // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
3. *Антонов А.Н.*, *Григорьев В.Н.* Решение Европейского суда по правам человека в деле Переведенцевы против России: новые тренды в старой позиции // Вопросы правоведения: Всероссийский научно-теоретический журнал. 2014. № 6(28). С. 219–242.
4. *Приказ* МВД РФ от 29.07.1996 г. № 412 (ред. от 20.05.2003) «Об утверждении Наставления по физической подготовке сотрудников органов внутренних дел» // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
5. *Приказ* Министра обороны РФ от 21.04.2009 г. № 200 (ред. от 31.07.2013) «Об утверждении Наставления по физической подготовке в Вооруженных Силах Российской Федерации» // Российская газета. 10.07.2009. № 126.

DECISION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE CASE "LYALYAKIN V. RUSSIA": WAS THERE ABUSE OF POWER?

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 29–36. DOI 10.17223/23088451/7/5

Grigorev Viktor N., Moscow Psychological and Social University (Moscow, Russian Federation).
E-mail: grigorev.viktor@gmail.com

Keywords: European Court of Justice, Lyalyakin v. Russia, abuse of authority, Article 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, torture or inhuman or degrading treatment.

The analysis of *Lyalyakin v. Russia* Judgment has allowed revealing the distortion of the factual circumstances of the incident for the treatment of the applicant to match the minimum level of severity, which allowed to consider it under Article 3 of the Convention and to qualify it as torture or inhuman or degrading treatment.

On March 12, 2015, the European Court of Human Rights delivered its judgment in the case *Lyalyakin v. Russia.* The applicant alleged that he had been ill-treated during his military service. The Court concluded about the merits of the complaint and held that there had been a violation of Article 3 of the Convention in terms of the applicant's undressing.

The accusation of ill-treatment is based on the imputation of actions as a result of abuse of the right, which did not happen in real life – the so-called second undressing of a detained deserter. After the second attempt to escape, the applicant was indeed asked to remove his outer clothing and, as such, he was taken to the military unit. After the lineup, he was brought up before the unit, but no one stripped him naked down the line.

Under these circumstances, the treatment of the applicant did not reach the minimum level of severity, which would allow considering it under Article 3 of the Convention. Then, the Court introduces the "second undressing" to base its charges of inhuman or degrading treatment.

To make this "second undressing" look like really existing, the Court accompanied it with groundless assumptions and examples of tortures with undressing from other cases as well as the statement that "the applicant was required to face the military unit wearing only underwear when he was brought under control after several attempts to escape". However, no requirements of the kind are recorded in the case – the detainee was just brought before the line in the clothes he was wearing when delivered to his military unit by the search group of officers.

The analysis of the Judgment text shows that the European Court has distorted the facts that really happened for the sake of a predetermined result. The verbal gymnastics found in the Court's Judgment allowed increase the "level of severity" of the ill-treatment to qualify it as an abuse under Article 3 of the Convention.

REFERENCES

1. European Court of Human Rights. (2015) *Lyalyakin v. Russia Judgment of March 12, 2015 (Complaint № 31305/09)*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=435165.
2. European Court of Human Rights. (2014) *Perevedentsevy v. Russia Judgment of April 24, 2014 (Complaint № 39583/05)*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=400355.
3. Antonov, A.N. & Grigorev, V.N. (2014) Reshenie Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka v dele Perevedentsevy protiv Rossii: novye trendy v staroy pozitsii [Judgment of the European Court of Human Rights in *Perevedentsevy v. Russia*: New trends in the old position]. *Voprosy pravovedeniya – Issues of Jurisprudence*. 6(28). pp. 219-242.
4. Russian Federation Ministry of Interior. (1996) *Order 412of the Ministry of Interior of the Russian Federation of July 29, 1996 (as amended on May 20, 2003.) "On Approval of the Manual on the Physical Taining of Police Officers"*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=EXP;n=356428. (In Russian).
5. Russian Federation Ministry of Defense. (2009) The Minister of Defense Order 200 of April 21, 2009 (ed. of July 31, 2013) "Approval of the Manual on the Physical Training in the Armed Forces of the Russian Federation". *Rossiyskaya gazeta*. 10th July 2009. (In Russian).

УДК 343 DOI 10.17223/23088451/7/6

А.В. Казакова

СПЕЦИФИЧНОСТЬ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ СТ. 115 УПК РФ

Статья посвящена анализу решений Конституционного Суда Российской Федерации по проверке конституционности института наложения ареста на имущество в качестве обеспечительной меры. Отмечается проблема межотраслевого вида ареста, которая влечет иные вопросы: о балансе частных и публичных интересов, о специализации юристов и т.д. Делается вывод о том, что Конституционный Суд при анализе ст. 115 УПК РФ исполнил неспецифичную роль установления пробелов действующего законодательства.

Ключевые слова: *наложение ареста на имущество, обеспечительные меры, конституционный контроль.*

В Российском государстве установлена и применяется континентальная (романо-германская) система права, что означает базирование на общих нормах, выраженных в законе [1, с. 173]. Антиподом романо-германской юридической системы является англосаксонское право, главным источником которого служит правоприменительная практика (прецедент).

Теоретические постулаты о диаметрально противоположных системах права просты и абсолютно логичны «на бумаге». В процессе реализации норм права в целях более эффективного правового регулирования устанавливаются институты, которые по своей природе являются элементами, «заимствованными» из противостоящей системы.

В российских реалиях вопрос о таком заимствовании существует как проблема отнесения/не отнесения постановлений пленума Верхового Суда Российской Федерации и постановлений (определений) Конституционного Суда Российской Федерации (далее по тексту – КС РФ) к источникам уголовно-процессуального права.

Обратимся к роли решений КС РФ в правовом поле уголовного судопроизводства.

Исходя из смысла ст. 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» [2] к полномочиям КС РФ относятся:

- Проверка конституционности закона, примененного или подлежащего применению по конкретному уголовному делу на основании жалоб на нарушения прав и свобод граждан и по запросам судов.
- При принятии решения о неконституционности – дать разъяснения о необходимости изменить федеральный закон (иными словами, привести норму в соответствие с Конституцией Российской Федерации).

Перечисленные задачи тоже не вызывают теоретических неточностей: однозначно, роль КС РФ не заключается в создании новых правовых норм, а сводится к проверке имеющихся на соответствие Конституции Российской Федерации (далее – Конституция) и указание на несоответствия Государственной думе. Председатель КС РФ В.Д. Зорькин отмечает, что Государственная дума в целом исполняет решения КС РФ и делает это в надлежащие сроки. Хотя из этого правила существуют исключения [3, с. 1].

В практической деятельности КС РФ отошел от формального подхода. Вспоминается самый яркий пример – Постановление КС РФ № 5-П от 11.05.2005 г. «По делу о проверке конституционности статьи 405 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Курганского областного суда….» [4], в котором суд установил, что пересмотр в порядке надзора в сторону ухудшения положения осужденного допускается лишь в течение одного года по вступлении решения в законную силу. В последующем данное правило было внесено в текст ст. 405 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ) [5].

До данных изменений поворот к худшему для осужденного в надзорной инстанции был недопустим. КС РФ не только указал на неконституционность ст. 405 УПК РФ, но и установил срок для подобного пересмотра, продублировав правило, существовавшее в УПК РСФСР 1960 г. [6]. Налицо правотворчество.

Представляется, что в ряде постановлений по предмету рассмотрения вопроса о конституционности ст. 115 УПК РФ КС РФ тоже выполнил неспецифичную функцию. Следует разъяснить корни проблемы. Указанная статья содержит условия и порядок наложения ареста на имущество как обеспечительной меры.

Вообще, меры по обеспечению исполнения решения суда являются институтом гражданского и арбитражного процессуальных прав, поэтому в соответствующих кодексах им отведены отдельные группы норм, а также имеются постановления пленума Верховного Суда РФ. На это указал и КС РФ: поскольку гражданско-правовое требование о возмещении имущественного вреда, причиненного преступлением, – вне зависимости от того, подлежат они рассмотрению в гражданском или уголовном судопроизводстве, – разрешается в соответствии с нормами гражданского законодательства, суды при рассмотрении в уголовном судопроизводстве вопро-

сов, касающихся отношений собственности, не должны допускать подмены частноправовых механизмов разрешения вопросов о собственности уголовно-процессуальными средствами, направленными на достижение целей уголовного судопроизводства [7].

Уголовно-процессуальное судопроизводство, в отличие от гражданского, преследует иные цели:

- Установить лицо, совершившее преступление.
- Доказать вину и иные обстоятельства, указанные в ст. 73 УПК РФ.
- Назначить наказание.

Возмещение вреда, причиненного преступлением, «отходит» на второй план по объективным и закономерным причинам: не хватает внимания и соответствующего опыта в правоохранительных органах. Иными словами, юристы в России подразделяются на две группы: «гражданские» и «уголовные». Те, кто хороши в одном направлении, не всегда знают законодательство и правоприменительную практику из другой сферы. Показателен пример из практики автора настоящей статьи. Пять человек привлекались к уголовной ответственности по ст. 161 УК РФ в связи с совершенным ими ограблением ювелирного магазина в Екатеринбурге. Потерпевший (владелец магазина – Б.) оценил ущерб в размере 400 тыс. руб. Указанный ущерб следователь посчитал обоснованным. Ювелирные изделия были застрахованы, поэтому потерпевший Б. обратился за выплатой в страховую компанию. Начальник отдела урегулирования убытков Ч. провела анализ товарных накладных, квитанций, реестров проданных изделий, соотнесла с предоставленным потерпевшим списком похищенного имущества и установила, что ущерб составляет не 400 тыс. руб., а 205 тыс. руб. Данные документы были переданы следователю и приобщены к материалам уголовного дела [8].

Не следует в сложившейся ситуации критиковать следователей и дознавателей – их внимание направлено, зачастую, на решение более трудных задач.

Вернемся к законодательному регулированию обеспечительных мер. УПК РФ содержит небольшое количество разрозненных норм, направленных на возмещение ущерба от преступлений. При этом в экономической сфере вред уголовными деяниями причиняется имуществу юридических лиц, а сама сумма может исчисляться десятками миллионов. Участники юридических лиц – потерпевших имеют заинтересованность не в поимке и наказании виновных лиц, а в возвращении похищенного имущества. Особенно остро стоит вопрос в ситуациях, когда преступники уже успели реализовать похищенное имущество; интересы потерпевшего наталкиваются на законные права добросовестного приобретателя.

Ряд подобных дел повлек обращения в КС РФ. Ниже приведены наиболее интересные, по мнению автора, позиции органа конституционного контроля.

Постановлением № 1-П от 31.01.2011 г. [7] ч. 9 ст. 115 УКП РФ признана не соответствующей Конституции в той части, в которой не предусматривает эффективных средств защиты законных интересов собственника имущества, на которое наложен арест для обеспечения исполнения приговора в части гражданского иска, в случаях приостановления предварительного расследования по уголовному делу в связи с тем, что обвиняемый/подозреваемый скрылся.

Постановлением № 25-П от 21.10.2014 г. «По делу о проверке конституционности положений частей третьей и девятой статьи 115 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Аврора малоэтажное строительство» и граждан В.А. Шевченко и М.П. Эйдлена» [9] суд установил, что в существующей системе правового регулирования срок ареста имущества зависит от факторов, влияющих на длительность предварительного расследования и судебного разбирательства по уголовному делу, а предельные сроки ограничены лишь сроками давности привлечения к уголовной ответственности. Законодателю предписано разработать механизм правового регулирования, который бы разрешил ситуацию, связанную с наложением ареста на имущество лиц, не являющихся по делу подозреваемым, обвиняемым или гражданским ответчиком. КС РФ указал не имеющее место нарушение прав таких лиц, выразившееся в неуведомлении их о приостановлении или возобновлении предварительного расследования. Федеральным законом № 190 от 29.06.2015 г. «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» [10] была вменена обязанность лицу, производящему следствие, при приостановлении уголовного дела решать вопросы: о доказанности/недоказанности факта приобретения имущества на добытые в результате преступления средства, о необходимости наложения/продления/изменения/отмены ареста имущества, об обязательном уведомлении лиц, на имущество которых наложен арест.

В Постановлении № 31-П от 10.12.2014 г. «По делу о проверке конституционности частей шестой и седьмой статьи 115 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой закрытого акционерного общества «Глория» [11] КС РФ указал, во-первых, на установленные законом различные режимы наложения ареста на имущество в наличных и безналичных денежных средствах. Во-вторых, признал положения ч.ч. 6 и 7 не соответствующими Конституции в той мере, в какой предлагаемый ими механизм обеспечения сохранности имущества не гарантирует эффективную защиту прав и законных интересов лица, признанного потерпевшим и гражданским истцом по уголовному делу, в рамках производства по которому на денежные средства, похищенные со счета этого лица и находящиеся на счетах третьих лиц, был наложен арест, в случаях, когда производство расследования было приостановлено на неопределенно длительный срок в связи с неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого.

Во всех вышеперечисленных решениях КС РФ принял на себя несвойственную функцию – обнаружения законодательных пробелов. Представляется, что не все ученые-процессуалисты однозначно согласятся с данным выводом; можно парировать с применением законов, этимологических смыслов слов и прочее. Тем не менее КС РФ посредством предоставленных ему полномочий по установлению конституционности нормы указал законодателю на неразработанность целого института уголовного процесса. Правомочны ли действия КС РФ? Попытаемся разобраться. К компетенции какого органа государственной власти относится деятельность по установлению пробелов? Напрямую это нигде не закреплено. В процессе реализации своих функций все органы власти сталкиваются с неурегулированными правовыми вопросами в той или иной сфере, в связи с чем существует широкий круг субъектов, имеющих права выступать с законодательной инициативой. Поэтому полнее обоснован вывод о правомочии КС РФ устанавливать проблемы действующего права и указывать на них законодателю.

Осмелюсь попытаться спрогнозировать: в течение какого периода времени Государственная дума сможет внести в УПК РФ соответствующие изменения. На это потребуется не один месяц. Причина кроется в требовании КС РФ *разработать механизмы с учетом баланса частных и публичных интересов* (курсив автора). Найти такое соотношение – очень непростая задача.

Представляется, что указанные выше проблемы связаны, в первую очередь, с межотраслевым видом института наложения ареста на имущество в уголовном судопроизводстве: сложно найти равновесие между частным и публичным, установить происхождение и судьбу похищенного имущества без вступившего в законную силу приговора, – и такой комплекс повлек целый ряд постановлений КС РФ, признающих отдельные положения ст. 115 УПК РФ не соответствующими Конституции РФ.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Алексеев С.С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: НОРМА, 2001. 752 с.
2. *Собрание* законодательства РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.
3. *Зорькин В.Д.* Конституция живет в законах. Резервы повышения качества российского законодательства // Журнал конституционного правосудия. 2015. № 3.
4. *Собрание* законодательства РФ. 2005. № 22. Ст. 2149.
5. *Федеральный* закон № 39 от 14.03.2009 г. «О внесении изменений в статьи 404 и 405 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2009. № 11. Ст. 1268.
6. *Ведомости* Верховного Совета РСФСР. 1960. № 40. Ст. 592.
7. *Постановление* Конституционного Суда Российской Федерации № 1-П от 31.01.2011 г. «По делу о проверке конституционности положений частей первой, третьей и девятой статьи 115 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, пункта 2 части первой статьи 208 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и абзаца девятого пункта 1 статьи 126 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Недвижимость – М», общества с ограниченной ответственностью «Соломатинское хлебоприемное предприятие» и гражданки Л.И. Костаревой» // Собрание законодательства РФ. 2011. № 6. Ст. 897.
8. *Архив* Кировского районного суда г. Екатеринбурга.
9. *Собрание* законодательства РФ. 2014. № 44. Ст. 6128.
10. *Собрание* законодательства РФ. 2015. № 27. Ст. 3981.
11. *Собрание* законодательства РФ. 2014. № 51. Ст. 7528.

SPECIFICITY OF CONSTITUTIONAL CONTROL UNDER ART. 115 OF THE RF CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 37–40. DOI 10.17223/23088451/7/6
Kazakova Aleksandra V., Urals State Law University (Ekaterinburg, Russian Federation). E-mail: jiky@yandex.ru

Keywords: seizure of property; interim measures; constitutional supervision.

This article analyzes the decisions of the Russian Federation Constitutional Court on the constitutionality of the seizure of property as of an interim measure. There is a problem of interbranch seizure that involves other issues: the balance of private and public interests, specialization of lawyers, etc. The author makes the conclusion that in the analysis of Art. 115 Code of Criminal Procedure the Constitutional Court has detected the gaps in the current legislation.

Russia applies the continental (Romance-Germanic) law, which means basing on the general rules expressed in the law. The antipode of the Romance-Germanic legal system is the Anglo-Saxon law basing on the law enforcement practices (precedents).

Theoretical postulates of the diametrically opposite legal systems are simple and absolutely logical “on paper”. Their effective implementation requires institutes that by their nature belong to the elements “borrowed” from the opposing system.

In Russia, such borrowing implies the problem of classifying / non-classifying decrees and resolutions of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation and the Constitutional Court of the Russian Federation (hereinafter referred to as the Constitutional Court) as the sources of criminal procedural law.

Basing on Art. 3 of the Federal Constitutional Law “On the Constitutional Court of the Russian Federation”, the powers of the Constitutional Court include: • verification of the constitutionality of the law applied or to be applied in a particular criminal case on the basis of complaints of violations of human rights and freedoms and the needs of the courts; • clarification of the need to change the federal law (in other words, to bring the norm in line with the Russian Constitution), when making a decision on unconstitutionality.

REFERENCES

1. Alekseev, S.S. (1994) *Voskhozhdenie k pravu. Poiski i resheniya* [Ascention to the right. Search and solutions]. Moscow: NORMA.
2. *Sobranie zakonodatel'stva RF* [Legislation Bulletin of the Russian Federation]. (1994) 13. Art. 1447. (In Russian).
3. Zorkin, V.D. (2015) Constitution lives in laws. Reserves of improving the quality of Russian legislation. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya – Journal of Constitutional Justice*. 3. (In Russian).
4. *Sobranie zakonodatel'stva RF* [Legislation Bulletin of the Russian Federation]. (2005) 22. Art. 2149. (In Russian).
5. Russian Federation. (2009) Federal'nyy zakon № 39 ot 14.03.2009 g. "O vnesenii izmeneniy v stat'i 404 i 405 Ugolovno-protsessual'nogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii" [Federal Law № 39 of March 14, 2009, "On Amendments to Articles 404 and 405 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation"]. *Sobranie zakonodatel'stva RF*. 11. Art. 1268.
6. *Vedomosti Verkhovnogo Soveta RSFSR* [Gazette of the Supreme Soviet]. (1960) 40. Art. 592.
7. Constitutional Court of the Russian Federation. (2011) The Constitutional Court of the Russian Federation Resolution № 1-P of January 31, 2011, "On the constitutionality of provisions of Parts 1, 3, 9 Article 115 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation, Para. 2 of Section 208 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation and Para. 9/1 Article 126 of the Federal law "On insolvency (bankruptcy)" in connection with complaints of the Closed Joint Stock Company "Real Estate – M", Limited Liability Company "Solomatinskoe khlebopriemnoe predpriyatie" and citizen L.I. Kostarev". *Sobranie zakonodatel'stva RF*. 6. Art. 897. (In Russian).
8. *The Archive of the Kirov District Court*. Ekaterinburg.
9. *Sobranie zakonodatel'stva RF* [Legislation Bulletin of the Russian Federation]. (2014) 44. Art. 6128. (In Russian).
10. *Sobranie zakonodatel'stva RF* [Legislation Bulletin of the Russian Federation]. (2015) 27. Art. 3981. (In Russian).
11. *Sobranie zakonodatel'stva RF* [Legislation Bulletin of the Russian Federation]. (2014) 51. Art. 7528. (In Russian).

УДК 343.137 DOI 10.17223/23088451/7/7

В.И. Качалов

ОСОБЕННОСТИ ПРИНЯТИЯ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО РЕШЕНИЯ О ДОПУСТИМОСТИ ПОКАЗАНИЙ ПОДСУДИМОГО, ЗАЯВЛЯЮЩЕГО О ПРИМЕНЕНИИ К НЕМУ НЕЗАКОННЫХ МЕТОДОВ ВЕДЕНИЯ СЛЕДСТВИЯ: ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ ЕСПЧ

Рассматриваются особенности проверки заявления лица о применении к нему пыток и иного насилия, а также процессуальные особенности принятия решения по данному заявлению. Определяются случаи, когда применение насилия в ходе уголовного судопроизводства с позиций ЕСПЧ является допустимым.

Ключевые слова: *незаконные методы расследования*, *правовые позиции ЕСПЧ*, *жестокое обращение*, *проверка заявления о применении пыток и насилия.*

Законность либо незаконность методов доказывания определяется в зависимости от того, соблюдена ли надлежащим образом установленная законом процедура производства следственных и иных процессуальных действий, отвечают ли доказательства, полученные в порядке такой процедуры, требованиям допустимости. В одном из своих решений Конституционный Суд РФ указал, что права и свободы участников уголовного судопроизводства могут быть нарушены, в том числе и путем применения не отвечающих требованиям закона методов доказывания» [1, 2].

В силу правовых позиций ЕСПЧ доказательства, полученные при помощи недозволенных методов следствия (под принуждением, с использованием жестоких методов, при помощи других процедур, как административных, распорядительных, дисциплинарных и даже законодательных и т.д., не должны иметь решающего или чрезмерного значения в структуре обвинительного заключения» [3].

ЕСПЧ в своих решениях не раз обращал внимание на отсутствие чёткой регламентации в действующем уголовно-процессуальном законодательстве РФ механизма эффективного расследования применения пыток, жестокого обращения органов предварительного расследования с задержанными, «бесед» оперативных работников до возбуждения уголовного дела в отсутствие защитника и т.д.» [4]. «Внепроцессуальные» беседы с задержанным в отсутствие защитника, которые производятся с целью склонить его к признанию своей вины и дачи показаний, а также случаи физического и психического насилия над подозреваемыми и обвиняемыми при отсутствии реального и эффективного механизма расследования пыток и иных незаконных методов ведения следствия стали предметом анализа в следующих постановлениях Европейского суда: по делам Акулинин и Бабич против России (2008); Антипенков против России (2009); Антропов против России (2009); Барабанщиков против России (2009); Белоусов против России (2008); Владимир Федоров против России (2009); Гладышев против России (2009); Денисенко и Богданчиков против России (2009); Маслова и Налбандов против России (2008); Михеев против России (2008); Олег Никитин против России (2008), Раззаков против России (2015) и др.

Вместе с тем уголовно-правовые нормы (п.п. а, б, в ч. 3 ст. 286 УК РФ) и положения УПК РФ (ст.ст. 140–146 УПК РФ) позволяют в случае заявления лицом о применении к нему незаконных методов ведения следствия принять по нему соответствующее процессуальное решение, в том числе и возбудить уголовное дело в отношении лица, применившего эти методы.

Для принятия данного процессуального решения, а также оценки доказательств, полученных в результате возможного насилия, необходимо наличие следующих условий:

1) в заявлении лица должны быть сообщены конкретные фактические данные, свидетельствующие о наличии жестокого обращения;

2) уровень «жестокости» обращения должен быть оценен в совокупности с конкретными обстоятельствами дела, в том числе:

- продолжительностью жестокого обращения;
- направленностью подобного обращения на телесные травмы либо серьезные физические и душевные страдания, умаление либо унижение человеческого достоинства;
- физические и психологические последствия жестокого обращения;
- особенности пола, возраста и состояния здоровья потерпевшего» [5];
- преднамеренность подобного обращения и др.

ЕСПЧ рассматривает обращение как «бесчеловечное», если оно, помимо прочего, было преднамеренным, длилось в течение нескольких часов без перерыва и повлекло за собой либо телесные травмы, либо серьезные физические и душевные страдания, а как «унижающее достоинство» – в том случае, если оно было направлено на пробуждение в потерпевших чувства страха, тревоги и неполноценности, способные оскорбить и унизить их. Для того чтобы наказание или обращение, связанное с ним, считалось «бесчеловечным» или «унижающим достоинство», перенесенное страдание или унижение в любом случае должно выходить за пределы неизбежных страданий и унижения, связанных с конкретной формой правомерного обращения или наказания.

Вопрос о том, было ли целью такого обращения умалить или унизить человеческое достоинство потерпевшего, также является предметом рассмотрения, но отсутствие такой цели не может исключать установление нарушения статьи 3 ЕКПЧ» [6] должна быть оценена степень вероятности жестокого обращения.

В соответствии с правовыми позициями ЕСПЧ, в данных ситуациях необходимо руководствоваться принципом доказывания «вне всякого разумного сомнения»: наличия достаточно обоснованных, ясных и согласованных выводов или из аналогичных неопровержимых презумпций факта [7]. Если события полностью или в большей степени относятся к сфере исключительной компетенции органов государственной власти (содержание лиц под стражей под контролем властей), явная презумпция факта возникает в отношении телесных повреждений, полученных во время такого содержания под стражей. Поэтому можно считать, что бремя доказывания лежит на властях с целью предоставления соответствующего и убедительного объяснения [8]. Так, в деле Володарский против России, жалоба № 45202/04, постановление ЕСПЧ от 14 февраля 2012 г., ЕСПЧ отмечает, что власти адекватно отреагировали на жалобу заявителя о жестоком обращении и провели эффективное расследование. Соответственно Европейский суд признал, что не было никакого нарушения ст. 3 в процессуальном аспекте» [9]. В основе принятия такого решения лежит, по мнению ЕСПЧ, производство следующих уголовно-процессуальных действий:

1) по факту показаний была произведена тщательная «доследственная» проверка в порядке ст. 144 УПК РФ. При этом были предприняты все разумные доступные меры для получения доказательств, касающихся происшествия, включая, в частности, получения заключения судебно-медицинской экспертизы, касающееся телесных повреждений заявителя, и показания сотрудников отдела внутренних дел, задерживавших заявителя и дежуривших в отделе внутренних дел, в котором заявитель находился под стражей;

2) «доследственная» проверка была закончена в течение разумного срока;

3) для принятия процессуального решения использовались доказательства, которые были получены сотрудниками отдела внутренней безопасности Управления внутренних дел, которые не были заинтересованы в расследовании жестокого обращения;

4) процессуальное решение об отказе в возбуждении уголовного дела за отсутствием состава преступления было признано законным судом, в который оно обжаловалось;

5) заявитель не жаловался, что он лично не был допрошен во время разбирательства, касающегося его жалобы на жестокое обращение, или что представительство матерью его интересов в суде было недостаточным;

6) ничто в обстоятельствах настоящего дела не указывало на причинение ущерба интересам заявителя.

Вышеуказанные критерии могут быть определены в качестве определенного стандарта расследования сообщений о жестоком обращении.

Вместе с тем позиции ЕСПЧ недвусмысленно свидетельствуют о том, что любой недостаток расследования, делающий невозможным установление происхождения травм или личности виновных, может привести к тому, что обстоятельства, свидетельствующие о жестоком обращении, не будут установлены» [4, 10–12].

Подобного рода нарушения нередко встречаются при производстве по уголовным делам. Так, например, в квартиру гражданина К. ворвалась группа сотрудников РУВД в составе 5 человек, подвергли его избиению, забрали 750 руб., сотовый телефон стоимостью 7500 руб. После этого, посадив в автомашину, били по голове, душили, угрожали оружием. Затем завезли его в лес в районе автовокзала и, вытащив из автомашины, вновь подвергли избиению. Доставив в РУВД, избивали, топтали ногами, подвергали пыткам, проталкивая в оба уха шариковые авторучки, от чего из ушей текла кровь. В результате избиений и пытки ему причинен непоправимый вред здоровью. Просьбу об освидетельствовании удовлетворили только на 9 день. Однако, по утверждению заявителя, его осмотр был произведен поверхностно. По заявлению К. следователем М. проведена проверка и вынесено постановление об отказе в возбуждении уголовного дела в связи с отсутствием в их действиях состава преступления. Обращение К. было направленно в прокуратуру области для проверки законности вынесенного постановления об отказе в возбуждении уголовного дела. Из прокуратуры области был получен ответ о том, что постановление об отказе в возбуждении уголовного дела отменено и материал направлен для дополнительной проверки в прокуратуру Центрального района. Из прокуратуры Центрального района поступил ответ, из которого следует, что тот же следователь вновь вынес постановление об отказе в возбуждении уголовного дела в отношении сотрудников РУВД. Изучение копии указанного постановления приводит к выводу, что оно является незаконным и необоснованным, поскольку проверка проведена неполно и односторонне. В ходе указанной проверки были опрошены только сотрудники милиции, являющиеся лицами, заинтересованными в исходе дела. При этом не были опрошены иные лица, которые могут располагать информацией об обстоятельствах происшедшего, а, следовательно, совокупность собранных сведений является неполной и не может служить достаточным основанием для принятия решения об отказе в возбуждении уголовного дела.

Однако не все доказательства, полученные с применением насилия, можно рассматривать как абсолютно недопустимые. В ряде случаев телесная

неприкосновенность лица при необходимости получения доказательств может быть ограничена.

Так, согласно правовой позиции ЕСПЧ (дело «Ялох против Германии» от 2006 г.), в результате производства процессуальных действий возможно производство насилия, но оно должно быть осуществлено под тщательным контролем государства и направлено для извлечения материала (доказательства), когда это не зависит от воли обвиняемого. Речь в данном случае идёт о таких материалах, как следы дыхания, моча, отпечатки пальцев, голос, волосы, частицы ткани, проверяемые на ДНК и т.д.

В соответствии с действующим уголовно-процессуальным законодательством России, в случаях, когда лицо не желает добровольно предоставить образец для сравнительного исследования, его можно получить с согласия суда при строгом соблюдении требований ст. ст. 164–170, ст. 202 УПК РФ.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Определение* Конституционного Суда Российской Федерации от 1 декабря 1999 года по жалобе гражданина К.О. Барковского // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
2. *Определение* Конституционного Суда РФ от 24.11.2005 г. № 448-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Каланчева Вадима Анатольевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 8 и 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный
3. *Постановление* Европейского суда по делу «Саундерс против Соединённого Королевства» от 17 декабря 1996 года: [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://docs.pravo.ru/document/view/16651280/14104335/
4. *Постановление* Европейского суда от 7 июля 2011 г. по делу «Шишкин против Российской Федерации» (Shishkin v. Russia), № 18280/04, §§ 95–96) // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
5. *Постановление* Европейского суда по делу «Лабита против Италии» [СС] от 2000 г. Постановление № 26772/95, § 120, ЕСНК 2000-IV// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
6. *Постановление* Европейского суда по делу «В. против Соединенного Королевства» [ОС], жалоба № 24888/94, § 71, ЕСНК 1999-IX // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
7. *Постановление* Европейского суда от 18 января 1978 г. по делу «Ирландия против Соединенного Королевства» (Ireland v. United Kingdom), Series A, № 25, § 161 // [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://europeancourt.ru/uploads/ECHR_Ireland_v_The_United_Kingdom_18_01_1978.pdf
8. *Постановление* Большой Палаты по делу «Салман против Турции» (Salman v. Turkey), жалоба № 21986/93, § 100, ECHR 2000-VII // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
9. *Постановление* Европейского суда по делу Володарский против России, жалоба № 45202/04 от 14 февраля 2012 г. // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
10. *Постановление* Европейского суда от 28 октября 1998 г. по делу «Ассенов и другие против Болгарии» (Assenov and Others v. Bulgaria), № 14760/94, § 107 // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
11. *Постановление* Европейского суда по делу «Бати и другие против Турции» (Bati and Others v. Turkey) // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
12. *Постановление* Европейского суда от 26 января 2006 г. по делу «Михеев против Российской Федерации» (Mikheyev v. Russia) // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.

THE PROCEDURAL DECISION ON THE ADMISSIBILITY OF EVIDENCE OF THE DEFENDANT WHO ALLEGES BEING SUBJECTED TO UNLAWFUL METHODS OF INVESTIGATION: THE ECHR LEGAL POSITIONS

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 41–44. DOI 10.17223/23088451/7/7

Kachalov Viktor I., Russian State University of Justice (Moscow, Russian Federation). E-mail: okukel@yandex.ru

Keywords: unlawful methods of investigation, ECHR legal positions, ill-treatment, checking allegations of torture and violence.

The article dwells on the verification of the applicant's complaint about the use of torture and other forms of violence as well as on the procedural peculiarities of the decision on the claim. The author determines the cases when, according to the ECHR, violence is admissible during criminal proceedings.

The legality or illegality of the methods of proof is determined depending on whether the statutory procedure of investigative and other procedural actions was observed and whether the evidence obtained by way of such a procedure corresponds to the admissibility requirements. According to the ECHR legal positions, the evidence obtained by means of unlawful methods of investigation should not be excessive or decisive importance in the structure of the indictment.

The ECHR in its decisions has repeatedly drawn attention to the lack of a clear regulation of the mechanism of effective investigation of torture and ill-treatment in the current criminal procedural legislation of the Russian Federation. For this procedural decision to be taken and evidence obtained in the course of possible violence to be assessed, the following conditions are required: there should be facts evident of ill-treatment in the claim; the level of "cruel treatment" should be assessed in conjunction with the specific circumstances of the case; the thorough "pre-investigation" inspection of the evidence has been taken, with all reasonable practicable steps to obtain evidence relating to the incident; the "pre-investigation" inspection has been completed within a reasonable time; the procedural decision employed evidence obtained by the internal security of the Interior Department, who were not interested in investigating abuse; the procedural decision not to institute a criminal case due to the lack of evidence was recognized as legitimate by the court of appeal.

The criteria above can be defined as a certain standard of ill-treatment investigation. However, not all evidence obtained through violence can be regarded as totally unacceptable. In some cases, the bodily integrity of the person can be limited, if it is necessary to obtain evidence. In accordance with the Russian criminal procedure legislation, in cases where a person does not wish to voluntarily provide a sample for a comparative study, it can be obtained with the consent of the court in strict compliance with the requirements of Art. 164-170, Art. 202 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation.

REFERENCES

1. Constitutional Court of the Russian Federation. (1999) *Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of December 1, 1999, on the complaint of the citizen K.O. Barkovksy*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=26657. (In Russian).
2. Constitutional Court of the Russian Federation. (2005) *Resolution N 448-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of November 24, 2005, "The refusal to accept the complaint of the citizen Kalanchev Vadim Anatolyevich about the violation of his constitutional rights under Articles 8 and 9 of the Federal Law "On operative-investigative activities"*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=58067. (In Russian).
3. ECHR. (1996) *Saunders v. United Kingdom Judgment of December 17, 1996*. [Online] Available from: http://docs.pravo.ru/document/view/16651280/14104335/.
4. ECHR. (2011) *Shishkin v. Russia Judgment of 2011. Claim N 18280/04, §§ 95-96).* [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=52335.
5. ECHR. (2000) *Labita v. Italy Judgment of [SS] of 2000. Resolution №26772/95, §120, ESNK 2000-IV*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=13335.
6. ECHR. (1999) *V. v. United Kingdom [OS], Claim № 24888/94, § 71, ESNK 1999-IX.* [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=29056.
7. ECHR. (1978) *Ireland v. United Kingdom Judgment of January 18, 1978, Series A, N 25, § 161*. [Online] Available from: http://europeancourt.ru/uploads/ECHR_Ireland_v_The_United_Kingdom_18_01_1978.pdf.
8. ECHR Grand Chamber. (2000) *Salman v. Turkey Judgment, Claim N 21986/93, § 100, ECHR 2000-VII*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=INT&n=28846&fld=134&rnd=214990.9307208354697154&.
9. ECHR. (2012) *Volodarskiy v. Russia Judgment, Claim N 45202/04 of February 14, 2012*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=281915.
10. ECHR. (1998) *Assenov and Others v. Bulgaria Judgment of October 28, 1998, Claim N 14760/94, § 107*. [Online] Available from: http://www.srji.org/resources/search/33/.
11. ECHR. (2004) *Bati and Others v. Turkey Judgment. N 33097/96 and 57834/00*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=670&fld=134&rnd=214990.152282629926332&.
12. ECHR. (2006) *Mikheyev v. Russia Judgment of January 26, 2006. Claim N 77617/01*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=32880.

УДК 343.157 DOI 10.17223/23088451/7/8

Н.Н. Ковтун

НАДЗОРНО-КАССАЦИОННАЯ ФОРМА ПРОВЕРКИ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ В КОНТЕКСТЕ РОССИЙСКОЙ «ТРАДИЦИИ», АКТОВ ЕСПЧ И АКТОВ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ

Анализируется соответствие нового кассационного производства России фундаментальному принципу res judicata, следствиям из него вытекающим, и в целом публично заявленным целям реформы, реализованной посредством принятия и введения в действие Федерального закона № 433-ФЗ от 29.12.2010 г.

Ключевые слова: *кассационное производство*, *res judicata*, *«вопросы права» и «вопросы факта»*, *предмет проверки и оценки суда.*

Известно, что Федеральным законом № 433-ФЗ от 29 декабря 2010 года российское кассационное производство было кардинально реформировано и, по сути, урегулировано по известному образцу экстраординарного производства в суде надзорной инстанции. Соответственно при характеристике внесенных новаций доктрина, прежде всего, отмечала принципиальное изменение:

- объекта нового кассационного производства и отнесение к последнему исключительно актов суда, вступивших в законную силу (в российской уголовно-процессуальной традиции – окончательных актов суда);
- непосредственного предмета проверки и оценки суда, к которому в соответствии с изменившейся волей закона были отнесены исключительно свойства законности окончательных актов суда (ст. 401.1 УПК РФ – далее УПК), и *a priori* невозможности кассационной проверки свойств их справедливости и фактической обоснованности;
- сроков обжалования и сроков самой кассационной проверки (ч. 3 ст. 401.2 УПК), которые приобрели характер строго пресекательных юридических актов, призванных к обеспечению стабильности состоявшихся судебных решений, незыблемости правового состояния лиц, окончательно ими определенного; в конечном итоге, обеспечения правовой определенности и верховенства права в государстве и обществе;
- оснований к отмене/изменению проверяемых актов суда. Последними, в силу предмета и характера этой формы проверки, могли выступать исключительно существенные (ч. 1 ст. 401.15 УПК) или фундаментальные (ст. 401.6 УПК) нарушения закона, позволяющие ставить вопрос о преодолении сути *res judicata* в интересах обеспечения интересов и прав частных заинтересованных лиц или правосудности постановленных актов суда;
- процессуальной формы кассационной проверки, которая до тождества восприняв наработанный опыт производства в надзорной инстанции, несколько ограничивала и начало широкой свободы обжалования, устанавливая процедуры предварительного изучения кассационного отзыва (ст. 401.8 УПК), и без того весьма ограниченные познавательные средства проверки в экстраординарных судебных инстанциях (ст. 401.13 УПК).

Не столь кардинально, но в том же экстраординарном контексте были внесены изменения, связанные с установлением перечня надлежащих кассаторов, определением иерархии надлежащих кассационных инстанций, сутью основных актов этого производства (etc.). Как следствие, рядом исследователей были озвучены тезисы об эволюционном возвращении самобытной системы «советских» контрольно-проверочных производств к исходному и классическому своему образцу, характеризуемому в уголовно-процессуальной доктрине как модель «классической» апелляции и кассации континентального образца (Франция, Германия (etc.)) [1, с. 20].

Несколько «беспокоили», правда, погрешности в системности законодательной воли, по сути которых, к примеру, окончательные акты суда могли быть проверены в нескольких иерархически выстроенных кассационных инстанциях, что явно не согласовывалось с «европейской» кассацией. В контексте досадной ошибки воспринималось и «оставление» в системе судебных контрольно-проверочных производств суда надзорной инстанции (гл. 48.1 УПК). Во-первых, в силу того, что суть и назначение этой формы проверки, по факту, до тожества были «копированы» моделью новой российской кассации (гл. 47.1 УПК). И соответственно ни по предмету, ни по форме осуществления деятельности надзорная инстанция уже не в состоянии стать альтернативой реализованной форме кассационной проверки, лишь увеличивая число российских проверочных стадий, что критически оценивалось ЕСПЧ. Во-вторых, разумом не воспринимались новации, согласно которым решение Президиума Верховного Суда РФ могли быть предметом неоднократной надзорной проверки (п. 5 ч. 2 ст. 412.1 УПК), причем, по факту, в одном и том же составе суда. Как применительно к окончательной сути проверяемых актов, так и в контексте фундаментального правила *res judicata* теплилась все же надежда на исчерпание средств их перманентной проверки. Закономерно возникали вопросы и в части того, зачем при столь однозначно определенном предмете проверки в нормативную

ткань обновленной кассации были включены предписания, связанные с алгоритмом возможных действий и решений суда по отмене окончательных актов в сторону, ухудшающую положение осужденных/оправданных (ст. 401.6, ч. 5 ст. 401.16 УПК). Исследователи, в частности, прямо указывали, что вектор указанных предписаний находится в явной причинно-следственной связи с категорией справедливости окончательных актов суда, которая не есть предмет оценки кассационных судебных составов. Аналогичным образом констатировались «огрехи» закона, косвенно позволяющие кассационному суду входить в проверку и оценку фактической стороны окончательно разрешенного спора [2; 3, с. 45–41].

Как следствие, можно было, по идее, понять Л.В. Головко, резюмирующего, что Федеральный закон № 433-ФЗ «не только не восстановил, вопреки заявлениям законодателя “классическую кассацию”, но, напротив, извратил институт кассации даже в большей степени, нежели извратило его в свое время советское право» [4, ч. I, с. 419–420]. На общем «фоне» кардинальных новаций указанные констатации не воспринимались серьезно. Предполагалось, что «огрехи» законодательной воли будут вполне нивелированы как наработанным опытом, так и надлежащим правосознанием судей. Определенную лепту в указанный оптимизм вносила и телеологическая установка закона, указывающая на то, что посредством новаций от 29 декабря 2010 года в России «предлагается ввести новый кассационный порядок проверки судебных решений, …основная цель которого заключается в проверке вступивших в законную силу приговоров, …исключительно по вопросам права» [5, с. 2; 6, с. 47].

В итоге, в системе исключительных судебных контрольно-проверочных производств была впервые декларирована целостная система процессуальных гарантий, призванных к обеспечению правила *res judicata*, ценность которого однозначно констатировалась актами ЕСПЧ [7, с. 110–119; 8], Конституционного Суда РФ [9; 10, с. 104–106], Пленума Верховного Суда РФ [11].

Высказывались, правда, и иные суждения, обосновывающие потребность в «реанимации» именно дореформенного предмета кассационной проверки. К примеру, Ю.В. Кувалдина, анализируя нормы Закона № 433-ФЗ, прямо заявляла о том, что требования законности и обоснованности судебных решений неразрывно связаны между собой. Соответственно приговор, «…содержащий выводы, не соответствующие фактическим обстоятельствам дела, заведомо незаконен». Отсюда и вывод: реальная проверка кассационным судом «вопросов права» (юридической законности) *a priori* невозможна без всесторонней проверки тем же судом «вопросов факта» (фактической обоснованности итоговых выводов суда, изложенных в приговоре) [12, с. 14–15].

Тем не менее определяющими виделись все же иные констатации практики, по сути которых, как резюмировалось, судами все более нарабатываются установки о том, что: «фактические обстоятельства преступления, установленные нижестоящими судами, кассационным судом признаются априори и не могут подвергаться сомнению»; «вступившие в законную силу судебные решения по уголовным делам, по вопросам факта считаются окончательными и не могут быть пересмотрены в кассационном порядке» [13, с. 764,781].

Как следствие, в русле озвученных деклараций в принципе не принималась «к учету» известная система «подводных камней», при столкновении с которыми фактически рушилась вся конструкция выстроенных нормативных новаций, призванных и к обеспечению *res judicata*, и материального его выражения в виде формулы *non bis in idem*. Речь, прежде всего, об известных актах ЕСПЧ и конституционного правосудия, по сути которых правило *res judicata*, с одной стороны, констатировалось в качестве незыблемой фундаментальной ценности обеспечения верховенства права в государстве и обществе. С другой стороны, при наличии определенных условий, *res judicata* явно «теряла» и в фундаментальной ценности своих предписаний, и в императивной составляющей незыблемых следствий. Среди первых известны, к примеру, констатации о том, что:

- национальные власти должны уважать обязательную природу окончательного судебного решения, позволяя возобновление уголовного судопроизводства только в случаях, когда правовые основания перевешивают принцип правовой определенности [14, с. 76; 15, с. 5–12];
- основания возобновления производства применительно к актам суда, вступившим в законную силу и не вступившим в законную силу, должны быть принципиально различны [16, с. 119–132; 17];
- пересмотр окончательных актов суда допускается, лишь если это необходимо в силу новых или вновь обнаруженных обстоятельств, в том числе указывающих на судебную ошибку, приведшую к незаконному осуждению. В других случаях окончательные акты судов пересмотру не подлежат [18];
- возможность преодоления окончательности вступивших в законную силу актов суда предполагает установление таких особых процедур и условий их пересмотра, которые отвечали бы прежде всего требованиям правовой определенности, обеспечиваемой признанием законной силы судебных решений, их неопровержимости [19].

Направленность вторых, отметим, была сформирована явно иначе. Так, еще в Постановлении от 2 февраля 1996 года № 4-П Конституционный Суд РФ (далее – Суд) резюмировал, что ошибочное судебное решение не может рассматриваться как справедливый акт правосудия и должно быть исправлено [20].

В Постановлении от 11 мая 2005 г. № 5-П Суд также указывает, что «отсутствие возможности пересмотра окончательного судебного решения в связи с имевшим место в ходе предшествующего разбирательства существенным (фундаментальным)

нарушением, которое повлияло на исход дела, означало бы, …что – вопреки принципу справедливости и основанным на нем конституционным гарантиям охраны достоинства личности и судебной защиты прав и свобод человека – такое ошибочное судебное решение не может быть исправлено» [21].

Постановлением от 16 мая 2007 г. № 6-П, по факту, нивелирована формула *non bis in idem*, ибо Суд резюмирует, что «…исключения из общего правила о запрете поворота к худшему допустимы лишь в качестве крайней меры, когда неисправление судебной ошибки искажало бы саму суть правосудия, смысл приговора, как акта правосудия, разрушая необходимый баланс конституционно защищаемых ценностей, в том числе прав и законных интересов осужденных и потерпевших» [22, 23].

Фактически эта же правовая позиция повторена в Постановлении от 19 марта 2010 г. № 7-П, где Суд констатирует: «…отсутствие возможности пересмотреть ошибочный судебный акт не согласуется с универсальным правилом эффективного восстановления в правах посредством правосудия, отвечающего требованиям справедливости, умаляет и ограничивает право на судебную защиту» [24].

Как следствие, практика реализации исключительных судебных контрольно-проверочных производств и доктрина российского уголовно-процессуального права, как факт, констатируют объективацию антимонии надзорно-кассационной формы проверки [25, с. 23], суть которой составляет диалектическое противоречие идеи *res judicata* и конституционного принципа обеспечения права на судебную защиту нарушенных интересов и прав. Принцип правовой определенности (в нашем случае – *res judicata*) призван к абсолютизации непреодолимой окончательности вступивших в законную силу актов суда. Возведенное в абсолют право на судебную защиту, напротив, декларирует практически не ограниченную, по сути, возможность отмены и изменения постановленных актов суда (в т.ч. являющихся *res judicata*) с целью исправления нарушений закона, допущенных в ходе предшествующего производства по делу. И вследствие указанной антимонии исключительно правильно сбалансированная система надзорно-кассационной формы проверки выступает единственным средством оптимального разрешения данного противоречия как в интересах должного обеспечения *res judicata*, так и в публично-правовом интересе обеспечения интересов и прав заинтересованных лиц на справедливое правосудие и правосудность его итоговых актов [26, с. 119–154].

В целях обеспечения указанного выше баланса законодатель не только ограничил непосредственный предмет проверки и оценки суда кассационной и надзорной инстанции исключительно свойствами законности постановленных актов суда (ст. 401.1, ч. 2 ст. 412.1 УПК), но и дополнительно уточнил, что единственно легитимными нарушениями закона, как основаниями к опровержению *res judicata*, являются существенные и фундаментальные нарушения закона. Причем в причинно-следственной связи последних с неправосудностью проверяемых актов суда (ст. 401.6, ч. 1 ст. 401.15, чч. 1–1 ст. 412.9 УПК). Отсюда и предварительное изучение кассационного/надзорного отзыва как на предмет наличия указанных нарушений закона, так и оценки их существенности (фундаментальности) для инициации собственно процесса проверки в экстраординарных процедурах кассации или надзора (ст. 401.7, ч. 102 ст. 412.5 УПК). В контексте обеспечения *res judicata* предполагалось также оценивать установление строго ограниченных и пресекательных сроков как в плане обжалования окончательных актов суда, так и их возможной отмены (изменения) непосредственно по итогам проверки в кассационном или надзорном суде (ст.ст. 401.6, 412.6 УПК). Конвенциальной гарантией *res judicata* закреплен также порядок принятия итоговых решений в кассационной и надзорной инстанции при обнаружившемся равенстве голосов «за» и «против» изменения (отмены) окончательных актов суда. В явной коллизии презумпции невиновности и правила *res judicata* законодатель избрал приоритет именно последней идеи, в т.ч., видимо, понимая, что факт нарушения (оказался) не столь существен или фундаментален, чтобы быть убедительным для правосознания и установок большинства из отправляющих правосудие судей (ч. 9 ст. 401.13, ч. 8 ст. 412.10 УПК). Весомой гарантией *res judicata* виделись также нормы, устанавливающие категорический по сути запрет на внесение в суд кассационной инстанции новых или повторных кассационных отзывов (ст. 401.17 УПК).

Напротив, в качестве явной гарантии конституционного принципа судебной защиты были нормативно объективированы полномочия Председателя Верховного Суда РФ (его заместителей), во-первых, по отмене решения судьи, отказавшего в постановлении кассационного (надзорного) отзыва на проверку непосредственно суда кассационной (надзорной) инстанции (ч. 3 ст. 401.8, ч. 3 ст. 412.5 УПК). Во-вторых, еще более весомые полномочия указанных лиц не согласиться с решением собственно суда кассационной инстанции и дискреционным своим усмотрением еще раз поставить уголовное дело и окончательный акт на проверку вышестоящего суда кассационной инстанции или непосредственно на рассмотрение Президиума Верховного Суда РФ (ч. 6 ст. 401.14 УПК). В контексте максимального обеспечения судебной защиты законодатель установил и (возможный) инстанционный порядок кассационной проверки, и право к проверке актов, принятых Президиумом Верховного Суда РФ (п. 5 ч. 3 ст. 412.1 УПК).

Можно и далее множить примеры гарантий, входящих в систему обеспечения того или иного начала исследуемой формы проверки, однако указанное вряд ли является оптимальным, так как узловые звенья системы, как представляется, очевидны. Это предмет проверки и оценки суда, сроки к опровер-

жению окончательных актов, основания к инициации процедуры проверки и основания к отмене/изменению окончательных актов суда. На наш взгляд, именно данные маркеры в реальном своем бытии должны наиболее объективно «свидетельствовать» как об истинных векторах в реализации надзорно-кассационной формы проверки, так и об искомом балансе или, напротив, доминировании лишь одной из указанных выше идей. Какие именно векторы возобладали по факту – ответ на этот вопрос есть следствие правосознания и установок конкретных исследователей. Мы, по возможности, постараемся оперировать фактами.

Одними из первых к «правильному» пониманию законодательной воли себя объективировали разъяснения Пленума Верховного Суда РФ от 28 января 2014 г. № 2 [27]. Пленум весьма искусно «снял» возникшие было сомнения в вопросе о том, что, отменяя приговор и направляя дело на новое судебное рассмотрение по мотивам, ухудшающим положение осужденного, суд кассационной инстанции, тем самым, вторгается в оценку справедливости приговора. В суждении пленума, суд в указанной ситуации лишь проверяет вопросы о правильном соблюдении норм Общей части Уголовного кодекса РФ; фактически – проверяет законность (п. 10 постановления), которая является надлежащим предметом кассационной проверки. Как следствие, в этом контексте правомочие кассационного суда на изменение вида и размера наказания, назначенного осужденному, не может быть поставлено под сомнение; не служит и свидетельством нарушения *res judicata*.

Знаковым явилось и разъяснение пленума, по сути которого для дальнейшего обжалования судебного акта, бывшего предметом рассмотрения в Верховном суде республики (президиуме краевого суда…), срок, установленный законом в один год (ч. 3 ст. 401.2 УПК), исчисляется заново – с момента вступления в силу постановления президиума соответствующего суда (абз. 2 п. 7 постановления[1]). Тем самым исключительно усмотрением высшей судебной инстанции была изменена суть пресекательных сроков обжалования и, по факту, установлены два самостоятельных срока для иерархической проверки окончательного акта суда в различных кассационных инстанциях [28, с. 35–38; 29, с. 26–30].

Дальнейшее лоббирование идеи законности (весьма ожидаемо) закончилось тем, что Федеральным законом № 518-ФЗ от 31 декабря 2014 года ч. 3 ст. 401.2 УПК РФ признана утратившей силу [30]. Как следствие, сторона защиты более не ограничена пресекательным сроком для обжалования окончательных актов суда и инициации кассационной отмены окончательных актов в своих интересах.

В той же казуистике предложенных разъяснений весьма «претерпел» и легитимный предмет надзорно-кассационной формы проверки. С одной стороны, пленум однозначен в констатации воли закона, указывая на то, что по сути нового предмета проверки доводы кассационных жалоб, если в них оспаривается правильность установления судом фактических обстоятельств дела (вопросы факта), проверке не подлежат. С другой стороны, им же разъясняется, что если в кассационной жалобе содержится указание на допущенные судом нарушения уголовно-процессуального закона при исследовании или оценке доказательств (например, обоснование приговора недопустимыми доказательствами), повлиявшие на правильность установления судом фактических обстоятельств дела и приведшие к судебной ошибке, такие доводы не должны быть оставлены без проверки [27].

С учетом известного и сакрального отношения судей к указанным разъяснениям, они, естественно, и «…не оставляются». Тем более что для императивной оценки фактической стороны дела и окончательного судебного акта в наличии весомая методологическая, по сути, основа. Исследуя в свое время основания и этапы принятия (всех) процессуальных решений, П.А. Лупинская, как данность, констатировала два исходных посыла:

- на первом – «информационном» этапе – субъект принятия решения, действующий *ex officio*, непосредственно исследуя доказательства, познает юридически значимые фактические обстоятельства дела, которые служат единственно основанием для вынесения процессуального акта. Естественно, информация (фактические обстоятельства) воспринимается субъектом познания не в идеально-абстрактном (информационном) своем состоянии, а через субъективную правовую оценку обстоятельств предмета доказывания соотнесенных с конкретными нормами материального права. В итоге, по факту, мы имеем дело с непрерывной правовой интерпретацией субъектом познания как факта исследуемого деяния, так и его юридически значимых признаков. Результаты этой интерпретации объективируется в виде внутреннего убеждения (выводов) субъекта познания как о юридической квалификации содеянного, так и о фактической стороне познаваемого явления, отражаясь в обосновании и мотивировке принимаемого решения;

- на втором («правоприменительном») этапе установленные фактические обстоятельства дела (деяния), через правосознание и внутреннюю убежденность субъекта познания, соотносятся с определенными правовыми условиями принятия процессуального решения и его легитимными целями. Как следствие, формируется убежденность о наличии (отсутствии) системы условий (основания) для принятия искомого процессуального решения. На основе этого вывода и принимается властное правовое решение [31, с. 37–40].

Указанный алгоритм в т.ч. является аксиомой и для принятия решений кассационным и надзорным судом. Особенности познания видятся лишь в том,

[1] В настоящее время эта «новация» пленума устранена, и в новой редакции п. 7 (в ред. Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 03.03.2015 г. № 9) подобных «разъяснений» более нет.

что по итогам «информационного» этапа познания у суда вышестоящей инстанции формируется убежденность либо:

- о тождестве выводов (правовых интерпретаций) суда нижестоящей и вышестоящей инстанции о познанных фактических обстоятельствах дела. Как следствие, объективируется решение: оснований к отмене или изменению проверяемых актов суда – не установлено;

- об определенном различии в итоговых выводах (правовых интерпретациях содеянного) суда нижестоящего и вышестоящего. Последнее, как следствие, являет одно из оснований к отмене, изменению решения нижестоящего суда в суде кассационной/надзорной инстанции.

Повторимся, именно по итогам оценки второго уровня: когда «модель» правовой интерпретации суда вышестоящей инстанции мысленно сравнивается с «моделью» интерпретации нижестоящего суда (при неизменной сути самих фактических обстоятельств), принимается решение о соответствии/несоответствии выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела (ст. 389.16 УПК). Отсюда, итожим: единственно возможным алгоритмом к проверке и вынесению решений в суде вышестоящей инстанции является обращение к средствам проверки как первого, так и второго уровня.

Значит ли указанное, что непосредственным предметом проверки в кассационном или надзорном суде, по факту, выступает и категория «обоснованности» проверяемых актов; что законодательно определенный предмет проверки окончательных актов суда изначально не верен? Полагаем, что нет, ибо процесс познания и принятия решений в вышестоящем суде должен быть интерпретирован исключительно в следующем правовом контексте:

- самостоятельная оценка судом кассационной (надзорной) инстанции фактических обстоятельств дела (объективированных в качестве письменных доказательств) в принципе не означает того, что по итогам этой оценки эти обстоятельства будут пересмотрены или существенно изменятся в своей фактической сути. Фактические обстоятельства дела – явления объективной реальности. Они не зависят ни от субъекта проверки, ни от ее этапа, ни от используемых познавательных средств. Фактические обстоятельства *a priori* неизменны в своей фактической сути;

- единственное, что может измениться или объективироваться в качестве (конвенциального) тождества, – это юридическая интерпретация указанных обстоятельств тем или иным субъектом познания. Последняя, в свою очередь, есть (мыслительный, впоследствии – практический) **процесс применения права** к конкретно познанным фактическим обстоятельствам дела. По факту, процесс **правильного применения закона** к самостоятельно познанным обстоятельствам (фактам). Как следствие, правомерен и вывод: вышестоящий суд функционирует в рамках легитимного предмета проверки (оценивая лишь правильность/неправильность применения права). В указанной интерпретации и «…несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре фактическим обстоятельствам дела», – не более чем правильное применение материального права вышестоящим судом к правильно интерпретированным им же фактическим обстоятельствам дела. В итоге, «…и овцы целы, и волки сыты».

В контексте обеспечения права заинтересованных лиц на доступ к судебной защите (по факту – обеспечения публичной законности) весьма широко используется и такое чрезвычайное средство, как полномочия Председателя Верховного Суда РФ (его заместителей) по внесению жалобы непосредственно в суд кассационной или надзорной инстанции (ч. 3 ст. 401.8, ч. 6 ст. 401.14 УПК). Более того, эти правомочия уже трансформированы правосознанием судей. И к настоящему времени, как резюмируется, в Верховном Суде РФ вполне сформирована практика отмены постановлений судей об отказе в передаче кассационных и надзорных жалоб, представлений для рассмотрения в судебном заседании соответствующего суда и передачи в связи с этим жалоб либо на новое рассмотрение другому судье, либо для их разрешения по существу в суде кассационной или надзорной инстанции [32].

Не важно, что судья, предварительно изучавший доводы отзыва, не усмотрел ни существенного, ни фундаментального нарушения закона, явно исказившего смысл правосудия и окончательного судебного акта. Конституционному принципу судебной защиты должен быть *a priori* предоставлен дополнительный шанс – иной судья может что-то и обнаружит, или непосредственно кассационная инстанция ему в этом поможет. Ведь с каждой новой проверкой гарантии правосудности, как итожит доктрина [26, с. 153], значительно возрастают.

Не является нарушением *res judicata* и нарабатываемая практика реализации кассационной проверки по факту поступления повторных или новых кассационных жалоб одного и того же кассатора. Определяющими для подобных векторов практики при этом стали не нормы закона (ст. 401.17 УПК), а акты конституционного правосудия. По сути последних: «…нормативный запрет на подачу кассационной жалобы тем же лицом, в том числе после того, как предыдущая его жалоба была отвергнута, не является препятствием для устранения судом экстраординарной судебной инстанции существенных нарушений уголовного и (или) уголовно-процессуального закона, повлиявших на исход дела, которые не предполагают отказ в рассмотрении жалобы в случае обнаружения ранее не выявленной судебной ошибки, подлежащей исправлению» [33]. Отсюда и бесчисленные по сути «повторы» – как весомые гарантии обеспечения конституционной судебной защиты.

Тем более со временем выяснилось, что инстанционная последовательность пересмотра оконча-

тельных актов суда в принципе не является нарушением или ущемлением *res judicata*. Поясним, в контексте анализа сути и итоговых выводов Решения ЕСПЧ от 12 мая 2015 г. «Роберт Михайлович Абрамян против Российской Федерации» № 38951/13 [34], по сути, поставлена под сомнение сама обоснованность применения этого правила применительно к экстраординарному кассационному производству. Напомним кратко суть (разрешенного) спора и систему итоговых выводов ЕСПЧ.

Суть дела: заявители обжалуют решение президиума Краснодарского краевого суда, которым отменено окончательное решение нижестоящей судебной инстанции, вынесенное в интересах заявителей; заявители полагают, что тем самым нарушены не только их интересы, но и требование правовой определенности (как в части окончательно установленных судом правовых отношений, так и окончательно определенного статуса заявителей).

Доводы государства-ответчика: обращение заявителей подано за пределами предельного срока, установленного для обжалования в ЕСПЧ; как следствие, данная жалоба неприемлема для рассмотрения по существу;

- окончательным решением для этого дела следует считать решение судьи Верховного Суда РФ, которым отказано в передаче кассационной жалобы заявителей на рассмотрение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ, а не решение заместителя председателя данного суда, которым указанное решение признано законным и обоснованным;

- заявители не исчерпали национальные средства судебной защиты, так как не обращались с надзорной жалобой в Президиум Верховного Суда РФ. Власть утверждает, что в результате изменений, внесенных в ГПК РФ Федеральным законом № 353-ФЗ[2], (реформированные) кассационное и надзорное производство уже не могут характеризоваться как экстраординарные средства судебной защиты и в настоящее время являются эффективным средством восстановления нарушенных интересов и прав, подлежащим исчерпанию для целей обращения в ЕСПЧ (ст. 35 Конвенции);

- в результате реформ устранена и, ранее столь критикуемая ЕСПЧ [35–37], множественность надзорных инстанций. В действующей редакции закона в качестве надзорной инстанции выступает исключительно Президиум Верховного Суда РФ; следовательно, более нет опасений, что окончательный акт суда будет перманентно и вне ясно установленных сроков пересматриваться в различных надзорных инстанциях (п. 65).

Общие принципы и заключение Суда: рассмотрев все аспекты нового кассационного производства, ЕСПЧ полагает, что более нет причин считать, что эта процедура проверки является исключительным средством возобновления судебного разбирательства дела, а не обычным обжалованием по вопросам права, аналогичным существующему в правовых системах иных государств-участников Конвенции. Отсюда будет оправданным требовать, чтобы потенциальные заявители в ЕСПЧ сначала использовали (исчерпали) доступные средства правовой защиты, предлагаемые новым кассационным порядком России (п. 81).

ЕСПЧ утверждает, что в ходе реформы неопределенность «дореформенного» надзорного порядка проверки судебных решений практически полностью минимизирована следующими нормативными новациями[3]:

- введено нормативное ограничение нового кассационного производства исключительно проверкой окончательного акта суда в двух кассационных инстанциях[4], тогда как до реформы надзорные жалобы могли быть поданы в три суда надзорной инстанции (п. 76);

- установлены определенные сроки как для принятия решения по жалобам кассаторов единолично судьей, предварительно изучающим жалобу, так и для ее рассмотрения по существу непосредственно в кассационном суде (п. 77). Аналогичные сроки установлены для кассационной формы проверки в Судебной коллегии Верховного Суда РФ (п. 78)[5]; указанное, по идее, «снимает» имевшуюся неопределенность в этих моментах. ЕСПЧ, правда, высказывает сомнения в том, что указанные сроки будут правильно применяться на практике; тем не менее для целей проверки в ЕСПЧ всегда можно определить финальную точку в производстве по делу (пп. 79, 80);

- одним из этих «финальных» моментов, в т.ч. свидетельствующим об исчерпании доступных средств национальной судебной защиты, является решение судьи Верховного Суда РФ с отказом на внесение жалобы кассаторов на рассмотрение непосредственно суда высшей кассационной инстанции. Установленная законом возможность к отмене этого решения посредством властных полномочий Председателя Верховного Суда РФ (его заместителей)[6], напротив, не является доступным средством защиты. Причины указанного, во-первых, в том, что реа-

[2] Применительно к уголовному судопроизводству России аналогичные по сути реформы реализованы Федеральным законом от 29 декабря 2010 г. № 433-ФЗ (mutatis mutandis).

[3] Оговоримся, для гражданского процессуального производства конвенциально имеются в виду новации, внесенные в ГПК РФ Федеральным законом № 353-ФЗ (mutatis mutandis); для уголовно-процессуального кассационного производства – Федеральным законом № 433-ФЗ (mutatis mutandis).

[4] Нормами ч. 2 ст. 401.2 УПК РФ, по сути, аналогично этот вопрос решен и для уголовно-процессуального порядка кассационной проверки окончательных судебных решений (Федеральный закон № 433-ФЗ).

[5] По сути, аналогично этот вопрос решен и для уголовно-процессуального порядка кассационной проверки окончательных судебных решений (ст. 401.7 УПК).

[6] Для уголовно-процессуального порядка кассационной формы проверки аналогичные полномочия Председателя Верховного Суда РФ (его заместителей) установлены нормами ч. 3 ст. 401.8 УПК РФ.

лизация этой судебной защиты зависит от дискреционных полномочий государственных должностных лиц, а это неприемлемо для ЕСПЧ. Во-вторых, реализация указанной дискреции не оговорена строго установленным сроком; как следствие, последнее создает явную неопределенность в вопросах судебной защиты (п. 81). В итоге, обращение заявителей к Председателю Верховного Суда РФ (его заместителям) с просьбой о внесении жалобы непосредственно на кассационное рассмотрение объективируется в качестве чрезвычайного средства судебной защиты и, для целей ст. 35 Конвенции, должно рассматриваться в качестве отдельного средства защиты – в принципе отличного от кассации;

- ЕСПЧ также утверждает, что обновленные кассационные основания столь эффективны, что позволяют кассаторам представлять в Верховный Суд РФ требования об устранении таких нарушений, которые по факту составляют суть конвенционной жалобы. Их оценка и устранение Высшим кассационным судом России (судебной коллегией Верховного Суда РФ), в свою очередь, способствует укреплению диалога между судебной системой Российской Федерации и органами Конвенции, тем самым полностью воплощая принцип субсидиарности (пп. 86, 96).

Итоговый вывод лаконичен и ясен: новое кассационное производство России является доступным и эффективным национальным средством защиты. Соответственно это средство *a priori* подлежит «исчерпанию» сторонами, а правовая определенность никак не умаляется в своей сути вследствие того, что тождественные доводы и притязания сторон, по факту, оцениваются и проверяются в четырех национальных судебных инстанциях (п. 94)[7].

Принципиально иная оценка дана (реформированному) надзорному производству Российской Федерации. Здесь ЕСПЧ однозначен: данное производство не является доступным и эффективным средством судебной защиты. Во-первых, надзорная жалоба может быть подана только по ограниченным основаниям. Во-вторых, как по предмету, так и по процедурам проверки надзорное производство не служит альтернативой кассационному производству, уже всесторонне реализованному (по тому же предмету и тем же вопросам) в Судебной коллегии Верховного Суда РФ (п. 98). В-третьих, надзорная жалоба подлежит изучению только в том случае, если данное дело было рассмотрено по существу в Судебной коллегии Верховного Суда РФ (п. 99). В-четвертых, инициация надзорного производства решением Председателя Верховного Суда РФ находится в прямой зависимости от его дискреционного усмотрения, а это остается за пределами нормальной структуры внутригосударственных средств правовой защиты (п. 102). С учетом изложенного надзорная жалоба и надзорный порядок не являются средством эффективной правовой защиты, подлежащим исчерпанию для целей ст. 35 Конвенции.

Резюмируем суть указанных констатаций. Во-первых, предметом внимания ЕСПЧ, в принципе, не являются процедуры кассационной проверки в президиуме суда субъекта Российской Федерации (территориальные кассационные суды – по терминологии ЕСПЧ). Ни этой инстанции, ни анализа возможных проблем ее процессуальной формы как бы не существует для ЕСПЧ. В решении № 38951/13, без обсуждения и апелляций, как данность, презюмирован вывод о том, что исчерпание этой формы судебной защиты есть императив для заявителей в ЕСПЧ. Между тем напомним, что предметом проверки в этой инстанции также является акт суда, характеризуемый как *res judicata*. И исключительно в российской «традиции» он подлежит проверке еще в одной кассационной инстанции.

Во-вторых, при этой системе предложенных выводов однозначен и факт, что, если по итогам изучения жалобы в Верховном Суде РФ последняя будет поставлена на разрешение непосредственно суда кассационной инстанции (Судебной коллегии Верховного Суда РФ), этот процессуальный порядок так же *a priori* подлежит исчерпанию для целей ст. 35 Конвенции. Стороны ведь не апеллировали к чрезвычайным полномочиям Председателя Верховного Суда РФ (его заместителей), следовательно, им предоставлены доступные и эффективные национальные средства судебной защиты.

В-третьих, ЕСПЧ удовлетворен как доводами государства-ответчика, так и непосредственно итогами реформ, посредством которых российская кассация стала столь эффективной, что в принципе утратила характер экстраординарной формы проверки. ЕСПЧ с одобрением воспринимает порядок, при котором окончательные акты суда проверяются только в двух кассационных инстанциях, а не в трех надзорных, как ранее. Между тем доктриной российского права давно обоснованы тезисы, согласно которым вектор указанных реформ, по сути, «свелся» к смене вывесок в российской судебной системе. Две дореформенные надзорные инстанции легко «переименовали» в кассационные; «вменили» им надзорно-кассационную форму проверки; оставили сугубо надзорные полномочия (etc.). Как результат, объявили, что это доступная и эффективная форма защиты, основанная на европейских стандартах. ЕСПЧ не только согласился с последним, но и явно «усмотрел» в ней аналоги европейской системы (п. 76).

На деле же, как резюмирует большинство представителей российской доктрины, между кассационной (гл. 47.1 УПК) и надзорной формой (гл. 48.1 УПК) проверки нет принципиальных различий [38; 26, с. 10–11]. Как следствие, в отличие от ЕСПЧ, мы не видим в указанном тождестве одновременно и эффективную (европейскую, по сути) кассацию, и экстраординарный (недоступный) порядок надзорной проверки окончательных актов суда. Мы видим

[7] Речь идет о правосудии в суде первой, апелляционной, нижестоящей и вышестоящей кассационной инстанциях.

принципиально иное, а именно: если практика (вполне ожидаемо) воспримет систему итоговых выводов ЕСПЧ, изложенных в решении № 38951/13, доступ в ЕСПЧ будет, по сути, закрыт до «исчерпания» заявителями не только двух кассационных инстанций, но и всецело аналогичного им надзорного производства[8].

Указанный порядок, возможно, и поспособствует «…укреплению диалога между судебной системой Российской Федерации и органами Конвенции», однако вряд ли будет оценен в качестве реальной гарантии *res judicata*, на фундаментальной ценности которого так акцентировали внимание ЕСПЧ, Конституционный Суд РФ и отчасти доктрина. По сути сугубо публичных тенденций российской правоприменительной практики последний оказался явно низложен непреходящей ценностью российской законности, которая теперь искусно вуалируется идеей обеспечения конституционного принципа судебной защиты.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Потапов В.Д.* О коллизиях в предмете кассационной и надзорной проверки окончательных актов суда // Российский следователь. 2012. № 18. С. 20–24.
2. *Апелляция*, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ, УПК РФ: первый опыт критического осмысления / под ред. Н.А. Колоколова. М.: Юристъ, 2011. 188 с.
3. *Ковтун Н.Н.* Апелляционное, кассационное и надзорное производство в уголовном процессе: изъяны законодательных новелл // Уголовный процесс. 2011. № 3. С. 41–45.
4. *Апелляция*, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ, УПК РФ. Первые результаты применения: монография. В 2 ч. Ч. I / под общ. ред. докт. юрид. наук, проф. Н.А. Колоколова. М., 2015. С. 419–420 (автор гл. 2 разд. 2 – Л.В. Головко).
5. *Пояснительная* записка «К проекту федерального закона «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
6. *Давыдов В.А.* Пересмотр судебных решений по уголовным делам: о некоторых законодательных новеллах накануне их применения // Уголовный процесс. 2012. № 11. С. 47–51.
7. *Постановление* ЕСПЧ от 24 июля 2003 г. Дело «Рябых (Ryabykh) против Российской Федерации» (жалоба № 52854/99) // Журнал российского права. 2004. № 5. С. 110–119.
8. *Постановление* Европейского суда по правам человека от 20 июля 2004 г. Дело «Никитин (Nikitin) против Российской Федерации» (жалоба № 50178/99). // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
9. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 11 мая 2005 г. № 5-П // Российская газета. 2005. 20 мая.
10. *Определение* Конституционного Суда РФ от 3 апреля 2012 г. № 662-О-Р // Вестник Конституционного Суда РФ. 2012. № 6. С. 104–106.
11. *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ от 11 декабря 2012 г. № 31 «О применении норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении судами заявлений, представлений о пересмотре по вновь открывшимся или новым обстоятельствам вступивших в законную силу судебных постановлений» // Российская газета. 2012. 21 декабря.
12. *Кувалдина Ю.В.* Обжалование приговоров, постановленных в особом порядке: настоящее и будущее // Уголовное судопроизводство. 2011. № 3. С. 14–15.
13. *Практика* применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации / под общ. ред. В.М. Лебедева. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2013. С. 764, 781 (автор гл. 10 – В.А. Давыдов).
14. *Решение* ЕСПЧ от 9 марта 2006 г. «По вопросу приемлемости жалобы № 72776/01 «Афанасий Семенович Братякин (Afanasy Semenovich Bratyakin) против Российской Федерации» // Российская юстиция. 2006. № 11. С. 76.
15. *Постановление* ЕСПЧ от 27 июля 2006 г. (жалоба № 58079//00) «Фадин против Российской Федерации» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2007. № 11. С. 5–12.
16. *Постановление* ЕСПЧ от 24 мая 2007 г. Дело «Радчиков (Radchikov) против Российской Федерации» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2007. № 10. С. 119–132.
17. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 17 июля 2002 г. № 13-П // Собрание законодательства РФ. 2002. № 31. Ст. 3160.
18. *Определение* Конституционного Суда РФ от 3 июля 1997 г. № 87-О // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
19. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П // Собрание законодательства РФ. 2007. № 7. Ст. 932.
20. *Собрание* законодательства РФ. 1996. № 7. Ст. 701.
21. *Российская* газета. 2005. 20 мая.
22. *Российская* газета. 2007. 2 июня.

[8] При условии, конечно, что судья Верховного Суда РФ «не исчерпает» в порядке п. 1 ч. 2 ст. 401.8 УПК РФ столь широкие возможности доступной судебной защиты несколько ранее и заявители, наконец, получат легитимный доступ к субсидиарному средству защиты их нарушенных прав – в лице Европейского суда по правам человека.

23. *В контексте* итоговых выводов Постановления КС РФ № 16-П от 2 июля 2013 г. эти векторы обозначены еще более прямо. См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 2 июля 2013 г. № 16-П «По делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 237 УПК РФ в связи с жалобой гражданина Республики Узбекистан Б.Т. Гадаева и запросом Курганского областного суда».
24. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 19 марта 2010 г. № 7-П // Собрание законодательства РФ. 2010. № 14. Ст. 1734.
25. *Краткая* философская энциклопедия. М., 1994. С. 23.
26. Подробнее см.: *Дикарев И.С.* Надзорно-кассационная форма пересмотра судебных решений в уголовном процессе: монография / общ. ред. и предисл. В.А. Давыдов. Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2016. С. 119–154.
27. *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ от 28 января 2014 г. № 2 «О применении норм главы 47.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции» // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
28. *Дикарев И.* Об основаниях пересмотра приговоров, определений и постановлений суда в кассационном и надзорном порядке // Российская юстиция. 2014. № 3. С. 35–38.
29. *Ковтун Н.Н.* Кассационное производство: насколько оправданы лапидарные разъяснения пленума // Уголовное судопроизводство. 2014. № 2. С. 26–30.
30. *Федеральный* закон от 31 декабря 2014 г. № 518-ФЗ «О внесении изменений в статьи 401.2 и 412.2 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов Российской Федерации» // Российская газета. 2015. 12 января. № 6572.
31. *Лупинская П.А.* Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство, практика. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: Инфра-М, 2010. С. 37–40.
32. См.: *Архив* Верховного Суда РФ за 2014 г. Материал № 33-УКС14-99; *Архив* Верховного Суда РФ за 2015 г. Материал № 44-ун15-332.
33. *Определение* Конституционного Суда РФ от 4 октября 2011 г. № 1460-О-О. // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
34. *Решение* ЕСПЧ от 12 мая 2015 г. «По вопросу приемлемости жалобы № 38951/13 «Роберт Михайлович Абрамян (Robert Mikhaylovich Abramyan) против Российской Федерации», жалобы № 59611/13 «Сергей Владимирович Якубовский (Sergey Vladimirovich Ykubovskiy) и Алексей Владимирович Якубовский (Aleksey Vladimirovich Ykubovskiy) против Российской Федерации» // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
35. *Решение* ЕСПЧ по делу: «Мартынец против Российской Федерации» (Martynets v. Russia), жалоба № 29612/09, ECHR 2009. // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
36. Решение ЕСПЧ по делу: «Тумилович против Российской Федерации» (Tumilovich v. Russia) от 22 июня 1999 г., жалоба № 47033/99. // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
37. *Решение* ЕСПЧ по делу: «Денисов против Российской Федерации» (Denisov v. Russia) от 6 мая 2004 г., жалоба № 33408/03. // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
38. *Потапов В.Д.* Основные начала проверки судебных решений в контрольно-проверочных стадиях и производствах уголовного судопроизводства России: дис. … д-ра юрид. наук. М., 2013. 483 с.

SUPERVISORY AND CASSATIONAL FORM OF JUDGMENT REVIEW IN THE RUSSIAN "TRADITION", THE ECHR ACTS AND ACTS OF CONSTITUTIONAL JUSTICE

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 45–55. DOI 10.17223/23088451/7/8
Kovtun Nikolay N., Higher School of Economics (Nizhny Novgorod, Russian Federation). E-mail: kovtunnnov@mail.ru

Keywords: appeal proceedings, res judicata, "questions of law" and "questions of fact", subject of review and court assessment.

The article analyses the compliance of the new Russian cassational procedure with the fundamental principle of *res judicata*, its consequences and, in general, publicly stated goals of reform implemented through the adoption and implementation of Federal Law № 433-FZ of December 29, 2010. As the majority of representatives of the Russian doctrine sum up, there are no fundamental differences between cassational (Chapter 47.1 of the Criminal Procedure Code) and supervisory (Chapter 48.1 of the Criminal Procedure Code) forms of review. As a consequence, unlike the ECHR, there is neither efficient (European, in fact) cassation nor extraordinary (unavailable) procedure for the supervisory review of the final court acts. If the practice (as expected) employs the system of the ECHR final conclusions from Resolution №38951/13, the access to the ECHR will be restricted until the applicant has appealed to two courts of appeals and their entirely similar supervisory proceedings.

This procedure may contribute to "the strengthening of the dialogue between the Russian judicial authorities and the Convention system"; however, it is unlikely to be appreciated as a real guarantee of *res judicata* the fundamental values of which were in the focus of the ECHR, the Constitutional Court of the Russian Federation and, to some extent, the doctrine. In fact, in terms of purely public trends in the Russian law enforcement practice, it was clearly deposed by the enduring value of the Russian law, which is now cleverly veiled by the idea of ensuring the constitutional principle of judicial protection.

REFERENCES

1. Potapov, V.D. (2012) Collisions in the object of a cassational or supervisory review of final judicial acts. *Rossiyskiy sledovatel' – Russian Investigator*. 18. pp. 20-24. (In Russian).
2. Kolokolov, N.A. (ed.) (2011) *Apellyatsiya*, *kassatsiya*, *nadzor: novelly GPK RF*, *UPK RF: pervyy opyt kriticheskogo osmysleniya* [Appeal, cassation, surveillance: Novellas of the Code of Civil Procedure and Code of Criminal Procedure of the Russian Federation: The first experience of critical thinking]. Moscow: Yurist".
3. Kovtun, N.N. (2011) Apellyatsionnoe, kassatsionnoe i nadzornoe proizvodstvo v ugolovnom protsesse: iz"yany zakonodatel'nykh novell [Appeal, cassational and supervisory proceedings in the criminal process: Shortcomings of legislative novellas]. *Ugolovnyy protsess*. 3. pp. 41-45.
4. Kolokolov, N.A. (ed.) (2015) *Apellyatsiya*, *kassatsiya*, *nadzor: novelly GPK RF*, *UPK RF: Pervye rezul'taty primeneniya* [Appeal, cassation, surveillance: Novellas of the Code of Civil Procedure and Code of Criminal Procedure of the Russian Federation: The first results]. Moscow: Yurist".
5. Russian Federation. (n.d.) *Explanatory notes "To the draft of the Federal Law On Amendments to the Criminal Procedure Code of the Russian Federation and the Annulment of Certain Legislative Acts (Provisions of Legislative Acts) of the Russian Federation"*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=PRJ;n=99818. (In Russian).
6. Davydov, V.A. (2012) Peresmotr sudebnykh resheniy po ugolovnym delam: o nekotorykh zakonodatel'nykh novellakh nakanune ikh primeneniya [Review of judicial decisions on criminal cases: On some legislative novellas before their application]. *Ugolovnyy protsess*. 11. pp. 47-51.
7. ECHR. (2004) Ryabykh v. Russia Judgment of July 24, 2003 (Claim № 52854/99). *Zhurnal rossiyskogo prava – Journal of Russian Law*. 5. pp. 110-119. (In Russian).
8. ECHR. (2004) *Nikitin v. Russia Judgment of July 20*, *2004 (Claim № 50178/99)*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=472. (In Russian).
9. Constitutional Court of the Russian Federation. (2005) Postanovlenie Konstitutsionnogo Suda RF ot 11 maya 2005 g. №5-P [Resolution of the Constitutional Court on May 11, 2005 №5-P]. *Rossiyskaya gazeta*. 20th May.
10. Constitutional Court of the Russian Federation. (2012) Opredelenie Konstitutsionnogo Suda RF ot 3 aprelya 2012 g. № 662-O-R [Resolution of the Constitutional Court of April 3, 2012 № 662-O-P]. *Vestnik Konstitutsionnogo Suda RF*. 6. pp. 104-106.
11. Supreme Court of the Russian Federation. (2012) Resolution № 31 of the Plenum of the Supreme Court on December 11, 2012 "On the application of the norms of the Civil Procedure Code of the Russian Federation by the courts when considering applications for review of submissions to newly discovered or new circumstances of court decisions coming into force". *Rossiyskaya gazeta*. 21st December. (In Russian).
12. Kuvaldina, Yu.V. (2011) Obzhalovanie prigovorov, postanovlennykh v osobom poryadke: nastoyashchee i budushchee [Appealing verdicts under special procedure: Present and Future]. *Ugolovnoe sudoproizvodstvo – Criminal Judicial Proceeding*. 3. pp. 14-15.
13. Lebedev, V.M. (ed.) (2013) *Praktika primeneniya Ugolovno-protsessual'nogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii* [The practice of the Russian Federation Code of Criminal Procedure]. Moscow: Yurayt.
14. ECHR. (2006a) ECHR Judgment of March 9, 2006, On the admissibility of Complaint № 72776/01 Afanasy Semenovich Bratyakin v. Russia. *Rossiyskaya yustitsiya – Russian Justitia*. 11. p. 76. (In Russian).
15. ECHR. (2006b) Fadin v. Russia Judgment of July 27, 2006 (Complaint № 58079//00). *Byulleten' Evropeyskogo suda po pravam cheloveka*. 11. pp. 5-12. (In Russian).
16. ECHR. (2007) Radchikov v. Russia Judgment of May 24, 2007. *Byulleten' Evropeyskogo suda po pravam cheloveka*. 10. pp. 119-132. (In Russian).
17. Constitutional Court of the Russian Federation. (2002) Resolution № 13-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 17, 2002. *Sobranie zakonodatel'stva RF*. 31. Art. 3160. (In Russian).
18. Constitutional Court of the Russian Federation. (1997) *Resolution № 87-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 3*, *1997*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=6074. (In Russian).
19. Constitutional Court of the Russian Federation. (2007) Resolution № 2-P of the Constitutional Court of the Russian Federation dated February 5, 2007. *Sobranie zakonodatel'stva RF*. 7. Art. 932. (In Russian).
20. *Sobranie zakonodatel'stva RF* [Legislation Bulletin of the Russian Federation]. (1996) 7. Art. 701.
21. *Rossiyskaya gazeta*. (2005) 20th May.
22. *Rossiyskaya gazeta*. (2007) 2nd June.
23. Constitutional Court of the Russian Federation. (2013) *Resolution № 16-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 2*, *2013 On the constitutionality of the provisions of Part 1 Art. 237 Criminal Procedure Code of the Russian Federation in connection with the complaint of the citizen of the Republic of Uzbekistan B.T. Gadaev and request from the Kurgan Regional Court*. (In Russian).
24. Constitutional Court of the Russian Federation. (2010) Resolution № 7-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of March 19, 2010. *Sobranie zakonodatel'stva RF*. 14. Art. 1734.
25. Gubskiy, E.F., Korableva, G.V. & Lutchenko, V.A. (eds) (1994) *Kratkaya filosofskaya entsiklopediya* [The Brief Encyclopedia of Philosophy]. Moscow: Progress.
26. Dikarev, I.S. (2016) *Nadzorno-kassatsionnaya forma peresmotra sudebnykh resheniy v ugolovnom protsesse* [Supervisory and cassational review of judicial decisions in criminal proceedings]. Volgograd: Volgograd State University.
27. Supreme Court of the Russian Federation. (2014) *Resolution № 2 of the Plenum of the Supreme Court on January 28*, *2014 "On the application of the rules of Chapter 47.1 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation governing the*

proceedings in the court of cassation". [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc; base=LAW;n=176029. (In Russian).
28. Dikarev, I. (2014) On the grounds of review of sentences, rulings and resolutions of the court of cassation and supervisory procedure. *Rossiyskaya yustitsiya – Russian Justitia*. 3. pp. 35-38. (In Russian).
29. Kovtun, N.N. (2014) Cassational proceeding: to what extent the lapidary explanations of the plenum are justified. *Ugolovnoe sudoproizvodstvo – Criminal Judicial Proceeding*. 2. pp. 26-30. (In Russian).
30. Russian Federation. (2015) Federal Law № 518-FZ of December 31, 2014, "On Amendments to Articles 401.2 and 412.2 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation and the Annulment of Certain Legislative Acts of the Russian Federation". *Rossiyskaya gazeta*. 12th January.
31. Lupinskaya, P.A. (2010) *Resheniya v ugolovnom sudoproizvodstve: teoriya*, *zakonodatel'stvo*, *praktika* [Decisions in the criminal trial: Theory, legislation, practice]. 2nd ed. Moscow: Norma: Infra-M.
32. *The Archives of the Supreme Court of the Russian Federation*. (2014) Material № 33-UKS14-99.
33. Constitutional Court of the Russian Federation. (2011) *Resolution № 1460-O-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of October 4*, *2011*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB; n=236296. (In Russian).
34. ECHR. (2015) *ECHR Resolution of May 12*, *2015*, *On admissibility of Application №38951/13 Robert M. Abrahamyan v. Russia*, *Sergey Jakubowski and Alexey Jakubowski v. Russia (Complaint №59611/13)*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=446476. (In Russian).
35. ECHR. (2009) *Martynets v. Russia (Complaint № 29612/09*, *ECHR 2009)*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=149398&fld=134&rnd=214990.604562211596513&. (In Russian).
36. ECHR. (1999) *Tumilovich v. Russia Judgment of June 22*, *1999 (Complaint № 47033/99)*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=9724. (In Russian).
37. ECHR. (2004) *Denisov v. Russia Judgment of May 6*, *2004 (Complaint № 33408/03)*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=40281. (In Russian).
38. Potapov, V.D. (2013) *Osnovnye nachala proverki sudebnykh resheniy v kontrol'no-proverochnykh stadiyakh i proizvodstvakh ugolovnogo sudoproizvodstva Rossii* [The basic principles of the judgments review in control and review stages of criminal proceedings in Russia]. Law Dr. Diss. Moscow.

УДК 343.1 DOI 10.17223/23088451/7/9

А.А. Михайлов

ПРИНЦИП ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ: СУЩНОСТЬ, ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ЕВРОПЕЙСКИМ СУДОМ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА, КОНСТИТУЦИОННЫМ СУДОМ РФ И ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ СИСТЕМЫ ДОКАЗЫВАНИЯ В СОВРЕМЕННОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РОССИИ

Статья посвящена раскрытию сущности принципа пропорциональности и анализу практики его применения Европейским судом по правам человека и Конституционным Судом РФ при аргументировании ими своих решений, в том числе касающихся сферы уголовного процесса. В ходе исследования принципа пропорциональности автор отвечает на следующие вопросы: 1) почему данный принцип успешно завоевал общеевропейское правовое пространство и проник во внутригосударственные правопорядки стран с различными правовыми системами; 2) каким образом он реализуется в российской правовой системе, в том числе в уголовном судопроизводстве; 3) какое значение он может иметь для совершенствования системы доказывания в современном уголовном процессе России.

Ключевые слова: *принцип пропорциональности*, *соразмерность*, *уголовный процесс*, *доказывание.*

Принцип пропорциональности к настоящему времени прочно закрепился в практике Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) и активно используется последним для определения допустимости ограничений прав и свобод, предусмотренных Конвенцией о защите прав человека и основных свобод 1950 года. В литературе, посвященной его исследованию, отмечается, что концепция пропорциональности выражена уже в первых решениях ЕСПЧ, в том числе в постановлении от 1 июля 1961 года по делу «Лоулесс против Ирландии» (Lawless v. Ireland) [1, p. 262]. К числу решений, также направленных на формирование концепции пропорциональности в практике ЕСПЧ, следует отнести его постановление от 23 июля 1968 года по делу о языках в Бельгии (Belgian Linguistic case), в котором ЕСПЧ отметил, что принцип равенства нарушается, если различие не имеет объективного и разумного оправдания. Существование такого оправдания должно оцениваться в отношении к цели и результатам рассматриваемой меры, с учетом принципов, обыкновенно преобладающих в демократических обществах. Различие в обращении при осуществлении какого-либо права, установленного Конвенцией, должно не только преследовать законную цель – статья 14 равным образом нарушается, когда ясно установлено отсутствие разумного отношения соразмерности между использованными средствами и искомой целью [2, с. 111].

При этом как таковой тест на пропорциональность вмешательства органов государства в осуществление прав частных лиц первоначально был применен ЕСПЧ в деле «Хендисайд против Великобритании» (Handyside v. United Kingdom) [3, p. 184], решение по которому было вынесено 7 декабря 1976 года.

Ранее, в 1950 – 1960-х годах, концепция пропорциональности нашла отражение в серии дел, рассмотренных Европейским судом справедливости [3, p. 185]. При этом европейским правом и практикой данная концепция была воспринята из конституционного права послевоенной Германии, хотя сам принцип зародился в административном праве Пруссии конца XVIII – первой половины XIX века.

В общем виде тест на пропорциональность, разработанный в публичном праве Германии и продолживший свою эволюцию в европейском праве, предполагает последовательное разрешение следующих вопросов: 1) имело ли место вмешательство государственных органов в осуществление индивидуальных прав (свобод); 2) было ли такое вмешательство предусмотрено внутригосударственным законом; 3) является ли цель вмешательства легитимной; 4) может ли желаемая цель быть достигнута с применением данного способа вмешательства, другими словами, является ли используемое средство пригодным для достижения цели; 5) имеется ли какое-либо другое, одинаково пригодное, однако в меньшей степени обременительное средство, иными словами, является ли используемое средство необходимым для достижения легитимной цели; 6) является ли используемое средство соразмерным (пропорциональным в узком смысле), то есть соразмерно (пропорционально) ли обременение индивида преследуемой цели и достигаемым при этом преимуществам для всего общества.

Соответственно тестирование на пропорциональность имеет трехступенчатую структуру: определение допустимости (разрешение вопросов, относящихся к цели), необходимости (разрешение вопросов, относящихся к средству) и соразмерности (балансирование между целью и правами (свободами), подвергающимися ограничению) [4, с. 113; 5, с. 7; 6, с. 160].

При этом, как отмечает судья ЕСПЧ, избранная от Германии в 2010 году, профессор Ангелика Нуссбергер: «Хотя Страсбургский суд не всегда придерживается трехступенчатого анализа (проводя разграничение между применимостью, необходимостью и соразмерностью ограничений прав человека),

именно этот алгоритм служит моделью аргументации, которой в той или иной степени следует Страсбургский суд» [7].

Таким образом, функциональная роль принципа пропорциональности заключается в регулировании пределов ограничения прав и свобод, что позволяет относить его к общеправовым принципам, действующим как в сфере материального, так и процессуального права. С учетом обозначенных роли и содержания принципа пропорциональности другое встречающееся в литературе и правоприменительной практике его наименование – принцип соразмерности [6], или, более конкретно, принцип соразмерного ограничения прав и свобод [8, с. 25], следует считать равнозначным.

К настоящему времени принцип пропорциональности из европейского права проник во внутригосударственное право не только государств Западной, Центральной и Восточной Европы, но и целого ряда других стран Евразии, а также Северной Америки, Южной Америки, Африки, Австралии и Новой Зеландии [3, p. 186–202].

В контексте темы настоящей статьи важным представляется получить ответы на следующие вопросы:

1) Почему принцип пропорциональности успешно завоевал общеевропейское правовое пространство и проник во внутригосударственные правопорядки стран с различными правовыми системами, при всем при том, что отношение к нему далеко не однозначное в теории права и на практике?

2) Каким образом данный принцип реализуется в российской правовой системе, в том числе в сфере уголовного судопроизводства?

3) Какое значение принцип пропорциональности может иметь для совершенствования системы доказывания в современном уголовном процессе России?

При ответе на первый вопрос, как представляется, необходимо обратиться к истории возникновения прусского административного права, а также трудам немецких теоретиков права, поскольку, как было указано выше, корни принципа пропорциональности находятся в публичном праве Германии и именно оттуда он начал свою, как пишет бывший председатель Верховного Суда Израиля А. Барак, «миграцию» в европейское право и право других стран [3, p. 181].

Кроме того, важность обращения к работам немецких теоретиков права объясняется тем, что немецкое право, как и французское, что отмечается в современной компаративистике, «в большой степени представляет собой профессорское право», поскольку доктрина в нем обладает огромным авторитетом [9, с. 78–79]. Так, к примеру, Федеральный конституционный суд Германии и Федеральный верховный суд Германии в своих решениях ссылаются на известного немецкого ученого-правоведа Г. Радбруха, в том числе на известную «формулу Радбруха», когда имеют дело с проблемой несправедливости закона, что, в частности, отражено в постановлении ЕСПЧ от 22 марта 2001 года по делу «K.-H.W. против Германии» [10].

Соответственно это позволит понять и то, почему принцип пропорциональности изначально возник в административном праве Пруссии, а не в уголовном процессе, метод которого характеризуется большей властностью и возможностью применения мер принуждения, в значительно большей степени ограничивающих права и свободы граждан.

Как емко подметил в начале XX века в одной из своих работ Г. Радбрух: «В то время, когда правосудие стало давным-давно предметом публичного права – права уголовного и процессуального, – управление все еще было лишено правовой регулировки. Там, где деятельность государственного управления, руководимая исключительно интересами государства и целесообразностью, не тормозится никакими границами права, может существовать, правда, лишь техника, но не право управления; только там, где индивидуальный интерес может выступить против государственного с юридическими требованиями на уважение, дана та взаимность обязанностей и прав, которая и является сущностью права» [11, с. 91].

Административное право Пруссии формируется только в конце XVIII – первой половине XIX века, то есть практически в одно время с концепцией правового государства, возникшей в противопоставление абсолютистскому (полицейскому) государству, в котором исполнительная власть имеет неограниченные полномочия [12, с. 4]. В настоящее время принцип пропорциональности выводится из носящего более общий характер в праве Германии принципа правового государства, аналогом которого, с определенными особенностями, в других правовых системах является принцип верховенства права.

В рамках перехода от полицейского государства к правовому в немецких государствах XIX века создается система административных судов, первые из которых появились в 1863 году в Бадене [11, с. 94]. Это стало одним из основных факторов дальнейшего развития концепций пропорциональности и правового государства в немецком праве. Как писал Г. Радбрух: «Идея административного права, стоящего в одинаковой мере над органом власти, как и над гражданином, могла стать действительно живой только тогда, когда для установления этого права был назначен нелицеприятный, над обеими сторонами стоящий судья: там, где нет судьи, нет и права!» [11, с. 93].

М. Коэн-Элия и И. Порат отмечают: «Между 1882 и 1914 годами Высший административный суд Пруссии постоянно прибегал к тесту на пропорциональность как методу исследования вмешательства правительства в экономическую и социальную жизнь. Не провозглашая нового правового принципа эксплицитно, Высший административный суд Пруссии установил в целом ряде важных решений, что использование полицейских мер, приводящее к ог-

раничению политических и экономических прав, должно быть пропорционально и подлежит узкому толкованию» [13, с. 65].

Таким образом, принцип пропорциональности был вызван к жизни необходимостью уменьшения усмотрения и ограничения полномочий исполнительной власти, в том числе полиции.

В отличие от административного права уголовно-процессуальное право к середине XIX века уже имело длительную историю развития, в ходе которого были выработаны присущие ему с учетом специфики его предмета и метода принципы процесса, а также уголовно-процессуальная форма. Кроме того, в XIX веке в немецком уголовном и уголовно-процессуальном праве господствовало начало законности, что существенно снижало степень усмотрения государственных органов и должностных лиц в уголовном процессе по сравнению со сферой управления. Даже справедливо критикуемая теория формальных доказательств, долгое время безраздельно властвовавшая в уголовном процессе европейских государств, в то же время служила ограничителем усмотрения судьи.

В принципах права, к которым относится и пропорциональность, находит выражение сущность самого права. В связи с этим немаловажным является понимание того, из каких элементов состоит право.

Г. Радбрух, на творчество которого в первой половине XX века оказали воздействие политическая нестабильность Веймарской республики и опыт нацистского режима [14, с. 229], обосновывает выделение в идее права трех составных частей: 1) справедливости, понимаемой им «как равенство, то есть как одинаковое регулирование равных и соответственно неодинаковое различающихся людей и отношений», 2) целесообразности и 3) правовой стабильности (безопасности). При этом справедливость обладает определенным обобщающим действием, тогда как целесообразность необходимо индивидуализировать. Соответственно, пишет данный автор, справедливость и целесообразность противоречат друг другу, что «особенно наглядно на примере борьбы между исполнительной властью и административной юстицией; борьбы между тенденциями справедливости и целесообразности в уголовном праве». В свою очередь, справедливость и целесообразность вступают в противоречие с правовой стабильностью, которая представляет собой феномен позитивного права. В то же время эти три элемента права, заключает Г. Радбрух, «вместе «правят» правом» [15, с. 86–91].

Отсюда можно сделать шаг к выводу о том, что элементы права проявляются через соответствующие им принципы права. Например, справедливость выражается через одноименный принцип справедливости, а также принцип равенства, правовая стабильность – через принципы правовой определенности и законности, тогда как принцип пропорциональности предназначен, прежде всего, для определения границ целесообразности.

Поэтому любая правовая система может эффективно функционировать, только если она построена на принципах, с помощью которых во взаимосвязи реализуются все сущностные элементы права.

Современный немецкий теоретик права Р. Алекси, на взгляды которого во многом повлияли работы Г. Радбруха, развивает теорию дуальной природы права, предполагающей, что «право необходимо включает как реальное, или фактическое, так и идеальное, или критическое измерение. В определении права фактическое измерение представлено элементами официального происхождения (*authoritative issuance*) и социальной эффективности, тогда как идеальное измерение находит свое выражение в элементе моральной правильности (*correctness*)» [16, с. 45].

При этом, по мнению Р. Алекси, необходимо различать два уровня правильности: правильность первого порядка, относящаяся только к идеальному измерению, и правильность второго порядка, относящаяся и к идеальному, и к реальному измерению, и соответственно касающуюся как справедливости, так и юридической определенности [16, с. 51]. Принцип юридической определенности, являющийся формальным, и принцип справедливости, являющийся материальным (субстантивным), зачастую конфликтуют, однако ни один из них не может полностью вытеснить другой. Как далее отмечает Р. Алекси, «дуальная природа права требует, чтобы оба они применялись в правильном соотношении. Когда будет установлено правильное соотношение, тогда будет достигнута и гармония правовой системы» [16, с. 51–52]. Соответственно «правильность второго порядка есть предмет уравновешивания (*balancing*). Это показывает, что уравновешивание имеет значение не только для создания и применения права, т.е. для юридической практики, но также лежит в самом основании права. Оно – часть природы права» [16, с. 52].

Хотя взгляды Г. Радбруха и Р. Алекси на понятие и сущность права различаются, в то же время в теориях обоих названных немецких правоведов явно выражены идеи о недопустимости сведения права только к какому-либо одному из присущих ему элементов и неправильности понимания права только с позиций юридического позитивизма. В свою очередь, согласие с таким подходом к правопониманию, отрицающим юридический позитивизм, позволяет утверждать, что невозможно обеспечить эффективность правовой системы без реализации в ней концепции пропорциональности, функционально предназначенной для согласования вступающих в конфликт между собой элементов права и охраняемых последним ценностей.

Изложенное позволяет теоретически обосновать объективность возникновения принципа пропорциональности в праве и частично объяснить его успешное проникновение в различные правовые системы после окончания Второй мировой войны.

Помимо природы права (внутреннего фактора) распространение пропорциональности в различных правовых системах, в том числе ее проникновение в сферу уголовного процесса, объясняется действием ряда других объективных факторов, носящих характер тенденций развития права.

В первую очередь, это глобализация, под которой следует понимать «системную, многоаспектную и разноуровневую интеграцию различных существующих в мире государственно-правовых, экономико-финансовых и общественно-политических институтов, идей, принципов, связей, морально-политических, материальных и иных ценностей, разнообразных отношений» [17, с. 7].

Глобализация обеспечила активное распространение по всему миру идеи универсальности прав человека, которая закреплена во Всеобщей декларации прав человека 1948 года, и других международно-правовых актах. Причем данная идея в рамках быстрого развития процессов глобализации после Второй мировой войны начала восприниматься «как аксиома и длительное время не вызывала сомнений в ее приемлемости для всех стран и народов современного мира» [18, с. 48].

Следствием глобализации стало формирование глобализма – определенного цивилизационного стандарта и мировоззрения [17, с. 9]. Глобализация как соответствующий процесс и глобализм как один из его главных результатов повлекли за собой создание большого числа новых международных объединений, организаций и органов, призванных поддерживать международную институциональную инфраструктуру. Доминирование в значительной части таких международных объединений, организаций и органов, включая ЕСПЧ и другие международные суды, представителей западноевропейских и североамериканских государств стало одной из основных движущих сил широкой экспансии западных политико-правовых ценностей, идей, принципов, включая пропорциональность, и институтов в право других стран. Поэтому данный фактор можно определить как идеологический.

Процессы интеграции в Европе способствовали ускорению конвергенции романо-германского и англосаксонского права, одной из форм которой стала гармонизация источников права в европейских странах, в том числе расширение сферы применения прецедента в континентальном праве и расширение сферы кодифицированного законодательства в общем праве [19, с. 545–561]. Сближение правовых систем является одним из условий обеспечения баланса системы правовых принципов в праве стран, которые подвержены масштабным интеграционным процессам.

Не менее важным фактором, способствующим распространению пропорциональности, является конвергенция частного и публичного права, о которой пишут отечественные [20] и зарубежные [21, с. 11–13] исследователи. Так, ярким примером проникновения частных начал в уголовный процесс России в современный период является введение в 2009 году института досудебного соглашения о сотрудничестве, предусмотренного главой 40.1 УПК РФ.

Одновременно и зачастую даже в большей степени имеет место противоположный процесс проникновения публичного права в частное. Если, как пишет М. Ван Хук, в XIX веке в Европе предметом заботы органов государственной власти было ограниченное число областей, признаваемых «публичным правом» (организация государства, государственного управления, налогов, уголовное право, суды и публичное обвинение), а все остальное было «частным правом», практически полностью свободным от любого вмешательства со стороны государственных органов, то в настоящее время «существует напряжение между публичным правом и частным правом практически во всех областях, где должен быть найден некий баланс между индивидуальной свободой, с одной стороны, и защитой общественных интересов – с другой» [21, с. 12–13]. В связи с этим, делает вывод указанный автор: «Правовая доктрина должна следовать новым теориям и развивать новые различия и разногласия, которые лучше соответствуют правовой реальности, чем устаревшим традициям» [21, с. 13].

В рамках процессов глобализации и конвергенции различных правовых систем, а также частного и публичного права неизбежно возникновение конфликтов ценностей, присущих разным социокультурным системам, и вступающих в противоречие друг с другом частного и публичного интересов, которые требуется разрешать, применяя принцип пропорциональности.

В связи с тем, что наиболее эффективным институтом судебной защиты прав человека в современном демократическом государстве выступает конституционное правосудие [22, с. 409], объективным фактором развития пропорциональности в правовой системе, в том числе в уголовном судопроизводстве, является конституционализация, ведущая роль в которой принадлежит органам конституционного контроля. О данной тенденции в современном российском уголовном процессе пишут, в частности, Л.В. Головко [23] и М.С. Матейкович [24].

Кроме обозначенных факторов, способствующих проникновению пропорциональности в ту или иную правовую систему как таковую, существуют факторы, которые обусловливают развитие пропорциональности непосредственно в уголовной сфере. В их числе, прежде всего, необходимо отметить криминологический фактор.

Современные криминологи отмечают две главные тенденции, которые, как минимум, несколько последних десятилетий имеют место в уголовной сфере. С одной стороны, происходит абсолютный и относительный рост преступности в мире, а с другой – отставание социального контроля над преступностью [25, с. 14- 50]. Данная ситуация зачастую воспринимается в обществе как неспособность

современного государства эффективно справляться с исходящими от преступности угрозами. Это, в свою очередь, вынуждает государство активнее использовать свои полицейские полномочия, в том числе особые методы расследования, под которыми Комитет Министров Совета Европы предлагает понимать «методы, применяемые компетентными органами в области уголовных расследований в целях раскрытия и расследования тяжких преступлений и установления подозреваемых и направленные на сбор информации таким образом, чтобы не вызвать подозрений у объекта расследования» [26].

При этом глобализация и научно-технический прогресс придают действию криминологического фактора кумулятивный эффект. Глобализация способствует формированию благоприятных условий для распространения транснациональной организованной преступности и международного терроризма (развитие международных торгово-экономических связей, финансовых сетей, уменьшение барьеров для перемещения капитала и лиц через границы государств и т.д.), а постоянно повышающийся уровень научно-технического развития общества приводит к тому, что преступники все больше используют новейшие технологии в криминальной деятельности, в то время как правоохранительные органы, применяя в борьбе с преступностью современные достижения науки и техники, получают возможность более широкого вмешательства в права частных лиц (например, используя электронные методы наблюдения или получая образцы для сравнительного исследования).

В связи с этим в обществе усиливается потребность в правовом регулировании, содержащем критерии допустимости ограничения прав и свобод. Так, пункт 5 Приложения к Рекомендации Комитета министров Совета Европы от 20 апреля 2005 года № REC 2005 (10) «Об “Особых методах расследования” тяжких преступлений, в том числе террористических актов» по существу ориентирует законодательные и правоприменительные органы государств-членов Совета Европы применять при разработке внутреннего законодательства и пересмотре уголовной политики и практики, а также использовании особых методов расследования принцип пропорциональности, указывая, что необходимо обеспечить соразмерность между последствиями использования особых методов расследования и поставленной целью. В этом отношении при принятии решения об их использовании необходимо оценить серьезность правонарушения и учесть, что особые методы расследования имеют характер вмешательства [26].

Другим фактором развития пропорциональности в уголовной сфере выступает необходимость обеспечения эффективной уголовной политики (уголовно-политический фактор). В любом обществе всегда существует запрос на повышение эффективности борьбы с преступностью, усиливаемый в современный период существованием указанных выше криминологических тенденций. При этом эффективность уголовной политики обеспечивается не только посредством криминализации/ декриминализации и пенализации деяний, но и путем закрепления в законодательстве и применения на практике альтернативных мер уголовной политики, которые «*представляют собой правомерную замену основных традиционных элементов реакции государства на преступление*, *в соответствующем случае подлежащих столь же правомерному применению при отказе от использования альтернатив или при отсутствии оных в правовой системе*» [27, с. 20–21]. В число альтернативных мер уголовной политики входят альтернативы уголовному преследованию, альтернативы наказанию и альтернативы лишению свободы [27, с. 18–22]. С определенной долей условности к таким мерам можно также отнести альтернативы заключению под стражу.

Наличие в законодательстве и применение на практике альтернативных мер уголовной политики, на самом деле, представляет собой форму проявления пропорциональности в отраслях криминального цикла. Так, § 62 Уголовного кодекса ФРГ, посвященный принципу соразмерности, устанавливает, что мера исправления и безопасности не может быть назначена, если она несоразмерна деяниям исполнителя, которые он совершил или предположительно совершит, а также степени исходящей от него опасности [28, с. 66]. Необходимо отметить, что развитие в уголовном праве Германии альтернатив наказанию повлекло за собой серьезные изменения в немецком уголовно-процессуальном праве. Если во времена принятия Уголовного уложения Германской империи (1871 г.) и УПК Германии (1877 г.) «господствовала идея возмездия, согласно которой каждое нарушение закона должно быть наказано в целях абсолютной справедливости», то со сменой «этой теории на идеи превентивного предупреждения и специально-предупредительные концепции, которые обусловливают наказание его общественной значимостью и целесообразностью, принцип законности потерял свою первоначальную теоретическую значимость» [29, с. 38]. Данные изменения обусловили расширение сферы целесообразности в уголовном процессе Германии, осуществляя которое «законодатель ориентировался на принцип пропорциональности, т.е. идеи, что в отдельных случаях можно отказаться от наказания, если превентивные причины не требуют его. Помимо этого, это обеспечивает и уменьшение затрат на уголовное судопроизводство» [29, с. 38].

Такие требования к уголовно-процессуальной форме, как, с одной стороны, целесообразность, простота, рациональность, учет необходимости обеспечения быстроты процесса и экономичного, оптимального использования ресурсов, а с другой стороны, учет общегражданских ценностей [30, с. 27], позволяет рассматривать в качестве одной из форм проявления пропорциональности в уголовном судопроизводстве дифференциацию уголовного

процесса. Это означает необходимость предварительного тестирования проектируемых уголовно-процессуальных производств, прежде всего упрощенных, поскольку в них снижается уровень уголовно-процессуальных гарантий, на предмет определения допустимости, необходимости и соразмерности в целях обеспечения баланса всей уголовно-процессуальной системы.

В российском законодательстве пропорциональность в качестве принципа появилась после принятия в 1993 году Конституции РФ, где она, в частности, отражена в ч. 3 ст. 55, согласно положениям которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. В свою очередь, указанная норма Конституции РФ в значительной степени основывалась на ч. 2 ст. 2 Декларации прав и свобод человека и гражданина, принятой в соответствии с постановлением Верховного Совета РСФСР от 22 ноября 1991 г. № 1920-1.

Конституционный Суд РФ (далее – КС РФ) стал обращаться к принципу пропорциональности при обосновании своих решений, в том числе в сфере уголовного процесса, с середины 1990-х годов, что можно увидеть на примере постановлений КС РФ от 27 марта 1996 г. № 8-П [31] и от 13 июня 1996 г. № 14-П [32].

В 2000-е годы КС РФ выносит целый ряд решений по делам о проверке конституционности отдельных положений УПК РФ, используя при аргументировании своей позиции принцип пропорциональности. Применительно к сфере уголовного процесса такие решения принимались КС РФ, в частности, по вопросам: 1) порядка и сроков применения в качестве меры пресечения заключения под стражу (постановление КС РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П [33]); 2) хранения вещественных доказательств (постановление КС РФ от 16 июля 2008 г. № 9-П [34]); 3) наложения ареста на имущество (постановления КС РФ от 31 января 2011 г. № 1-П [35], от 21 октября 2014 г. № 25-П [36], от 10 декабря 2014 г. № 31-П [37]); 4) допроса свидетеля и предъявления для опознания в условиях, исключающих визуальное наблюдение соответственно свидетеля и опознающего (определения КС РФ от 21 апреля 2005 г. № 240-О [38], от 18 декабря 2008 г. № 1090-О-О [39]).

В то же время анализ указанных и других решений КС РФ, особых мнений судей КС РФ к данным решениям показывает, что КС РФ при обосновании своих позиций, как правило, использует стандартные аргументы общего характера, в частности о необходимости достижения соразмерности при соблюдении интересов общества и условий защиты основных прав личности, т.е. баланса конституционно защищаемых ценностей. При этом КС РФ, в отличие от ЕСПЧ, в рамках аргументации даже не пытается придерживаться трехступенчатого алгоритма теста на пропорциональность. Такая ситуация имеет место и в одном из последних постановлений КС РФ от 15 февраля 2016 г. № 3-П [40], где принцип пропорциональности применяется при мотивировании решения. Однако судья КС РФ Г.А. Гаджиев в особом мнении к обозначенному постановлению указывает на необходимость осуществления проверки на пропорциональность, представляющей собой методику из трех этапов. Получается, что позиция судьи Г.А. Гаджиева не была поддержана большинством других судей.

Соответственно принцип соразмерности в практике КС РФ, как правильно отмечает А. Троицкая, «остается практически не раскрытым, несмотря на то, что во многих решениях он был задействован» [41, с. 58].

Как представляется, КС РФ поступает таким образом целенаправленно, проявляя осторожность и не желая связывать себя более детальной аргументацией по конкретному делу, и, напротив, желая оставить свободу маневра при рассмотрении будущих дел, когда с учетом изменения общественных отношений и социально-политической ситуации в стране возможно изменение более ранних позиций самого КС РФ, как это по существу произошло при принятии постановления от 2 июля 2013 г. № 16-П [42], в котором КС РФ переформатировал свою позицию относительно роли суда в уголовном процессе в сторону усиления публичного начала.

В то же время ясно выраженная позиция КС РФ по вопросу содержания принципа пропорциональности, как представляется, необходима для последующего полноценного развития данного принципа в российском праве, учитывая первостепенную роль КС РФ в конституционализации российской правовой системы, в том числе уголовного процесса. Такая необходимость вызывается также тем, что принцип пропорциональности в инструментальном плане представляет собой метод определения пределов ограничения прав и свобод. С учетом этого важно четко понимать, какая концепция закладывается КС РФ в содержание пропорциональности и соответственно дальше будет развиваться в российском праве: немецкая концепция пропорциональности или американская концепция взвешивания интересов. Несмотря на то, что сегодня имеет место тенденция сближения обозначенных концепций [13, с. 73], между ними сохраняются методологические различия в определении соразмерности ограничения прав и свобод. В общем виде немецкая концепция пропорциональности предполагает нахождение баланса конкурирующих ценностей через определение соразмерности цели вмешательства в осуществление индивидуальных прав и свобод и используемого для ее достижения средства (способа вмешательства), тогда как американская концепция взвешивания интересов предусматривает определение баланса кон-

курирующих ценностей через сравнение непосредственно самих ценностей (интересов).

Историческое тяготение российской правовой системы к континентальной правовой системе, а также то обстоятельство, что именно немецкая концепция пропорциональности воспринята практикой ЕСПЧ, думается, должны обусловливать дальнейшее развитие пропорциональности в российской правовой системе с учетом данной концепции.

Рассмотрение пропорциональности с точки зрения ее природы, функциональной роли и методологического значения, в том числе для российской правовой системы, позволяет сделать вывод о том, что сущность принципа пропорциональности составляет его способность разрешить ценностно-правовой конфликт, вызванный ограничивающим индивидуальные права и свободы вмешательством государственных органов в осуществление данных прав, посредством определения такого соотношения легитимной цели вмешательства и используемого для ее достижения средства (способа вмешательства), которое обеспечивает баланс охраняемых правом ценностей, между которыми возникла конкуренция в результате указанного вмешательства.

Определение вектора дальнейшего развития принципа пропорциональности в российской правовой системе, в том числе в уголовном процессе, невозможно без рассмотрения вопроса о применении принципа пропорциональности судами общей юрисдикции при рассмотрении дел, в которых встает вопрос об ограничении прав и свобод человека. Необходимость вынесения правосудного решения по таким делам должна предполагать применение судами теста на пропорциональность ограничения прав и свобод.

Однако на практике дела обстоят несколько иным образом, подтверждением чего является тот факт, что судья КС РФ Г.А. Гаджиев в особом мнении к постановлению КС РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П [33] вынужден был отметить, что предлагаемые им дополнения в мотивировочную часть обозначенного постановления преследуют лишь цель убедить суды общей юрисдикции в том, что они не только вправе, но и обязаны применять конституционные принципы соразмерности (пропорциональности) и правовой определенности при разрешении каждого конкретного дела.

Верховный Суд РФ (далее – ВС РФ) выражает свою позицию относительно содержания пропорциональности в Постановлении Пленума ВС РФ от 27 марта 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека» [43], закрепляя в пунктах 5 и 8 данного постановления с учетом практики ЕСПЧ критерии ограничения прав и свобод, вытекающие из принципа пропорциональности. При этом, что очень важно, ВС РФ ориентирует суды общей юрисдикции при разрешении в рамках теста на пропорциональность вопросов, относящихся к цели ограничения, устанавливать не просто законность, но и социальную значимость цели. Только при установлении именно этой стороны цели ограничения прав и свобод возможно считать ее действительно легитимной.

В практике российских судов общей юрисдикции использование принципа пропорциональности при мотивировке принятого решения просматривается в делах об обжаловании избрания меры пресечения и продления срока содержания под стражей. К примеру, в апелляционном постановлении Волгоградского областного суда от 5 февраля 2015 г. по делу № 22к-790/2015 [44], апелляционном определении Московского городского суда от 11 марта 2015 г. по делу № 10-2757/15 [45], апелляционном постановлении Приморского краевого суда от 25 марта 2015 г. по делу № 22-1902/15 [46], апелляционном постановлении Севастопольского городского суда от 13 апреля 2015 г. по делу № 22к-286/2015 [47] суды использовали аргумент о соблюдении принципа разумной необходимости в ограничении права на свободу, вытекающего из ч. 3 ст. 55 Конституции РФ. Однако при этом тест на пропорциональность суды не проводили, ограничиваясь общим выводом о том, был ли соблюден в деле обозначенный принцип.

Ограниченное применение судами принципа пропорциональности, думается, является следствием действия двух основных факторов. Во-первых, это доминирование в профессиональном юридическом сообществе России позитивистского правопонимания, в которое пропорциональность не вписывается в силу своей природы. Превалирование именно такого типа правопонимания в профессиональной юридической среде, думается, во многом обусловлено господством в советский период развития отечественного права концепции социалистической законности, возникшей в конкретно-исторических и идеологических условиях формирования в 1920-х годах Советского государства и общества, в том числе в спорах о соотношении начал законности и целесообразности [48, с. 18], в которых победа осталась за законностью. К 1960 году социалистическая законность уже стала одним из важнейших принципов организации и деятельности Советского социалистического государства и заключалась «в безусловном соблюдении всеми государственными органами, должностными лицами, общественными организациями и гражданами Конституции СССР советских законов, а также основанных на них актов государственных органов» [49, с. 228]. Принцип верховенства права, из которого должна выводиться пропорциональность, к сожалению, к настоящему времени еще не смог занять то же место, что и социалистическая законность в советский период развития нашего общества. Вторым фактором выступает высокая нагрузка судей [50, с. 175–194], что сказывается на качестве работы судей, в том числе на мотивированности решений.

Одной из характеристик метода уголовно-процессуального регулирования является возможность применения значительного принуждения. Принудительность пронизывает и систему доказывания в

уголовном процессе, которую наряду с доказательствами образуют способы получения доказательств. Соответственно неизбежно встает вопрос о критериях допустимости ограничения индивидуальных прав при осуществлении действий, направленных на установление источников и собирание доказательств. Для современного российского уголовного процесса данный вопрос актуален также в связи с расширением способов собирания доказательств на стадии возбуждения уголовного дела в результате изменений, внесенных в УПК РФ Федеральным законом от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ [51]. Кроме того, нельзя не учитывать, что от того, какие способы получения доказательств и каким образом были задействованы, зависит процессуальная судьба полученных доказательств, их допустимость и достоверность.

Позиция ЕСПЧ по данным вопросам, в частности, выражена в постановлениях от 7 июня 2007 года по делу «Смирнов против России» [52] и от 2 сентября 2010 года по делу «Узун против Германии» [53]. В первом из указанных дел ЕСПЧ по результатам применения теста на пропорциональность сделал вывод, что обыск, проведенный – без соответствующих и достаточных оснований (это, в частности, выражалось в исключительно общих формулировках постановления об обыске без указания сведений о продолжающемся расследовании, цели обыска или причин, по которым полагалось, что в квартире заявителя можно будет добыть доказательства какого-либо правонарушения) и в отсутствие гарантий против вмешательства в профессиональную тайну (обыск нарушил профессиональную тайну в такой степени, которая была непропорциональна любой поставленной законной цели) – в квартире заявителя, который не был подозреваемым в совершении преступления, а представлял интересы подсудимых в том же уголовном деле, не был «необходим в демократическом обществе».

Во втором деле ЕСПЧ отметил, что судебное рассмотрение и возможность исключения доказательств, полученных в ходе незаконного GPS-наблюдения, являлись важной гарантией, поскольку не позволяли следственным органам собирать доказательства незаконными методами. То, что заявитель по данному делу подвергался одним и тем же мерам наблюдения со стороны различных органов власти, привело к более серьезному вмешательству в его личную жизнь. С учетом этого вмешательство в виде дополнительного GPS-наблюдения за заявителем должно было иметь более веские основания, чтобы считаться оправданным. Однако GPS-наблюдение, проводившееся в течение относительно короткого периода времени (около трех месяцев), а также визуальное наблюдение за заявителем, главным образом, воздействовали на него только в выходные дни и лишь когда он передвигался на автомобиле. Таким образом, заявитель не мог утверждать, что подвергался тотальному наблюдению. Кроме того, расследование, для которого проводилось наблюдение, касалось особо тяжких преступлений. Расследование этих преступлений путем применения менее затрагивающих личное пространство лица методов наблюдения ранее оказалось безуспешным. Учитывая изложенное, ЕСПЧ посчитал, что наблюдение за заявителем с помощью GPS было пропорционально преследуемой законной цели и «необходимым в демократическом обществе».

Анализируя выраженную в указанных постановлениях позицию ЕСПЧ, можно сделать вывод, что вмешательство, осуществленное в ходе следственных действий, проведенных без достаточных оснований, является несоразмерным, поскольку отсутствует легитимная цель вмешательства, последствием чего может стать исключение полученных в ходе проведения таких следственных действий доказательств. При этом одним из критериев наличия достаточных оснований является тяжесть преступлений.

Подобный подход, предполагающий наличие достаточных оснований для проведения следственных действий, находит выражение в регламентации следственных действий в действующем УПК ФРГ [54]. В целях соблюдения принципа соразмерности УПК ФРГ в ряде случаев ограничивает возможность проведения тех или иных следственных действий (например, установление личности обвиняемых на основании ДНК, автоматическое сравнение и передача личных данных, получение информации о связи в рамках телекоммуникации, долгосрочное наблюдение и др.), связывая данную возможность с совершением значительного преступного деяния. Принцип соразмерности также непосредственно выражен во многих параграфах УПК ФРГ, посвященных вопросам получения доказательств (например, параграфы 81h (абз.1), 97 (абз.5), 98a (абз.3), 100c (абз.1), 100g (абз.1), 100h (абз.1), 100i (абз.1), 161 (абз.3), 163b (абз.2), 163d (абз.1), 163e (абз.1), 163f (абз.1)).

В то же время регламентация порядка рассмотрения сообщения о преступлении в соответствии с действующим УПК РФ, нужно признать, не согласуется с принципом пропорциональности, поскольку не устанавливает достаточные основания для проведения закрепленных в ч. 1 ст. 144 УПК РФ следственных и других процессуальных действий, ограничивающих права и свободы.

Обязательный учет принципа пропорциональности должен являться одним из условий дальнейшего совершенствования системы доказывания в целом в современном уголовном процессе России.

В этой связи необходима доктринальная проработка содержания принципа пропорциональности с последующим его закреплением в УПК РФ. При решении юридико-технических вопросов закрепления данного принципа в российском уголовно-процессуальном законодательстве целесообразно учесть положения УПК ФРГ.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Panomariovas A. and Losis E.* Proportionality: From the Concept to the Procedure // Jurisprudence. 2010. No. 2 (120). P. 257–272.
2. *Дикман С.С. и др.* Защита личности от дискриминации. В 3 т. Т. 1. М.: Новая юстиция, 2009. 424 с.
3. *Barak A.* Proportionality. Constitutional Rights and their Limitation. Cambridge University Press, 2012. 611 p.
4. *Алекси Р.* Сбалансированность, конституционный контроль и представительство // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2 (55). С. 113–118.
5. *Гюлумян В.Г.* Принципы толкования Европейской конвенции прав человека (критика и защита) // Журнал конституционного правосудия. 2015. № 3. С. 6–18.
6. *Фосскуле А.* Принцип соразмерности // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 1 (104). С. 159–163.
7. *Чернышова О.С.* Европейский суд по правам человека и Конституционный суд Германии: воздействие, а не соперничество. Интервью с судьей Европейского суда по правам человека Ангеликой Нуссбергер // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
8. *Андреева О.И.* Соотношение прав и обязанностей государства и личности в правовом государстве и специфика его проявления в сфере уголовного судопроизводства (теоретический аспект) / под ред. М.К. Свиридова. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2004. 138 с.
9. *Леже Р.* Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М.: Волтерс Клувер, 2009. 584 с.
10. *Постановление* Европейского суда по правам человека от 22 марта 2001 г. «Дело K.-H.W. против Германии» // https://www.lawmix.ru/abrolaw/7866_[Электронный ресурс]. электр. дан. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
11. *Радбрух Г.* Введение в науку права. М., 1915. 139 с.
12. *Доклад* о верховенстве права, утвержденный Венецианской комиссией на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25–26 марта 2011 года) // http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-rus [Электронный ресурс]. электр. дан. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
13. *Коэн-Элия М.*, *Порат И.* Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 3 (82) С. 59–81.
14. *Коттеррелл Р.* Правоведы и философы: Радбрух и Дворкин // Правоведение. 2014. № 2 (313). С. 225–239.
15. *Радбрух Г.* Философия права: пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 2004. 240 с.
16. *Алекси Р.* Дуальная природа права // Право Украины. 2011. № 1. С. 45–58.
17. *Марченко М.Н.* Тенденции развития права в современном мире: учеб. пособие. М.: Проспект, 2015. 376 с.
18. *Лукашева Е.А.* Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение. М.: Норма, 2009. 384 с.
19. *Марченко М.Н.* Сравнительное правоведение: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2016. 784 с.
20. *Коршунов Н.М.* Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. 240 с.
21. *Ван Хук М.* Европейские правовые культуры в контексте глобализации. В честь Андрея Полякова // Правоведение. 2014. № 6 (317). С. 6–24.
22. *Права* человека: учебник / отв. ред. Е.А. Лукашева. 2-е изд., перераб. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. 560 с.
23. *Головко Л.В.* Конституционализация российского уголовного процесса: между лозунгами и реальностью // Государство и право. 2013. № 12. С. 83–94.
24. *Матейчук М.С.* «Конституционализация» уголовного процесса // Вестник Тюменского государственного университета. 2009. № 2. С. 25–29.
25. *Лунеев В.В.* Преступность XX века. Мировые, региональные и российские тенденции. М.: НОРМА, 1997. 525 с.
26. *Рекомендация* Комитета Министров Совета Европы от 20 апреля 2005 г. № REC 2005 (10) «Об «Особых методах расследования» тяжких преступлений, в том числе террористических актов» // http://docs.pravo.ru/document/view/18964083/16731365/ [Электронный ресурс]. электр. дан. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
27. *Головко Л.В.* Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. 544 с.
28. *Головненков П.В.* Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: науч.-практич. комментарий и перевод текста закона. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2012. 312 с.
29. *Барабанов П.К.* Уголовный процесс ФРГ. М.: Спутник+, 2014. 359 с.
30. *Ленский А.В.*, *Трубникова Т.В.*, *Якимович Ю.К.* Дифференциация уголовного процесса / под общ. ред. проф. М.К. Свиридова. М.: Экономическое образование, 2000. 320 с.
31. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 27.03.1996 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона Российской Федерации от 21 июля 1993 года «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
32. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 13.06.1996 г. № 14-П «По делу о проверке конституционности части пятой статьи 97 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.В. Щелухина» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.:

АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).

33. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 22.03.2005 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
34. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 16.07.2008 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 82 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина В.В. Костылева» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
35. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 31.01.2011 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений частей первой, третьей и девятой статьи 115, пункта 2 части первой статьи 208 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и абзаца девятого пункта 1 статьи 126 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Недвижимость-М», общества с ограниченной ответственностью «Соломатинское хлебоприемное предприятие» и гражданки Л.И. Костаревой» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
36. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 21.10.2014 г. № 25-П «По делу о проверке конституционности положений частей третьей и девятой статьи 115 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Аврора малоэтажное строительство» и граждан В.А. Шевченко и М.П. Эйдлена» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
37. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 10.12.2014 г. № 31-П «По делу о проверке конституционности частей шестой и седьмой статьи 115 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой закрытого акционерного общества «Глория» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
38. *Определение* Конституционного Суда РФ от 21.04.2005 г. № 240-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ермакова Михаила Борисовича на нарушение его конституционных прав частью девятой статьи 166, частью пятой статьи 193 и частью пятой статьи 278 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
39. *Определение* Конституционного Суда РФ от 18.12.2008 г. № 1090-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Орлова Дмитрия Игоревича на нарушение его конституционных прав положением части восьмой статьи 193 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
40. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 15.02.2016 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности положений части 9 статьи 3 Федерального закона «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Е.В. Потоцкого» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
41. *Троицкая А.* Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2 (105). С. 45–69.
42. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 02.07.2013 г. № 16-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 237 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Республики Узбекистан Б.Т. Гадаева и запросом Курганского областного суда» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
43. *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
44. *Апелляционное* постановление Волгоградского областного суда от 5 февраля 2015 г. по делу № 22к-790/2015 // http://base.consultant.ru/ [Электронный ресурс]. электр. дан. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).

45. *Апелляционное* определение Московского городского суда от 11 марта 2015 г. по делу № 10-2757/15 // http://base.consultant.ru/ [Электронный ресурс]. электр. дан. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
46. *Апелляционное* постановление Приморского краевого суда от 25 марта 2015 г. по делу № 22-1902/15 // http://base.consultant.ru/ [Электронный ресурс]. электр. дан. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
47. *Апелляционное* постановление Севастопольского городского суда от 13 апреля 2015 г. по делу № 22к-286/2015 // http://base.consultant.ru/ [Электронный ресурс]. электр. дан. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
48. *Плотниекс А.А.* Формирование концепции социалистической законности в общей теории права // Правоведение. 1980. № 4. С. 10–19.
49. *Власов В.А.* Советский государственный аппарат. М., 1959. 375 с.
50. *Волков В.* Российские судьи: социологическое исследование профессии: монография / В. Волков, А. Дмитриева, М. Поздняков, К. Титаев; под ред. В. Волкова. М.: Норма, 2015. 272 с.
51. *Федеральный* закон от 04.03.2013 г. № 23-ФЗ (ред. от 28.12.2013) «О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
52. *Постановление* Европейского суда по правам человека от 07.06.2007 «Дело «Смирнов (Smirnov) против Российской Федерации» (жалоба № 71362/01) // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
53. *Постановление* Европейского суда по правам человека от 02.09.2010 «Дело «Узун против Германии» (жалоба № 35623/05) // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный (дата обращения 26 апреля 2016 г.).
54. *Головненков П.*, Спица Н. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия – Strafprozessordnung (StPO) – Научно-практический комментарий и перевод текста закона со вступительной статьёй профессора Уве Хелльманна «Введение в уголовно-процессуальное право ФРГ». Universitätsverlag Potsdam. 2012. 404 с.

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: ESSENCE, PRACTICES OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION AND IMPORTANCE FOR IMPROVEMENT OF THE SYSTEM OF PROOF IN THE MODERN CRIMINAL PROCESS IN RUSSIA

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 56–69. DOI 10.17223/23088451/7/9
Mikhailov Aleksandr A., Tomsk Agricultural University (Tomsk, Russian Federation). E-mail: maa1505@sibmail.com

Keywords: principle of proportionality, proportionality, criminal process, proof.

The article describes the principle of proportionality and analyses its implementation with the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of the Russian Federation for argumentation of their decisions, including those relating to the scope of the criminal process. In his study of the principle of proportionality the author answers the following questions: 1) why this principle has successfully won the pan-European legal space and penetrated into the domestic legal order of countries with different legal systems, 2) how it is implemented in the Russian legal system, including criminal proceedings, and 3) what value it may have for improving the system of proof in modern criminal process in Russia.

The author identifies objective factors that explain why the principle of proportionality has successfully won the pan-European legal space and penetrated into the domestic legal order of countries with different legal systems. According to the author, these factors include the nature of the right (the internal factor), globalization, the ideological factor, the convergence of the Romance-Germanic and Anglo-Saxon law, the convergence of private and public law, constitutionalisation of the legal system, criminological factors and the need to ensure an effective criminal policy (criminal-political factor).

The author considers proportionality in terms of its nature, functional role and methodological value, including that for the Russian legal system, comes to the conclusion that the essence of the principle of proportionality is its ability to solve the axiological-legal conflict caused by the state intervention limiting individual rights and freedoms by determining the ratio of the legitimate aim of intervention and the means used to achieve it (the method of intervention). This provides the balance of law-protected values that compete as a result of the above-stated intervention.

The principle of proportionality is one of the conditions for further improvement of the system of proof in modern criminal process in Russia. Thus, it requires the doctrinal review of the content of the principle of proportionality with subsequent recording in the Code of Criminal Procedure. It is also reasonable to take into account the provisions of the Criminal Procedure Code of Germany in addressing legal and technical issues of the consolidation of the principle in the Russian criminal procedure legislation.

REFERENCES

1. Panomariovas, A. & Losis, E. (2010) Proportionality: From the Concept to the Procedure. *Jurisprudence*. 2(120). pp. 257-272.
2. Dikman, S.S. et al. (2009) *Zashchita lichnosti ot diskriminatsii. V 3 tomakh* [Protection of the individual from discrimination. In 3 vols]. Vol. 1. Moscow: Novaya yustitsiya.
3. Barak, A. (2012) *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitation*. Cambridge: Cambridge University Press.

4. Alexi, R. (2006) Sbalansirovannost', konstitutsionnyy kontrol' i predstavitel'stvo [Balance, constitutional review and representation]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*. 2(55). pp. 113-118.
5. Gyulumyan, V.G. (2015) Principles of the European Convention for Human Rights' interpretation (critics and defense). *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya – Journal of Constitutional Justice*. 3. pp. 6-18. (In Russian).
6. Fosskule, A. (2015) Printsip sorazmernosti [The principle of proportionality]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*. 1(104). pp. 159-163.
7. Nussberger, A. (2014) *Evropeyskiy sud po pravam cheloveka i Konstitutsionnyy sud Germanii: vozdeystvie*, *a ne sopernichestvo. Interv'yu s sud'ey Evropeyskogo suda po pravam cheloveka Angelikoy Nussberger* [The European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Germany: Impact rather than rivalry. An interview with a judge of the European Court of Human Rights Angelika Nussberger]. Moscow: AO Konsul'tant plyus. [Online] Available from: Consultant Plus. (Accessed: 26th April 2016).
8. Andreeva, O.I. (2004) *Sootnoshenie prav i obyazannostey gosudarstva i lichnosti v pravovom gosudarstve i spetsifika ego proyavleniya v sfere ugolovnogo sudoproizvodstva (teoreticheskiy aspekt)* [The ratio of the rights and responsibilities of the state and the individual in a state of law and the specifics of its realisation in criminal justice (the theoretical aspect)]. Tomsk: Tomsk State University.
9. Leger, R. (2009) *Velikie pravovye sistemy sovremennosti: sravnitel'no-pravovoy podkhod* [Great legal systems of modernity: A comparative legal approach]. Translated from French by A. Gryadov. Moscow: Wolters Kluwer.
10. ECHR. (2001) *K.-H.W. v. Germany. Judgment of March 22*, *2001.* [Online] Available from: https://www.lawmix.ru/abrolaw/7866. (Accessed: 26th April 2016).
11. Radbruch, G. (1915) *Vvedenie v nauku prava* [Introduction to the science of law]. Translated from German by M.M. Ostrovskaya & I.Z. Steinberg. Moscow: Trud.
12. Venice Commission. (2011) *Doklad o verkhovenstve prava*, *utverzhdennyy Venetsianskoy komissiey na 86-y plenarnoy sessii (Venetsiya*, *25-26 marta 2011 goda)* [Report on the rule of law approved by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, March 25-26, 2011)]. [Online] Available from: http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-rus. (Accessed: 26th April 2016).
13. Cohen-Eliya, M. & Porat, I. (2011) Amerikanskiy metod vzveshivaniya interesov i nemetskiy test na proportsional'nost': istoricheskie korni [The American method of weighing the interests and the German proportionality test: On the origin]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*. 3(82). pp. 59-81.
14. Kotterrell, R. (2014) Pravovedy i filosofy: Radbrukh i Dvorkin [Jurists and philosophers: Radbruch and Dworkin]. *Pravovedenie*. 2(313). pp. 225-239.
15. Radbruch, G. (2004) *Filosofiya prava* [Philosophy of law]. Translated from German by Yu. Yumashev. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya.
16. Alexi, R. (2011) Dual'naya priroda prava [The dual nature of law]. *Pravo Ukrainy*. 1. pp. 45-58.
17. Marchenko, M.N. (2015) *Tendentsii razvitiya prava v sovremennom mire* [Trends in the development of law in the modern world]. Moscow: Prospekt.
18. Lukasheva, E.A. (2009) *Chelovek*, *pravo*, *tsivilizatsii: normativno-tsennostnoe izmerenie* [Man, right, civilization: Normative and axiological dimension]. Moscow: Norma.
19. Marchenko, M.N. (2016) *Sravnitel'noe pravovedenie* [Comparative Law]. 2nd ed. Moscow: Prospekt.
20. Korshunov, N.M. (2011) *Konvergentsiya chastnogo i publichnogo prava: problemy teorii i praktiki* [The convergence of private and public law: Problems of theory and practice]. Moscow: Norma: INFRA-M.
21. Van Hook, M. (2014) Evropeyskie pravovye kul'tury v kontekste globalizatsii. V chest' Andreya Polyakova [The European legal culture in the context of globalization. In honor of Andrei Polyakov]. *Pravovedenie*. 6(317). pp. 6-24.
22. Lukasheva, E.A. (ed.) (2011) *Prava cheloveka* [Human Rights]. 2nd ed. Moscow: Norma: INFRA-M.
23. Golovko, L.V. (2013) The constitutionalization of Russian criminal procedure: between slogans and reality. *Gosudarstvo i pravo – State and Law*. 12. pp. 83-94. (In Russian).
24. Mateychuk, M.S. (2009) "Konstitutsionalizatsiya" ugolovnogo protsessa ["Constitutionalization" of the criminal process]. *Vestnik Tyumenskogo gosudarstvennogo universiteta*. 2. pp. 25-29.
25. Luneev, V.V. (1997) *Prestupnost' XX veka. Mirovye*, *regional'nye i rossiyskie tendentsii* [Crime of the 20th century. Global, regional and Russian trends]. Moscow: NORMA.
26. The European Council. (2005) *Rekomendatsiya Komiteta Ministrov Soveta Evropy ot 20 aprelya 2005 g. №REC 2005 (10) Ob "Osobykh metodakh rassledovaniya" tyazhkikh prestupleniy*, *v tom chisle terroristicheskikh aktov"* [The Council of Europe Committee of Ministers on April 20, 2005, №REC 2005 (10) On "Special investigative techniques for serious crimes, including terrorist acts". [Online] Available from: http://docs.pravo.ru/document/view/18964083/16731365/. (Accessed: 26th April 2016).
27. Golovko, L.V. (2002) *Al'ternativy ugolovnomu presledovaniyu v sovremennom prave* [Alternatives to criminal prosecution in modern law]. St. Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press.
28. Golovnenkov, P.V. (2012) *Ugolovnoe ulozhenie (Ugolovnyy kodeks) Federativnoy Respubliki Germaniya: nauchno-prakticheskiy kommentariy i perevod teksta zakona* [The Criminal Code of the Federal Republic of Germany: The scientific and practical commentary and translation of the text of the law]. 2nd ed. Moscow: Prospekt.
29. Barabanov, P.K. (2014) *Ugolovnyy protsess FRG* [German Criminal Procedure]. Moscow: Sputnik +.
30. Lenskiy, A.V., Trubnikova, T.V. & Yakimovich, Yu.K. (2000) *Differentsiatsiya ugolovnogo protsessa* [Differentiation of the criminal proceedings]. Moscow: Ekonomicheskoe obrazovanie.
31. Constitutional Court of the Russian Federation. (1996a) *Resolution №8-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of March 27*, *1996*, *On the review of constitutionality of Articles 1 and 21 of the Law of the Russian Federation of July 21*, *1993 "On State Secrets" in relation to complaints from V.M. Gurdzhiyants*, *V.N. Sintsov*, *V.N. Bugrov and A.K. Nikitin*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=9861. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).

32. Constitutional Court of the Russian Federation. (1996b) *Resolution №14-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of June 13, 1996 "On constitutionality of Part 5 Article 97 of Criminal Procedure Code of the RSFSR in connection with the complaint of V.V. Scheluhin"*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=10796. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
33. Constitutional Court of the Russian Federation. (2005) *Resolution* №4-P *of the Constitutional Court of the Russian Federation of March 22, 2005 "On constitutionality of certain provisions of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation regulating the procedure and terms of use as a preventive measure of detention in the stages of criminal proceedings following the end of the preliminary investigation and referring the criminal case to the court, in response to complaints from a number of citizens"*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=52496. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
34. Constitutional Court of the Russian Federation. (2008) *Resolution №9-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 16, 2008, On constitutionality of the provisions of Article 82 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation in connection with the complaint of V.V. Kostylev*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=78731. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
35. Constitutional Court of the Russian Federation. (2011) *Resolution № 1-P of January 31, 2011, "On the constitutionality of provisions of Parts 1, 3, 9 Article 115 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation, Para. 2 of Section 208 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation and Para. 9/1 Article 126 of the Federal law "On insolvency (bankruptcy)" in connection with complaints of the Closed Joint Stock Company "Real Estate – M", Limited Liability Company "Solomatinskoe khlebopriemnoe predpriyatie" and citizen L.I. Kostarev"*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=110028. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
36. Constitutional Court of the Russian Federation. (2014a) *Resolution №25-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of October 21, 2014, On constitutionality of the provisions of Parts 3 and 9 Art. 115 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation in connection with the complaints of the Limited Liability Company "Avrora maloetazhnoe stroitel'stvo" and citizens V.A. Shevchenko and M.P. Eydlen.* [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=158679. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
37. Constitutional Court of the Russian Federation. (2014b) *Resolution №31-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of December 10, 2014, On constitutionality of Parts 6 and 7 Article 115 of the Russian Federation Code of Criminal Procedure in connection with the complaint of the Closed Joint-Stock Company "Gloriya"*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=172104. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
38. Constitutional Court of the Russian Federation. (2005) *Resolution №240-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of April 21, 2005, On the refusal to accept for consideration the complaint of the citizen Ermakov Mikhail Borisovich about the violation of his constitutional rights by Part 9 Art. 166, Para. 5 Art. 193 and Part 5 Art. 278 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=54783. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
39. Constitutional Court of the Russian Federation. (2008) *Resolution №1090-O-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of December 18, 2008. On the refusal to accept for consideration the complaint of Orlov Dmitry Igorevich about the violation of his constitutional rights under Part 8 Art. 193 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=88734. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
40. Constitutional Court of the Russian Federation. (2016) *Resolution №3-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of February 15, 2016, On constitutionality of the provisions of Part 9 Art. 3 of the Federal Law "On amendments to Subsections 4 and 5 of Section I of Parts 1 and 3 Art. 1153 of the the Civil Code of the Russian Federation" in connection with the complaint of E.V. Pototskiy*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=194136. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
41. Troitskaya, A. (2015) *Predely prav i absolyutnye prava: za ramkami printsipa proportsional'nosti? Teoreticheskie voprosy i praktika Konstitutsionnogo Suda RF* [The limits of the rights and absolute rights: Beyond the principle of proportionality? Theoretical problems and practice of the Constitutional Court of the Russian Federation]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*. 2(105). pp. 45-69.
42. Constitutional Court of the Russian Federation. (2013) *Resolution №16-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 2, 2013, On constitutionality of the provisions of Section 237 of the Russian Federation Code of Criminal Procedure in connection with the complaint of a citizen of the Republic of Uzbekistan B.T. Gadaev and request of the Kurgan Regional Court.* [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=148711. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
43. Supreme Court of the Russian Federation. (2013) *Resolution №21 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of June 27, 2013, On the application of the Convention of Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of November 4, 1950, and its protocols by courts of general jurisdiction*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=148391. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
44. Volgograd Regional Court. (2015) *Appeal Resolution of the Volgograd Regional Court of February 5, 2015, in Case №22k-790/2015*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=SOJ;n=1116375. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
45. Moscow City Court. (2015) *Appeals Resolution of the Moscow City Court of March 11, 2015, Case №10-2757/15*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=SOJ;n=1197337. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
46. Primorsky Regional Court. (2015) *Appeals Resolution of the Primorsky Regional Court of March 25, 2015, Case №22-1902/15*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=SOJ;n=1376328. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).

47. Sevastopol City Court. (2015) *Appeals Resolution of the Sevastopol City Court of April 13*, *2015*, *Case №22k-286/2015/.* [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=SOJ;n=1212099. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
48. Plotnieks, A.A. (1980) Formirovanie kontseptsii sotsialisticheskoy zakonnosti v obshchey teorii prava [Formation of the concept of socialist legality in the general theory of law]. *Pravovedenie*. 4. pp. 10-19.
49. Vlasov, V.A. (1959) *Sovetskiy gosudarstvennyy apparat* [The Soviet state apparatus]. Moscow: Gosyurizdat.
50. Volkov, V., Dmitrieva, A., Pozdnyakov, M. & Titaev, K. (2015) *Rossiyskie sud'i: sotsiologicheskoe issledovanie professii* [Russian judges: Sociological study of the profession]. Moscow: Norma.
51. Russian Federation. (2013) *Federal Law №23-FZ of March 4*, *2013 (as amended on December 28*, *2013.) On Amendments to Art. 62 and 303 of the Criminal Code and the Criminal Procedure Code of the Russian Federation.* [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=156899. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
52. ECHR. (2007) *Smirnov v. Russia [Complaint N 71362/01]*. *Judgment of June 7*, *2007*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=39375. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
53. ECHR. (2010) *Uzun v. Germany (Complaint N 35623/05)*. *Judgment of September 2*, *2010*. [Online] Available from: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=190338. (Accessed: 26th April 2016). (In Russian).
54. Golovnenkov, P. & Spitsa, N. (2012) *Ugolovno-protsessual'nyy kodeks Federativnoy Respubliki Germaniya – Strafprozessordnung (StPO)* [The Code of Criminal Procedure of the Federal Republic of Germany – Strafprozessordnung (StPO)]. Potsdam: Universitätsverlag.

УДК 347.984 DOI 10.17223/23088451/7/10

Е.В. Носкова

О НЕКОТОРЫХ ОСОБЕННОСТЯХ РЕАЛИЗАЦИИ ПОЛНОМОЧИЙ ПЛЕНУМА ВЕРХОВНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Исследуется отношение учёных к законотворческой деятельности высшего судебного органа страны – Верховного Суда Российской Федерации. Предлагается однозначно решить вопрос о границах полномочий органов, призванных осуществлять судебную власть в государстве. Приводятся примеры не просто расширительного толкования закона или восполнения пробелов в праве, но даже внедрение норм, прямо противоречащих действующему закону. Предпринята попытка анализа внесенного проекта закона, направленного на существенное изменение сложившейся системы уголовного судопроизводства. Обосновывается необходимость внедрения восстановительного подхода в осуществление правосудия по уголовным делам.

Ключевые слова: *полномочия Пленума Верховного Суда РФ, модель уголовного судопроизводства*, *высшие суды*, *прецедент*, *разъяснения суда.*

В отечественной науке и практической деятельности по применению уголовного и уголовно-процессуального законодательства сформировалось неоднозначное отношение к законотворческой деятельности высшего судебного органа страны – Верховного Суда Российской Федерации.

Встречаются различные оценки сложившейся практики восполнения пробелов в законодательстве органом судебной власти. Одни заняли философскую позицию, связанную с признанием неизбежности расширительного толкования и необходимостью принятия во внимание и учёта в правоприменительной практике актов высшего органа правосудия [1, с. 4]. Однако заслуживающее уважение созидательное начало не может в надлежащей мере разрешить вопрос о границах полномочий органов, призванных осуществлять судебную власть в государстве, и, безусловно, оставляет без внимания превышение ими пределов собственных полномочий.

Другие одобрительно отзываются о данной ситуации, чем, думается, стимулируют ее развитие. Так, по мнению Т. Маунца, «...толкователь, смотря по обстоятельствам, может понимать Закон лучше, чем понимали его авторы самого текста» [2, с. 108]. Отдельные авторы настаивают на том, что разъяснения Пленума Верховного Суда РФ «способствуют корректированию и унификации практики применения норм УПК, обеспечивая тем самым достаточно эффективную защиту прав и свобод граждан, вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства» [3, с. 28], оправдывая представителей судебной ветви власти целями обеспечения единства судебной практики.

Данная позиция подкрепляется положительной оценкой судейского сообщества [4, с. 12], ведь, действительно, Верховный Суд РФ неоднократно разрешал многочисленные вопросы, возникающие у судей судов всех уровней в связи с применением норм УПК РФ[1].

Несмотря на это, зачастую в ходе подготовки рекомендаций для правоприменителя высший судебный орган злоупотребляет своим правом и прибегает к расширительному толкованию закона. Ученые с советских времен указывали на «необходимость ограничения права для высших судебных инстанций на расширительное толкование уголовно-процессуального закона» [5, с. 85], тем не менее и в настоящее время, по справедливому замечанию Н.А. Лопашенко, Верховный Суд, давая различные разъяснения, нередко выходит за пределы своей компетенции и занимается «вместо толкования закона законотворчеством, что совершенно недопустимо» [6, с. 42]. Это получило достаточно негативную оценку со стороны отечественных исследователей-процессуалистов [7, с. 53], которые помимо прочего отмечали и то, что «Пленум Верховного Суда может дать разъяснение тех положений, которые закреплены в УПК РФ, но не может выполнять функцию восполнения пробелов, допущенных в Кодексе (чего иногда ожидают практикующие юристы), так как это выходит за рамки его полномочий и относится к компетенции законодательного органа» [8]. К сожалению, это не оказало должного воздействия на сложившуюся практику восполнения пробелов. Все чаще можно наблюдать не просто расширительное толкование закона или восполнение пробелов в праве, а даже внедрение норм, прямо противоречащих действующему закону.

В этой связи нельзя не вспомнить И.Я. Фойницкого, который отмечал, что «толкование может про-

[1] См., напр., Постановления Пленума Верховного Суда РФ: от 05.03.2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»; от 05.12.2006 г. № 60 «О применении судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел»; от 10.02.2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»; от 29.10. 2009 г. № 22 «О практике применения судами мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста»; от 22.12.2009 г. № 28 «О применении судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному разбирательству»; от 28.06.2012 г. № 16 «О практике применения особого порядка судебного разбирательства уголовных дел при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве» и др.

изводиться по точному разуму и по общему смыслу, что необходимо при неполноте, неясности или противоречии норм закона, причем толкование по точному разуму производится в том случае, когда нет в понимании нормы существенных сомнений, и толкование по общему смыслу свойственно при наличии сомнений относительно действительного значения и объема содержащихся в законодательстве правил» [9, с. 171–177] и предостерегал от опасности смешения функций законодательной, исполнительной и судебной власти, в том числе и в вопросах законотворческой инициативы и толкования норм действующего закона.

Дополнительным аргументом против сохранения и распространения подобной практики становится негативное проявление нестабильности позиций Пленума Верховного Суда РФ. Это усугубляется непостоянством нормативного регламентирования процедуры отечественного судопроизводства. Так, за пятнадцатилетний период действия УПК РФ 2001 года только федеральными законами в него было внесено 190 изменений (использованы данные на 1 марта 2016 года).

Конституция РФ помимо прочего наделила Верховный Суд Российской Федерации правом законодательной инициативы. Именно в рамках реализации данного полномочия Верховный Суд внёс в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекты федеральных законов «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности» и «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности» (далее – Проект закона). Данный документ, направленный, по мнению его авторов, «на дальнейшую гуманизацию и либерализацию уголовного законодательства Российской Федерации», заслуживает детального анализа, так как его содержание в корне меняет ряд институтов, сформировавшихся в современном праве.

Во-первых, предложено при освобождении от уголовной ответственности в случаях, указанных в ст. 76.2 УК РФ, в качестве мер уголовно-правового характера применять виды наказаний, указанные в п. «а», «б», «г», «д» ст. 44 УК РФ (п. 1). Данной формулировкой, думается, осуществлено отождествление двух принципиально разных уголовно-правовых институтов: наказание и меры уголовно-правового характера. Эта же мысль транслируется в дальнейшем тексте Проекта закона.

Во-вторых, в качестве уполномоченных на производство процессуальных действий Верховный Суд называет лиц, чей процессуальный статус не определен в разд. II «Участники уголовного судопроизводства». Среди таковых несложно заметить судебных приставов-исполнителей и неопределенный в рамках Проекта закона «специализированный государственный орган». Они, по задумке авторов законопроекта, должны подавать представление в случае уклонения лица от уплаты штрафа или злостного уклонения от отбывания других мер уголовно-правового характера, чем инициировать отмену соответствующих мер и направлять материалы для привлечения лица к уголовной ответственности.

В-третьих, при определении срока и размера вводимых «мер уголовно-правового характера», предлагается использовать в качестве верхнего предела половину срока и размера соответствующего вида наказания, предусмотренного за совершенное преступление. Иными словами под мерами уголовно-правового характера предполагается понимать «полунаказание». При этом также следует использовать общие условия и правила назначения, исчисления сроков и зачета наказания, регламентированные в ст.ст.60, 61, 63 и 72 УК РФ.

В-четвертых, вызывает нарекания субъектный состав применения мер уголовно-правового характера – суд и начальник подразделения дознания. Представляется, что предложенная возможность применения начальником органа дознания мер уголовно-правового характера в виде штрафа размывает понятие правосудие и нарушает формируемую модель состязательного процесса, при которой на практике ограничивается применение примирения сторон в досудебном производстве по уголовному делу.

Несколько обескураживает предложение «заслушивать объяснения» лица, уголовное преследование в отношении которого прекращено, и исследовать материалы, подтверждающие обоснованность ходатайства дознавателя о применении к этому лицу мер уголовно-правового характера начальником органа дознания в ходе рассмотрения ходатайства о применении мер уголовно-правового характера. Следует отметить, что при этом авторы законопроекта не указывают, каким документом данное процессуальное действии должно быть оформлено. В то же время аналогичное ходатайство следователя предлагается рассматривать судье районного суда в судебном заседании в порядке, предусмотренном ч. 4, 6, 8, 9 и 11 ст. 108 УПК РФ.

В-пятых, сложно не заметить предлагаемое расширение пределов полномочий суда апелляционной инстанции, связанное с наделением правом примирения вплоть до удаления суда в совещательную комнату для вынесения решения по делу, еще более усиливая ревизионное начало суда второй инстанции.

В-шестых, в предлагаемых изменениях УПК РФ видится не только расширение возможностей участников уголовного судопроизводства со стороны как защиты (обвиняемого), так и обвинения (потерпевшего) влиять на ход предварительного расследования и принятие итогового решения по делу, но и

внедрение особой процедуры для допроса потерпевшего по уголовным делам о преступлениях, допускающих примирение сторон.

Кроме того, здесь усматривается расширение дифференциации уголовного судопроизводства путем установления еще двух особых производств: по уголовным делам о преступлениях, допускающих примирение сторон, а также производство о применении мер уголовно-правового характера при освобождении от уголовной ответственности, процессуальная форма которых отличается от обычного производства.

Вышеуказанным Проектом закона Пленум Верховного Суда предпринял попытку расширить перечень оснований освобождения от уголовной ответственности. Важно отметить, что позиция Пленума Верховного Суда направлена на еще большее расширение диспозитивного начала отечественного уголовного судопроизводства, а также на внедрение восстановительного подхода в досудебное и судебное производство по уголовному делу. Это согласуется с более ранней позицией высшего органа правосудия, который предложил под действиями, направленными на заглаживание вреда, причиненного потерпевшему, понимать оказание в ходе предварительного расследования или судебного производства по уголовному делу какой-либо помощи потерпевшему (например, оплату лечения), а также иные меры, направленные на восстановление нарушенных в результате преступления прав и законных интересов потерпевшего.

В целом, следует поддержать идею внедрения восстановительного подхода в судопроизводство по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести и его элементов по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях (например, подтверждение частичного или полного возмещения причиненного вреда и примирения с потерпевшим в период подачи ходатайства об условно-досрочном освобождении) [10]. Действительно, ученые неоднократно отмечали, что достижение примирения должно включать в себя и заглаживание причиненного преступлением вреда, но этим оно не должно ограничиваться. Примирение, от «мириться», предполагает прекращение вражды, восстановление согласия, установление мирных отношений, а также призвано обеспечивать восстановление социальной справедливости и снижение степени конфликтности в обществе. Тем не менее рассмотренное предложение видится не вполне адаптированным к современной модели отечественного судопроизводства ввиду отсутствия регламентированной в УПК РФ примирительной процедуры и уполномоченного на ее проведения участника процесса.

Таким образом, Пленум Верховного Суда не просто выступил с законодательной инициативой, а предложил изменения, существенно влияющие на сложившуюся модель уголовного судопроизводства. Несмотря на явную рациональность и экономическую целесообразность ряда вышеуказанных предложений, нельзя не отметить отсутствие концептуального системного подхода к реформированию отечественного процесса. Помимо этого, остается неразрешенным ряд важнейших проблем и, что более опасно, несогласованность ряда уголовно-процессуальных институтов.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Лейст О.Э.* Три концепции права // Советское государство и право. 1991. № 12. С. 4.
2. *Маунц Т.* Государственное право Германии. М.: ИЛ, 1959. 586 с.
3. *Давыдов В.А.*, *Дорошков В.В.*, *Колоколов Н.А. и др.* Практика применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Актуальные вопросы судебной практики, рекомендации судей Верховного Суда РФ по применению уголовно-процессуального законодательства на основе новейшей судебной практики / под ред. В.М. Лебедева. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2013. 824 с.
4. *Ярцев Р.В.* Право и факт: новая система координат апелляции в уголовном судопроизводстве // Мировой судья. 2013. № 11. С. 12–16.
5. *Лазарев В.В.* Применение советского права. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1972. 200 с.
6. *Лопашенко Н.А.* Толкование Пленумом Верховного Суда РФ норм об ответственности за незаконное предпринимательство и легализацию // Уголовное право. 2005. № 2. С. 42–44.
7. *Францифоров Ю.В.* Исторический анализ проблем толкования норм уголовно-процессуального закона // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 4. С. 56–58.
8. *Грудцына Л.Ю.* Содержание и классификация институтов гражданского общества в России // Образование и право. 2014. № 1(53) – 2(54).
9. *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. СПб.: Альфа, 1996. Т. 1. 508 с.
10. *Шибанова Е.В.* Роль Верховного Суда РФ в нивелировании пробелов законодательной техники УК РФ и УПК РФ // Российская юстиция. 2014. № 10. С. 47–50.

ON SOME PECULIARITIES OF THE EXERCISE OF POWERS OF THE PLENUM OF THE SUPREME COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 70–73. DOI 10.17223/23088451/7/10

Noskova Elena V., Tomsk State University; West-Siberian Branch of Russian Academy of Justice (Tomsk, Russian Federation). E-mail: NoskovaElena@mail.ru

Keywords: powers of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation, model of criminal justice, supreme courts, precedent, court explanations.

The article investigates the ambiguous attitude of researchers to the legislative activity of the highest judicial body of Russia – the Supreme Court of the Russian Federation. The author believes that it is necessary to clearly define the limits of powers of Russian judicial bodies, which implies not just a broad interpretation of the law or filling gaps in the law, but even the introduction of provisions that are contrary to the applicable law. The author makes an attempt to analyse the submitted draft law aimed at significant changing the current criminal legal proceeding and substantiates the necessity to introduce the restorative approach in the administration of justice in criminal cases.

It is often the case when the highest judicial authority abuses the right and relies on the broad interpretation of the law to prepare recommendations for law enforcers. Since the Soviet era the researchers have been pointing to the need for restricted right of the highest courts to use the broad interpretation of the criminal procedure law; however, nowadays, the Supreme Court often goes beyond the limits of its competence and, instead of interpreting, creates the law, which is totally unacceptable. It got a negative assessment by the domestic researchers of the procedure, who, among other things, pointed out that the Supreme Court Plenum can give an explanation of the provisions enshrined in the Code, but cannot fill the gaps in it (though practicing lawyers sometimes expect it), as this is beyond the scope of its powers and refers to the competence of the legislature. Unfortunately, it did not have a proper impact on the current practice of filling the gaps. We can increasingly observe not only cases of a broad interpretation of the law or filling gaps in the law, but even the introduction of provisions contrary to the applicable law.

Another argument against the preservation and dissemination of this practice is an unstable position of the Plenum of the Supreme Court. This is aggravated by the variability of the normative regulation in the domestic judicial procedures. Thus, over fifteen years of the Code of Criminal Procedure 2001, it has been amended 190 times through federal laws (as of March 1, 2016).

REFERENCES

1. Leist, O.E. (1991) Tri kontseptsii prava [Three Concepts of Law]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*. 12. p. 4.
2. Maunts, T. (1959) *Gosudarstvennoe pravo Germanii* [The State Law of Germany]. Translated from German by Yu.P. Uryas. Moscow: Inostrannaya literatura.
3. Lebedev, V.M. (ed.) (2013) *Praktika primeneniya Ugolovno-protsessual'nogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii. Aktual'nye voprosy sudebnoy praktiki*, *rekomendatsii sudey Verkhovnogo Suda RF po primeneniyu ugolovno-protsessual'nogo zakonodatel'stva na osnove noveyshey sudebnoy praktiki* [The practice of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation. Topical issues of jurisprudence, recommendations of the Supreme Court judges on the application of criminal procedural law based on the latest jurisprudence]. 6th ed. Moscow: Yurayt.
4. Yartsev, R.V. (2013) Pravo i fakt: novaya sistema koordinat apellyatsii v ugolovnom sudoproizvodstve [Right and fact: new system of appealing in the criminal judicial proceeding]. *Mirovoy sud'ya – Magistrate Judge*. 11. pp. 12-16.
5. Lazarev, V.V. (1972) *Primenenie sovetskogo prava* [The use of Soviet law]. Kazan: Kazan State University.
6. Lopashenko, N.A. (2005) Tolkovanie Plenumom Verkhovnogo Suda RF norm ob otvetstvennosti za nezakonnoe predprinimatel'stvo i legalizatsiyu [Interpretation of the norms on liability for illegal business and legalization by the Plenum of the Supreme Court]. *Ugolovnoe pravo*. 2. pp. 42-44.
7. Frantsiforov, Yu.V. (2014) Istoricheskiy analiz problem tolkovaniya norm ugolovno-protsessual'nogo zakona [Historical analysis of the problems of interpretation of the Criminal Procedure Law]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*. 4. pp. 56-58. DOI: 10.7256/1994-1471.2014.4.11236
8. Grudtsyna, L.Yu. (2014) Soderzhanie i klassifikatsiya institutov grazhdanskogo obshchestva v Rossii [The content and classification of civil society institutions in Russia]. *Obrazovanie i pravo*. 1(53) – 2(54).
9. Foynitskiy, I.Ya. (1996) *Kurs ugolovnogo sudoproizvodstva* [Criminal Proceedings]. Vol. 1. St. Petersburg: Al'fa.
10. Shibanova, E.V. (2014) The role of the Supreme Court of the Russian Federation in the filling gaps of the legislative machinery of the Criminal Code and Criminal Procedure Code of the Russian Federation. *Rossiyskaya yustitsiya – Russian Justitia*. 10. pp. 47-50. (In Russian).

УДК 343.1 DOI 10.17223/23088451/7/11

М.Ю. Осипов

ВОПРОСЫ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ И ОЦЕНКИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ В СВЕТЕ ТРЕБОВАНИЙ КОНСТИТУЦИОННОГО И МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Проблема оценки доказательств в уголовном процессе – это одна из актуальных проблем уголовно-процессуального права. В предлагаемой читателю статье рассмотрены основные аспекты и требования норм конституционного и международного права, касающиеся оценки доказательств в уголовном процессе. Предложен ряд мер по совершенствованию уголовно-процессуального доказывания в данной сфере.

Ключевые слова: *доказательства*, *доказывание*, *уголовный процесс*, *требования*, *конституционное право*, *международное право*, *Конституционный Суд РФ*, *Европейский суд по правам человека.*

Одной из актуальных проблем, стоящих перед современным уголовно-процессуальным правом России, является проблема оценки доказательств. Актуальность данной проблемы обусловлена тем, что именно от того, насколько правильно будет проведена оценка доказательств, будет зависеть в конечном итоге судьба лица, подвергающегося уголовному преследованию.

Об этой проблеме написано немало работ [1–4]. Однако вопросы, связанные с оценкой доказательств в уголовном процессе, и проблемы, связанные с этим, остаются нерешенными.

Не имея возможности остановиться на всех проблемах, связанных с оценкой доказательств в уголовном процессе, остановимся на таком аспекте как соблюдение норм конституционного и международного права при осуществлении процедуры оценки доказательств в уголовном процессе.

Согласно ст. 88 Уголовно-процессуального кодекса РФ, «Каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – достаточности для разрешения уголовного дела. В случаях, указанных в ч. 2 с. 75 настоящего Кодекса, суд, прокурор, следователь, дознаватель признает доказательство недопустимым».

Согласно ст. 75 Уголовно-процессуального кодекса РФ, «Доказательства, полученные с нарушением требований уголовно-процессуального кодекса РФ, являются недопустимыми. Недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, предусмотренных ст. 73 настоящего Кодекса РФ».

При этом ч. 2 ст. 75 Уголовно-процессуального кодекса особо подчеркивает, что к недопустимым доказательствам относятся:

1) показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные подозреваемым, обвиняемым в суде;

2) показания потерпевшего, свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, а также показания свидетеля, который не может указать источник своей осведомленности;

3) иные доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса.

Таким образом, Уголовно-процессуальный кодекс РФ называет три случая, когда доказательства, признаются недопустимыми.

1. Когда допрос обвиняемого или подозреваемого ведется в отсутствие защитника, в том числе в тех случаях, когда подозреваемый или обвиняемый отказался от защитника, а затем их не подтвердил в суде.

2. Показания потерпевшего, свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, а также показания свидетеля, который не может указать источник своей осведомленности.

3. Иные доказательства, полученные с нарушением Уголовно-процессуального кодекса РФ.

Каким же образом осуществляется оценка доказательств согласно нормам Уголовно-процессуального кодекса РФ?

Согласно правилам, закрепленным в УПК РФ, «Каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – достаточности для разрешения уголовного дела».

Согласно ст. 17 Уголовно-процессуального кодекса РФ, «Судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью. Никакие доказательства не имеют заранее установленной силы».

Тогда возникает интересный вопрос о так называемых преюдициях в уголовном процессе. Конституционный Суд РФ в своем Постановлении от 21.12.2011 г. № 30-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 90 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой граждан В.Д. Власенко и Е.А. Власенко» указал на ряд условий применения уголовно-процессуальной преюдиции [5].

Он признал положения ст. 90 Уголовно-процессуального кодекса не противоречащими Конститу-

ции РФ в той мере, в какой по своему конституционно-правовому смыслу в системе действующего правового регулирования эти положения означают, что:

• имеющими преюдициальное значение для суда, прокурора, следователя, дознавателя по находящемуся в их производстве уголовному делу являются фактические обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом, разрешившим дело по существу в порядке гражданского судопроизводства, т.е. когда в уголовном судопроизводстве рассматривается вопрос о правах и обязанностях того лица, правовое положение которого уже определено ранее вынесенным судебным актом;

• фактические обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом, разрешившим дело по существу в порядке гражданского судопроизводства, сами по себе не предопределяют выводы суда о виновности обвиняемого по уголовному делу, которая устанавливается на основе всей совокупности доказательств, включая не исследованные при разбирательстве гражданского дела доказательства, подлежащие рассмотрению в установленных уголовно-процессуальным законом процедурах, что в дальнейшем может повлечь пересмотр гражданского дела по вновь открывшимся обстоятельствам;

• признание при рассмотрении уголовного дела преюдициального значения фактических обстоятельств, установленных вступившим в законную силу судебным актом, разрешившим дело по существу в порядке гражданского судопроизводства, не может препятствовать рассмотрению уголовного дела на основе принципа презумпции невиновности лица, обвиняемого в совершении преступления, которая может быть опровергнута только посредством процедур, предусмотренных уголовно-процессуальным законом, и только в рамках уголовного судопроизводства;

• фактические обстоятельства, не являвшиеся основанием для разрешения дела по существу в порядке гражданского судопроизводства, при наличии в них признаков состава преступления против правосудия, подлежат проверке на всех стадиях уголовного судопроизводства, включая возбуждение и расследование уголовного дела, в том числе на основе доказательств, не исследованных ранее судом в гражданском или арбитражном процессе» [5].

В обосновании своего решения Конституционный Суд РФ указал на то, что «принятые в порядке гражданского судопроизводства и вступившие в законную силу решения судов по гражданским делам не могут рассматриваться как предрешающие выводы суда при осуществлении уголовного судопроизводства о том, содержит ли деяние признаки преступления, а также о виновности обвиняемого, которые должны основываться на всей совокупности доказательств по уголовному делу, в том числе на не исследованных ранее при разбирательстве гражданского дела данных, указывающих на подлог или фальсификацию доказательств, – такого рода доказательства исследуются в процедурах, установленных уголовно-процессуальным законом, и могут в дальнейшем повлечь пересмотр гражданского дела.

Обстоятельства фальсификации доказательств как уголовно наказуемого деяния не составляют предмета доказывания по гражданскому делу. Данные фактические обстоятельства выходят за рамки объективных пределов законной силы судебного решения, вынесенного в гражданском судопроизводстве, и составляют предмет доказывания по уголовному делу, возбужденному по признакам соответствующего преступления, предусмотренного Уголовным кодексом Российской Федерации» [6]

При этом, как указал Конституционный Суд РФ, «в качестве единого способа опровержения (преодоления) преюдиции во всех видах судопроизводства должен признаваться пересмотр судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам, к числу оснований которого относится установление приговором суда совершенных при рассмотрении ранее оконченного дела преступлений против правосудия, включая фальсификацию доказательств [5]

В процессе оценки доказательств в ходе уголовного судопроизводства возникает вопрос о пределах доказывания в уголовном процессе.

Согласно положениям ст. 49 Конституции РФ, «Каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда». При этом обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность.

Конституционный Суд РФ указал, что для вынесения обвинительного приговора должна быть полностью опровергнута презумпция невиновности, то есть у суда и других участников процесса не должно оставаться никаких сомнений в том, что обвиняемый в совершении преступления невиновен, поскольку в силу ст. 14 Уголовно процессуального кодекса РФ «Обвинительный приговор не может быть основан на предположениях».

Это означает только одно, что совокупность доказательств, представленных обвинением, должна быть такой, которая однозначно бы свидетельствовала о виновности обвиняемого в совершении того преступления, в котором его обвиняют, то есть должно быть опровергнуто предположение о том, что обвиняемый не совершал данного преступления, а собранные против него доказательства, свидетельствующие якобы против него, являются ошибочными.

Покажем это на конкретном примере. Допустим, некий гражданин обвиняется в мирное время в убийстве других граждан по мотиву политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды либо по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-либо социальной группы.

При этом для того, чтобы признать виновным этого человека в убийстве, необходимо доказать:

а) что именно его действия привели к лишению жизни данного человека, а ни чьи-либо иные действия; б) что лицо, совершая указанные действия, осознавало тот факт, что его действия могут привести или приведут к смерти данных граждан и желало причинения этим людям смерти только потому, что они принадлежали к определенной расе, национальности либо социальной группе, исповедовали ту или иную религию либо не исповедовали никакой, либо являлись носителями определенных политических или идеологических взглядов; в) что именно данное лицо совершило указанные действия, а никакое иное лицо.

Если данное деяние совершается в ходе вооружённого конфликта, то в таком случае для признания военнослужащего виновным в совершении данного преступления необходимо, на наш взгляд, такой совокупности доказательств, которая однозначно подтверждает наличие следующих обстоятельств:

а) действия военнослужащего были направлены на лишение жизни лиц (лица), которые непосредственно не принимают участие в боевых действиях либо прекратили такое участие;

б) военнослужащий осознавал, что он лишает жизни лиц, которые непосредственно не принимают участие в боевых действиях либо прекратили такое участие, то есть военнослужащий видит, что он нападает на лиц с целью их ликвидации, которые не принимают непосредственного участия в боевых действиях либо прекратили принимать участие в боевых действиях, и тем не менее продолжает свое нападение, лишая их жизни;

в) эти действия совершил именно данный военнослужащий, а никакое иное лицо;

г) смерть указанных лиц наступила как непосредственный результат действий военнослужащего, а не косвенной причиной их гибели.

Например, если лица, непосредственно не принимающие участия в боевых действиях, прибывают на военный объект, который может быть, согласно нормам международного гуманитарного права, объектом военного нападения, не уведомляя об этом противника, то в случае гибели указанных лиц военнослужащие атакующей стороны, по нашему мнению, не должны нести за это ответственность, поскольку они по обстоятельствам дела не знали или не должны были знать о том, что их действия направлены в том числе против лиц, не принимающих непосредственное участие в боевых действиях.

При этом квалификация умышленных деяний, связанных с гибелью мирного населения, а также лиц, прекративших принимать участие в боевых действиях, должна осуществляться на территории РФ в соответствии со ст. 356 Уголовного кодекса РФ, а не по какой-либо иной статье, поскольку данные деяния нарушают положения норм международного гуманитарного права, касающихся защиты мирного населения и военнопленных во время вооружённого конфликта, и представляют собой средства и методы ведения войны, которые запрещены международным договором Российской Федерации [7].

Кроме того, нормы международного права дают обвиняемому следующие права по предоставлению доказательств:

а) право допроса показывающих против него свидетелей;

б) право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него [8].

К сожалению, нормы ст. 47 Уголовно-процессуального кодекса РФ не наделяют обвиняемого правом допрашивать показывающих против него свидетелей, а также право требовать вызова свидетелей, которые могут свидетельствовать в его пользу, что, по нашему мнению, противоречит положениям Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Для исправления данной ситуации предлагается дополнить ст.ст. 46–47 Уголовно-процессуального кодекса, наделив подозреваемого или обвиняемого правом допроса показывающих против него свидетелей, а также правом на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него [8].

В заключение необходимо отметить, что соблюдение норм международного и конституционного права, касающихся оценки доказательств, позволит повысить в конечном итоге эффективность уголовного судопроизводства, а также обеспечить защиту прав и законных интересов всех его участников, как того требует ст. 6 Уголовно-процессуального кодекса РФ.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Хахулин С.В.* Актуальные проблемы теории и практики оценки доказательств // Российский следователь. 2014. № 12. С. 3–5.
2. *Бозров В.М.*, *Костовская Н.В.* Некоторые проблемные вопросы оценки доказательств судом // Мировой судья. 2012. № 11. С. 13–22; № 12. С. 26–32.
3. *Галяшин Н.В.* Проблемы правового регулирования и оценки производных доказательств в аспекте перспективы введения в уголовный процесс института установления объективной истины // Адвокатская практика. 2015. № 1. С. 30–33.
4. *Трубникова Т.В.* Обращение томичей в Европейский суд по правам человека: опыт и проблемы // Уголовная юстиция. 2015. № 1. С. 64–69.
5. *Постановление* Конституционного Суда РФ от 21.12.2011 г. № 30-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 90 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой граждан В.Д. Власенко и Е.А. Власенко» // Собрание законодательства РФ. 09.01.2012. № 2. Ст. 398.

6. «*Конституция* Российской Федерации» (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 г. № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 г. № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 г. № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. 04.08.2014. № 31. Ст. 4398.
7. *Дополнительный* протокол к женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (протокол II) (Женева, 8 июня 1977 года) // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный.
8. «*Конвенция* о защите прав человека и основных свобод» (Заключена в г. Риме 04.11.1950) (с изм. от 13.05.2004) (вместе с «Протоколом [№ 1]» (Подписан в г. Париже 20.03.1952), «Протоколом № 4 об обеспечении некоторых прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и первый Протокол к ней» (Подписан в г. Страсбурге 16.09.1963), «Протоколом № 7» (Подписан в г. Страсбурге 22.11.1984)) // Бюллетень международных договоров. 2001. № 3.

PROVISION AND EVALUATION OF EVIDENCE IN A CRIMINAL PROCEDURE IN THE LIGHT OF THE REQUIREMENTS OF THE CONSTITUTIONAL AND INTERNATIONAL LAW

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 74–77. DOI 10.17223/23088451/7/11

Osipov Mikhail Yu., Institute of Jurisprudence and Management of the All-Russian Police Association (Tula, Russian Federation, Russian Federation). E-mail: osipov11789@yandex.ru

Keywords: evidence, proof, criminal procedure, requirements, constitutional law, international law, Constitutional Court, European Court of Human Rights.

The problem of evaluation of evidence in a criminal procedure is one of the urgent problems of the criminal procedure law. The urgency of this problem stems from the fact that the ultimate fate of the person being prosecuted depends on how well the evidence is evaluated. In the present article the basic aspects of the requirements and standards of constitutional and international law relating to the evaluation of evidence in a criminal procedure are addressed. The analysis of the evidence evaluation rules stipulated by the norms of the criminal procedure law in terms of the norms of constitutional and international law. The possibility of using prejudice in a criminal procedure is considered based on the analysis of the Constitutional Court rulings.

It is concluded that prejudice in a criminal procedure may only concern a fact established by a legally effective court decision and may not prejudge the question of whether the act has signs of a crime, or whether the accused is guilty, which should be based on the totality of evidence in a criminal procedure. This totality includes data, previously unstudied in a civil procedure, indicating forgery or falsification of evidence – this kind of evidence is investigated in the procedures established by the criminal procedure law, and may in the future lead to a revision of a civil case. Further, the article discusses the limits of evidence in a criminal procedure; their close link with the problem of evaluation of evidence is stated.

It is shown that the accused may be convicted only if the totality of the evidence collected in a case clearly and completely refutes the presumption of innocence, i.e. the assumption that the accused did not commit this crime and evidence collected against them, allegedly testifying against them, is wrong.

REFERENCES

1. Khakhulin, S.V. (2014) Topical issues of theory and practice of evaluation of evidence. *Rossiyskiy sledovatel' – Russian Investigator*. 12. pp. 3-5. (In Russian).
2. Bozrov, V.M. & Kostovskaya, N.V. (2012) Nekotorye problemnye voprosy otsenki dokazatel'stv sudom [Some problematic issues of evaluation of evidence by the court]. *Mirovoy sud'ya – Magistrate Judge*. 11. pp. 13-22; 12. pp. 26-32.
3. Galyashin, N.V. (2015) Problems of legal regulation and evaluation of derivative evidence in the prospect of introduction into the criminal procedure of the institute of establishment of objective truth. *Advokatskaya praktika – Advocate's Practice*. 1. pp. 30-33. (In Russian).
4. Trubnikova, T.V. (2015) Applications by Tomsk residents to the European Court of Human Rights: experience and problems. *Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law*. 1 pp. 64-69. (In Russian).
5. Russian Federation. (2012) Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 21.12.2011 N 30-P "On the case on the constitutionality of the provisions of Article 90 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation in connection with a complaint of citizens V.D. Vlasenko and E.A. Vlasenko". *Sobranie zakonodatel'stva RF.* 2. Art. 398. (In Russian).
6. Russian Federation. (2014) The Constitution of the Russian Federation (adopted by popular vote on 12.12.1993) (taking into account the amendments made by the RF Laws on Amendments to the Constitution of the Russian Federation of 30.12.2008 N 6-FKZ, of 30.12.2008 N 7-FKZ, of 05.02.2014 N 2-FKZ, of 21.07.2014 N 11-FKZ). *Sobranie zakonodatel'stva RF*. 31. Art. 4398. (In Russian).
7. Konsul'tant Plyus. (1992) *Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, *Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) (Geneva*, *June 8*, *1977).* Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
8. Byulleten' mezhdunarodnykh dogovorov. (2001) The Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (signed in Rome 04.11.1950) (amended on 13.05.2004) (together with Protocol [N 1]" (signed in Paris on 20.03.1952), Protocol N 4 securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and its first Protocol (signed in Strasbourg on 16.09.1963), Protocol N 7 (signed in Strasbourg on 22.11. 1984)). *Byulleten' mezhdunarodnykh dogovorov.* 3. (In Russian).

УДК.343.65 DOI 10.17223/23088451/7/12

А.А. Рукавишникова

ОСНОВАНИЯ ОТМЕНЫ ИЛИ ИЗМЕНЕНИЯ ПРИГОВОРА, ВСТУПИВШЕГО В ЗАКОННУЮ СИЛУ, В ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРОИЗВОДСТВАХ: ПОЗИЦИИ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА И КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ

Анализируется сущность и виды оснований, которые в соответствии с решениями Европейского суда по правам человека и Конституционного Суда РФ оправдывают возможную отмену или изменения приговора, вступившего в законную силу. В многочисленных решениях Европейского суда по правам человека к основаниям отмены судебного решения, вступившего в законную силу, относятся только обстоятельства существенного и непреодолимого (неопровержимого) характера, но при этом понятия и признаки таких оснований не формулируются. Отмечается, что не разрешен этот вопрос и в решениях Конституционного Суда РФ. Исследуется и приводится практика. На основе делается вывод о том, что существование исчерпывающего перечня таких оснований в УПК РФ невозможно.

Ключевые слова: *приговор*, *вступивший в законную силу*, *основания изменения и отмены приговора*, *вступившего в законную силу*, *исключительные производства*, *решения Европейского суда по правам человека*, *решения Конституционного Суда РФ.*

Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) не исключает возможность и необходимость отмены или изменения приговора, вступившего в законную силу (по тексту статьи это понятие будет использоваться как синоним понятию окончательный приговор, хотя в отдельных решениях ЕСПЧ они используются не как равнозначные). ЕСПЧ предусматривает для этого такое исключительное производство, как возобновление, которое может быть реализовано в двух целях: во-первых, в целях исправления неправомерных судебных решений и судебных ошибок существенного (фундаментального) и неопровержимого характера и, во-вторых, в целях учета возникших новых и вновь открывшихся обстоятельств [1].

ЕСПЧ не конкретизирует наименование производств, в рамках которых должен реализовываться пересмотр в данных целях; не уточняет, должно ли это быть два самостоятельных производства или эти цели могут быть достижимы в рамках одного производства (например, производства по возобновлению ввиду новых и вновь открывшихся обстоятельств). Однако независимо от того, как на национальном уровне будет процессуально урегулирован данный вид пересмотра окончательных решений, он должен быть подчинен определенным требованиям, обусловленным природой окончательного решения.

Оценивая возможные границы колебания окончательного судебного решения, в этих исключительных формах ЕСПЧ формулирует в своих решениях ряд требований, которые, по его мнению, способны обеспечить разумный баланс между неотменяемостью окончательного судебного решения и необходимостью устранения обстоятельств в виде фундаментальных ошибок и злоупотребления правосудием.

Одним из таких требований является наличие особого круга оснований, которые должны отличаться от оснований отмены или изменения решения в суде второй инстанции. Круг таких оснований отличается в зависимости от цели возобновления. Возобновление в соответствии с первой целью исключает такие основания, которые могли бы повлечь перерешение разрешенного спора и предполагает лишение устойчивости окончательного решения исключительно в целях устранения фундаментальной ошибки. Возобновление в соответстии со второй целью представляет собой ничто иное как перерешение материального спора, установленного окончательным решением, в связи с возникновением новых и вновь открывшихся обстоятельств.

Наибольший интерес представляет собой первая группа оснований, оправдывающих отмену приговора, вступившего в законную силу, так как определение их сущности и видов и в теории, и в практике вызывает немало споров.

В своих решениях для характеристики этих оснований ЕСПЧ использует различные термины: судебные фундамаентальные ошибки, существенные ошибки, существенные судебные ошибки, существенные процессуальные нарушения, юридические ошибки, несправедливость при отправлении правосудия, серьезные нарушения судебной процедуры, явные ошибки в применении материального права, иные веские причины, вытекающие из интересов отправления правосудия, ошибки в подсудности, злоупотребление полномочиями. Все сформулированные в решениях ЕСПЧ ошибки, которые могут выступить в качестве оснований отмены или изменений решений, вступивших в законную силу, можно условно разделить на четыре группы: существенные процессуальные ошибки при отправлении правосудия; явные ошибки в применении материального права; ошибки в подсудности (подведомственности); злоупотребления полномочиями.

Следует отметить, что такая вариативность в понимании категории ошибок, которые могут обосно-

вать отмену окончательного решения, не способствует единству в понимании позиций самого Европейского суда по правам человека. Однако формулирование их с достаточной четкостью вряд ли возможно, тем более в практике судебного органа, который носит вненациональный характер и решения которого должны носить транснациональный характер и быть приемлемыми для стран с различными системами права.

Не решает, в смысле точных критериев отнесения тех или иных нарушений к фундаментальным, проблему и Рекомендация Совета министров № R (2000) 2 по пересмотру дел и возобновлению производства по делу на внутригосударственном уровне в связи с решениями Европейского суда по правам человека [2]. В качестве возможных оснований отмены окончательных решений в данном документе указаны следующие ситуации: если оспариваемое окончательное решение национальной инстанции по существу противоречит Конвенции о защите прав человека и основных свобод; если признанное нарушение основывается на процедурных ошибках или нарушениях, имеющих такой серьезный характер, что оказывают влияние на результаты внутригосударственного разбирательства. Анализируя данный документ, можно прийти к выводу, что он содержит две группы ошибок: для возобновления процедуры по окончательному судебному решению (аналог возобновления производства по уголовному делу в порядке гл. 49 УПК РФ) и для всех других видов пересмотра окончательного решения.

Разъясняя вторую группу нарушений, в Пояснительной записке к данной Рекомендации Совета министров № R (2000) 2 отмечено, что такими нарушениями могут являться случаи, когда потерпевшая сторона не имела времени или возможности подготовить свою защиту в ходе разбирательства по уголовному делу; когда обвинение основывалось на материалах, добытых под пыткой, или подтвердить которые потерпевшая сторона не имела возможности; когда в рамках гражданского процесса по отношению к участвующим сторонам был нарушен принцип равенства сторон. При отнесении нарушений к таковым необходимо учитывать, что они должны быть настолько серьезными, чтобы возникало серьезное сомнение в отношении внутринациональных процедур [3]. Как видно из формулировок данного документа, понимание таких нарушений не носит конкретного характера и в целом лишь раскрывает их абстрактную сущность.

По общему правилу ЕСПЧ в своих решениях не дает оценку правильности отнесения того или иного нарушения судебным органом той или иной страны к фундаментальным (отдавая это на откуп законодателя и правоприменителя). Однако в отдельных постановлениях при определении наличия нарушения права на правовую определенность, создаваемую окончательным решением, то или иное нарушение оценивается ЕСПЧ (наряду с другими обстоятельствами) с позиции отнесения его к фундаментальным и способным оправдать лишение окончательного решения свойства неотменяемости. Так, к числу фундаментальных ошибок отнесена ситуация, когда лицо, которое должно быть в силу закона привлечено к участию в деле, не было привлечено, в связи с чем лишено было право на доступ к суду и решения вопроса о своих правах и обязанностях [4].

В то же время вынесение правильного по своему содержанию окончательного судебного решения, но с нарушением правил о подведомственности (рассмотрено в системе арбитражных судов, а по ГПК РФ отнесено к подведомственности судов общей юрисдикции), при условии соблюдении всех требований права на справедливое судебное разбирательство, не должно, с позиции ЕСПЧ, служить основанием для преодоления устойчивости вынесенного окончательного судебного решения. При этом в других случаях ошибки, связанные с юрисдикцией, были признаны в качестве обосновывающих отмену окончательных судебных решений и признаны «существенными», «фундаментальными» [5]. Таким образом, даже конкретные виды нарушений в различных решениях ЕСПЧ (с применением всех критериев и с учетом обстоятельств дела) могут быть оценены в одной ситуации как позволяющие необоснованно запустить механизм скрытого обжалования окончательного судебного решения, а в другой – как основание существенного и фундаментального характера, способное обосновать правомерность отмены окончательного судебного решения, что позволяет утверждать, что создание объективного и исчерпывающего перечня таких оснований не представляется возможным. Сам ЕСПЧ признает, что эти понятия не допускают четкого определения и не могут быть сведены к ограниченному числу приемов, когда допускается такой пересмотр, поэтому национальным судам должен предоставляться определенный предел усмотрения в их понимании с учетом унификации их практики [6].

Анализ решений ЕСПЧ позволяет сформулировать несколько правил, которыми можно руководствоваться при отнесении того или иного основания к такому, которое оправдывает отмену окончательного судебного решения:

1) Основания не должны быть аналогичны основаниям проверки неокончательного судебного решения. В противном случае это будет означать, что исключительное производство по проверке окончательного решения будет проводиться так же, как если бы речь шла об обычном производстве [7].

В частности, ЕСПЧ считает, что основаниями отмены окончательного судебного решения не могут признаваться неправильная оценка доказательств, неправильное толкование нормы права, подлежащей применению в конкретном деле, если оно осуществилось в пользу частных лиц (считает, что обеспечение единства правоприменительной практики может быть достигнуто за счет других законодательных и судебных средств, и она не может оправдать пренебрежение законной уверенности,

которая создается окончательным судебным решением), вынесение окончательного решения в соответствии с обеспечением права на справедливое судебное разбирательство частных лиц, но с нарушением правил подведомственности и т.д. Следует однако отметить, что, исключая возможность существования аналогичных оснований при проверке неокончательного и окончательного судебного решения, ЕСПЧ исходит из того, что, во-первых, суды, проверяющие неокончательные судебные решения, должны иметь возможность исправлять все ошибки, а, во-вторых, при оценке конкретного основания, как потенциально способного оправдать отмену окончательного судебного решения, требует, чтобы о нем уже было заявлено в суде второй инстанции, и тогда предметом проверки исключительной инстанции должно быть именно производство в суде второй инстанции, а не нарушения, допущенные судом первой инстанции [8]. Однако совершенно очевидно, что основание при этом скорее всего будет одно и то же.

Следует отметить (как будет показано далее), что сложность отграничения оснований для отмены неокончательных и окончательных судебных решений нашла свое проявление и в национальных процессуальных кодексах. Перед законодателем стояла задача разграничить основания для отмены неокончательных и окончательных решений (для апелляционного, кассационного и надзорного производств и производства по возобновлению). И если решения ЕСПЧ могут содержать достаточно абстрактные категории, то применительно к процессуальным законам это недопустимо: они должны содержать четкие ориентиры для правоприменителей, которые в любом случае должны содержать пределы возможного проявления усмотрения. В противном случае такой процессуальный закон сам способен выступить причиной проявившейся неопределенности.

2) Ошибки в фактической стороне дела не могут оправдать отмену окончательного решения, так как всегда представляют собой простое проявление иного взгляда на дело, чем отражено в решении, и соответственно являются основаниями обычного обжалования. Оценивая конкретное обстоятельство на предмет того, может ли оно оправдать отмену окончательного судебного решения, ЕСПЧ исходит из того, что это в любом случае не должно быть просто проявлением иной позиции, взгляда по делу, разрешенному окончательно, т.е. замаскированным обжалованием. ЕСПЧ признает неизбежность существования у сторон по делу противоположных точек зрения, но считает, что именно суды первой и второй инстанции, гарантируя честность и состязательность, должны вынести окончательное решение по заявленным требованиям [8].

Реализуя этот подход, в своих решениях применительно к способам преодоления устойчивости окончательного решения ЕСПЧ использует термин именно «пересмотр окончательных решений», а не обжалование (как применительно к суду второй инстанции).

Исключение составляет возможность устранения «ошибки» в фактической стороне, если обстоятельство возникло после вынесения окончательного судебного решения, путем возобновления производства [9].

3) По общему правилу не может выступать в качестве основания отмены окончательного судебного решения ошибка в применении материальных норм права. Однако впоследствии в своих решениях ЕСПЧ, в принципе, не исключает возможность исправления такой ошибки при отмене окончательного судебного решения, хотя и пытается определить, что не любой, а только явной, не представляющей собой простого проявления иного взгляда на разрешенное дело, несогласия с осуществленным применением, толкованием норм материального права (в том числе когда вышестоящий суд отменяет решение нижестоящего суда по основаниям несогласия с осуществленным правоприменением). Наличие у вышестоящего суда простого иного взгляда на разрешенное дело и судебное применение норм, как возможное основание отмены окончательного решения, способно перечеркнуть весь уже проведенный процесс, уничтожить его значение и последствие в виде окончательного судебного решения.

Следует отметить, что на практике очень сложно, если не невозможно представить себе ситуацию, когда речь идет об исправлении ошибок в применении норм материального права – и это не означает, во-первых, вторжение в фактическую сторону уже разрешенного дела; а, во-вторых, выражения иного взгляда вышестоящего суда на применение норм нижестоящим. В 2015 году, анализируя в одном из своих решений кассационное производство в гражданском процессе (по ГПК РФ допускается после вступления в законную силу решения), ЕСПЧ признал возможным отмену окончательных судебных решений по основаниям неправильного применения и толкования норм материального и процессуального права. Соответственно грань между основаниями отмены неокончательных и окончательных судебных решений по основанию неправильного применения норм материального права весьма условна даже в самих решениях ЕСПЧ. Единственное, что в отдельных решения ЕСПЧ говорил о том, что такие нарушения должны носить «действительный», а не «предполагаемый характер» [10]. Таким образом, ошибка в применении норм материального права также способна выступить основанием отмены устойчивости окончательного судебного решения, но она должна носить явный, действительный характер.

4) По общему правилу не допускается при отмене окончательных судебных решений устранять ошибки, допущенные государственными органами в пользу частных лиц, т.е. в качестве основания не может выступать ошибка, которая влечет ухудшение прав частных лиц по сравнению с тем, как оно определено в окончательном судебном решении

(поворот к худшему). Это вытекает из того, что окончательным судебным решением лицом приобретается законная уверенность в том, что им установлено (за счет такого признака окончательного судебного решения, как финальности юридико-фактической разрешенности дела), поэтому пренебрежение такой уверенностью, тем более в сторону ухудшения положения, в целях устранения ошибки государственных органов недопустимо. В одном из своих решений ЕСПЧ отметил, что такая ситуация создавала бы для органов обвинения неограниченную возможность по злоупотреблению полномочиями по возобновлению окончательного разрешенного дела, а бремя последствий допущенной ошибки (ненадлежащего исполнения своих полномочий) возлагалось бы на частных лиц. Ошибки и недостатки органов государственной власти должны работать в пользу подсудимого [11].

Однако все же данный судебный орган допускает возможный отход от сформулированного им правила в случае, когда допущена существенная ошибка (не должна носить характер фактической), которая должна быть сформулирована в национальном законе с достаточной точностью и ясностью, с тем чтобы исключить произвольное применение закона судом. Следует отметить, что ЕСПЧ в своих решениях не приводит не только виды таких ошибок, способных оправдать отмену окончательного оправдательного решения или изменение такого решения в сторону ухудшения, но и не указывает признаки таких нарушений.

Конституционный Суд РФ в целом в своих решениях во многом отражает позиции ЕСПЧ. В своих актах также отмечает, что требования правовой определенности и стабильности не являются абсолютными и не препятствуют возобновлению производства по делу в связи с появлением новых или вновь открывшихся обстоятельств или при обнаружении существенных нарушений, которые были допущены на предыдущих стадиях процесса и привели к неправильному разрешению дела. Конституционный Суд РФ допускает существование трех самостоятельных экстраординарных форм пересмотра окончательных решений, которые рассматриваются им как дополнительные гарантии законности и обоснованности судебных решений, а также как дополнительные способы обеспечения правосудности судебных решений, которые, имея резервное значение, используются, когда неприменимы или исчерпаны все обычные средства уголовно-процессуальной защиты [12].

Однако подход Конституционного Суд РФ, согласно которому все экстраординарные стадии представляют собой дополнение резервного характера (с учетом того, что для процедуры возобновления не существует понятия окончательного судебного решения, она не ограничена процессуальными сроками, а перечень новых обстоятельств не носит исчерпывающего характера), способен поставить под угрозу саму природу судебного решения, вступившего в законную силу. Следует отметить еще и то, что при возобновлении производства ввиду новых и вновь открывшихся обстоятельств на легальной основе может быть заново разрешено уголовное дело, поэтому ЕСПЧ в своих решениях отмечал о необходимости существования исчерпывающего перечня новых и вновь открывшихся обстоятельств и особость самой процедуры возобновления в этих целях. Производство по возобновлению не должно представлять еще одну возможность кассационного и надзорного производства.

Конституционный Суд РФ также в своих решениях отмечает, что экстраординарные формы должны отвечать определенным требованиям. В целом такие требования, по мнению Конституционного Суда РФ, должны исключать во-первых, возможность необоснованного возобновления судебного разбирательства по делу, где вынесено окончательное решение, а во-вторых, его затягивание, в целях обеспечения справедливого судебного решения и правовой определенности, включая признание законной силы судебных решений, их неопровержимости (res judicata), без чего недостижим баланс публично-правовых и частноправовых интересов [13]. В качестве одного из требований, которым должны отвечать экстраординарные способы проверки, является наличие установленного в законе особого круга оснований. В качестве такого особого круга оснований Конституционный Суд РФ признает существенные нарушения закона.

Категория «существенные нарушения», как возможное основание отмены окончательных решений, была предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ с позиции неопределенности ее содержания, как допускающая различное понимание ее в правоприменительной практике и предоставляющая возможность неограниченной дискреции для судьи, предварительно изучающего обращения, содержащие просьбу о необходимости пересмотра окончательных судебных решений [14].

Однако Конституционный Суд РФ отметил, что акт суда, который уже вступил в законную силу, может быть изменен или отменен в порядке надзора лишь в исключительных случаях, когда в результате ошибки, допущенной в ходе предыдущего разбирательства и предопределившей исход дела, которой существенно нарушены права и законные интересы, защищаемые в судебном порядке, которые не могут быть восстановлены без устранения или изменения ошибочного судебного акта. Таким образом, признаками такой ошибки, которая может оправдать пересмотр судебного решения, вступившего в законную силу, являются: она должна повлиять на исход дела; существенно затрагивать права и свободы; не подлежать исправлению другим способом, чем отмена или изменение судебного решения, вступившего в законную силу. Согласно решениям Конституционного Суда РФ, в качестве такой ошибки в равной мере могут быть нарушения материального и процессуального закона.

Конституционный Суд РФ, так же как и ЕСПЧ, признал тот факт, что разнообразие обстоятельств, подтверждающих наличие существенности допущенных нарушений, делает невозможным установление их перечня в законе. В связи с этим он допускает существование в законе именно такой формулировки основания для пересмотра решений, вступивших в законную силу. При оценке в каждом конкретном случае того или иного основания на предмет существенности Конституционный Суд РФ рекомендует руководствоваться следующим: оценку необходимо проводить с учетом природы, предназначения и целей именно надзорного производства как экстраординарной стадии; при оценке исходить из того, что такое основание не должно представлять другую точку зрения на то, как должно разрешаться дело; должно обеспечиваться единообразное толкование этой нормы в правоприменительной деятельности [13].

Анализ решений Конституционного Суда РФ применительно к возможным основаниям проверки судебного решения, вступившего в законную силу, в рамках исключительных производств позволяет прийти к следующими выводам:

- Во-первых, сформулированные признаки существенности нарушения не позволяют их отграничивать от оснований обжалования в рамках обычных стадий (а применительно к нарушениям процессуального закона они в полном объеме совпадают даже на уровне процессуального характера). Конституционному Суду РФ (так же как и ЕСПЧ) не удалось обосновать особый характер этих оснований. Не решает проблему и указание на их явный, а не предполагаемый характер – должны повлиять на исход дела. Представляется, что это указание излишне, так как причинная связь с результатом рассмотрения отражается в существенности самого нарушения. Уловить их смысл можно, а на практике применить очень сложно.

- Во-вторых, в многочисленных решениях Конституционного Суда РФ последовательно проявляется сформулированный им подход, согласно которому экстраординарные стадии являются дополнительными, резервными, что не исключает того, что в их рамках могут быть исправлены все те же ошибки, что не были исправлены при производстве в суде второй инстанции.

Так, Конституционный Суд РФ вполне допускает существование ситуации, когда одно и то же обстоятельство вполне может выступать основанием и обычных, и исключительных способов обжалования. Речь идет о приведении судебного решения в соответствии с уголовным законом, устраняющим и смягчающим ответственность. Конституционный Суд РФ отмечает, что названные процедуры (производство в порядке ст.ст. 396 и 397 УПК РФ, апелляционное, кассационное, надзорное производства) независимо от того, в какой из них будет разрешаться вопрос о приведении судебного решения в соответствие с Уголовным законом, должны обеспечивать конституционные гарантии судебной защиты прав и свобод человека и гражданина [15].

Представляется, что после вступления в законную силу решение вопроса должно происходить в рамках производств, предусмотренных гл. 47 УПК РФ, которые закрепляют более процессуально-адекватную, экономичную форму разрешения такого вопроса. В качестве самостоятельного основания пересмотра судебного решения, вступившего в законную силу, такое основание допускаться не должно. Так как, во-первых, в данном случае речь не идет о судебной ошибке и в этом смысле судебное решение не требует пересмотра, а, во-вторых, использование исключительных процедур для решения этого вопроса не является эффективным как с позиции необходимости обеспечения устойчивости (стабильности) существования решения, вступившего в законную силу, так и с позиции обеспечения процессуальной экономии и процессуальной сложности самого механизма исключительных стадий (их использование несоразмерно стоящей задаче).

Достаточно интересно такой подход Конституционного Суда РФ восприняла практика. В своих решениях судебные инстанции, проверяющие решения по уголовным делам, вступившие в законную силу, в кассационном порядке, со ссылкой на решения Конституционного Суда РФ признают, что кассационное производство является дополнительным по отношению к обычным способам проверки, в рамках которых могут устраняться все те ошибки, которые не устранены ранее в рамках обычных процедур (т.е. по сути дублирующим). Так, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ, рассматривая кассационное представление на решения судов первой, апелляционной и кассационной инстанции, указала, что с учетом установленного ст. 401.1 УПК РФ ограничения доводы кассационных жалобы, представления, если в них оспаривается правильность установления судом фактических обстоятельств дела (вопросы факта), проверке не подлежат. Однако указанное ограничение не следует рассматривать в качестве абсолютного запрета, поскольку, как неоднократно указывал Конституционный Суд РФ, недопустимо такое ограничение круга оснований для пересмотра вступившего в законную силу судебного решения и такое ограничение полномочия судов по проверке этих оснований, которые делали бы невозможными исправление незаконного, необоснованного или несправедливого судебного решения и восстановление нарушенных им прав и законных интересов [16].

- В-третьих, Конституционный Суд РФ, как и ЕСПЧ, поддерживает позицию, согласно которой за ошибки государства в лице его органов не могут нести ответственность частные лица. Это вытекает из общей позиции, выраженной в решениях Конституционного Суда РФ о том, что исключается отмена окончательных актов, определяющих права физических лиц в их отношениях с государством в сторону, ухудшающую их положение.

Применительно к уголовному судопроизводству Конституционный Суд РФ впоследствии допустил применение поворота к худшему в порядке пересмотра судебного решения, вступившего в законную силу. Это возможно, когда в законе установлены с абсолютной точностью и ясностью основания отмены и изменения окончательных судебных решений в сторону ухудшения положения осужденного (оправданного). Эти основания должны, по мнению Конституционного Суда РФ, отличаться от общих оснований пересмотра окончательных решений, должны носить существенный (фундаментальный) характер и повлиять на исход дела. Однако такое понимание не позволяет определить специфичность оснований допустимого поворота к худшему, что пересмотр в этих целях делает неопределенным и непредсказуемым. Согласно решениям Конституционного Суда РФ, отсутствие возможности пересмотра окончательного судебного решения в сторону ухудшения нарушает равенство прав участников уголовных правоотношений, и сторона защиты ставится в преимущественное положение по отношению к потерпевшему, его представителю и прокурору [17].

Однако в силу публичности уголовного судопроизводства на стороне потерпевшего постоянно функционирует целый государственный аппарат (органы следствия, дознания, прокуратуры), которые в силу профессиональной компетенции просто обязаны реагировать на все выявленные нарушения при рассмотрении дела немедленно, независимо от желания потерпевшего. Это входит в число их обязанностей и свидетельствует о профессиональности и качественности их выполнения. В связи с этим вряд ли потерпевшего можно признать заведомо слабой стороной в правоотношениях с подсудимым.

Поэтому, как думается, существование запрета на обжалование окончательного приговора в сторону ухудшения (как это было в прежней редакции ст. 405 УПК РФ) есть не что иное, как проявление определенной системы сдержек и противовесов, позволяющей именно процессуально уравнивать возможности стороны обвинения и защиты, привести их процессуальные права в определенное сбалансированное состояние. Представляется, что иная трактовка ведет именно к тому, что стороне обвинения предоставляется преимущественная возможность исправить недостатки в своей работе ценой отмены окончательного судебного решения, состоявшегося в пользу подсудимого. Представляется, что пересмотр окончательного решения, который по общему правилу должен исключать возможность колебания разрешенной стороны дела (за исключением возобновления производства по новым и вновь открывшимся обстоятельства), в любом случае должен предполагать запрет на пересмотр такого решения в сторону ухудшения положения участников осужденного (оправданного).

В целом, анализ решений ЕСПЧ и Конституционного Суда РФ позволяет сделать вывод о том, что оба судебных органа столкнулись с одинаковой проблемой, как сформулировать достаточно четкий и ясный перечень оснований, который будет оправдывать возобновление производства по делу, где уже состоялось решение, вступившее в законную силу. Признав, что существование такого перечня невозможно, каждый из этих судебных органов попытался сформулировать какие-то подходы к определению таких оснований. Проводя сравнительно-правовой анализ этих подходов, можно сделать вывод о том, что они строятся на разном понимании дополнительности, субсидиарности, резервности исключительных производств. Применительно к решениям ЕСПЧ субсидиарность исключительных производств заключается в том, что они имеют особый (отличный) круг оснований, который вместе с основаниями проверки решений в обычных производствах обеспечивают правосудность судебного решения в целом, но каждый на своем участке. В то же время Конституционный Суд РФ понимает субсидиарность, дополнительность таких производств как возможное дублирование, если это оправдано обеспечением правосудности решения. В связи с этим, Конституционный Суд РФ допускает больше возможностей и пределов колебания решения, вступившего в законную силу. Такой подход к пониманию назначения исключительных производств, в части возможных оснований, реализуется и на практике.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Дело* «Рябых против Российской Федерации»: Постановление Европейского суда по правам человека от 24 мая 2007 года // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).
2. *Рекомендация* № R(2000)2 по пересмотру дел и возобновлению производства по делу на внутригосударственном уровне в связи с решениями Европейского суда по правам человека // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992-. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).
3. *Пояснительная* записка к Рекомендации № R(2000)2 по пересмотру дел и возобновлению производства по делу на внутригосударственном уровне в связи с решениями Европейского суда по правам человека // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).
4. *Дело* «Проценко против Российской Федерации»: Постановление Европейского суда по правам человека от 31 июля 2008 года // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр.

дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).

5. *Дело* «Сутяжник против Российской Федерации»: Постановление Европейского суда по правам человека от 23 июля 2009 года // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).
6. *Дело* «Собелин и другие против Российской Федерации»: Постановление Европейского суда по правам человека от 3 мая 2007 года // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).
7. *Дело* «Федоров против Российской Федерации»: Постановление Европейского суда по правам человека от 26 февраля 2009 года // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).
8. *Дело* «Петров против Российской Федерации»: Постановление Европейского суда по правам человека от 10 мая 2007 года // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.); *Дело* «Бодров против Российской Федерации»: Постановление Европейского суда по правам человека от 12 февраля 2009 года // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.); *Дело* «Федоров против Российской Федерации»: Постановление Европейского суда по правам человека от 26 февраля 2009 года // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).
9. *Дело* «Пшеничный против Российской Федерации»: Постановление Европейского суда по правам человека от 14 февраля 2008 года // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).
10. *Ленская* против Российской Федерации» (Жалоба № 28730/03): Постановление Европейского суда по правам человека от 29 января 2009 года // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 января 2015 г).
11. *Дело* «Радчиков против Российской Федерации»: Постановление Европейского суда по правам человека от 24 мая 2007 года // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.); *Дело* «Чистяков против Российской Федерации»: Постановление Европейского суда по правам человека от 09 апреля 2009 года // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).
12. *По делу* о проверке конституционности статьи 405 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом курганского областного суда, жалобами уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, производственно-технического кооператива «Содействие» общества с ограниченной ответственностью «Карелия» и ряда граждан: Постановление Конституционного Суда РФ от 11 мая 2005 года № 5-П // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).
13. *По делу* о проверке конституционности положений статей 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Кабинета Министров Республики Татарстан, жалобами открытых акционерных обществ «Нижнекамскнефтехим» и «Хакасэнерго», а также жалобами ряда граждан: Постановление Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).
14. *Об отказе* в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Дороша Игоря Ивановича на нарушение его конституционных прав статьями 79 и 100 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», а также частью первой статьи 401.15 , статьями 401.17 и 412.1 Уголовно- процессуального кодекса Российской Федерации: Определение Конституционного Суда РФ от 22 декабря 2015 года № 3019-О // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).
15. *По делу* о проверке конституционности части второй статьи 10 Уголовного кодекса Российской Федерации, части второй статьи 3 Федерального закона «О введении в действие Уголовного кодекса Российской Федерации», Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» и ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, касающихся порядка приведения судебных решений в соответствие с новым уголовным законом, устраняющим или смягчающим ответственность за преступление, в свя-

зи с жалобами граждан А.К. Айжанова, Ю.Н. Александрова и других: Постановление Конституционного Суда РФ от 20 апреля 2006 года № 4-П / Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992-. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный (Дата обращения 23 мая 2016 г.).

16. *Кассационное* определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 23 сентября 2015 года № 89-УДП15-12: [Электронный ресурс]. Режим доступа: http: // www.vsrf.ru/indexA.php. (Дата обращения 2.03.2016 года).
17. *По делу* о проверке конституционности отдельных положений статей 342, 371, 373, 378, 379, 380 и 382 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, статьи 41 Уголовного кодекса РСФСР и статьи 36 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в связи с запросом Подольского городского суда Московской области и жалобами ряда граждан: Постановлением Конституционного Суда Российской Федерации от 17 июля 2002 года № 13-П // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный. (Дата обращения 23 мая 2016 г.).

GROUNDS FOR CANCELING OR MODIFYING ENFORCEABLE SENTENCES IN EXCEPTIONAL PROCEDURES: THE POSITION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 78–86. DOI 10.17223/23088451/7/12
Rukavishnikova Anastasiya A., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation). E-mail: satsana@yandex.ru

Keywords: enforceable sentence, grounds for modifying and canceling enforceable sentence, exceptional procedure, decisions of the European Court of Human Rights, decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation.

The European Court of Human Rights (ECHR) does not rule out a possibility of canceling or modifying enforceable sentences. For these purposes, ECHR provides a renewal, as an exclusive procedure, which can be implemented for two purposes: first, to remedy wrongful judgments and judicial errors of essential (fundamental) and compelling character and, second, to take account of any new and newly discovered circumstances.

ECHR does not specify the name of the procedures which revise sentences for these purposes. It does not specify whether it should be two independent procedures, or these purposes can be achieved within a single procedure (for example, the resumption of the procedure in view of new and newly discovered circumstances). However, regardless of how this type of revision of the final decision is procedurally regulated at the national level, it should be subject to certain requirements due to the nature of the final decision.

Evaluating the possible limits of fluctuations of a final judgment in these exceptional procedures, in its decisions ECHR formulates a number of requirements which are able to provide a reasonable balance between the irrevocability of a final judgment and the need to eliminate the circumstances in the form of fundamental errors and abuses of justice.

REFERENCES

1. Konsul'tant Plyus. (2007) *Ryabykh v. the Russian Federation: Decision of the European Court of Human Rights of May 24, 2007*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
2. Konsul'tant Plyus. (1992) *Recommendation N R(2000)2 on the re-examination or reopening of certain cases at the domestic level in connection with the decisions of the European Court of Human Rights*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
3. Konsul'tant Plyus. (1992) *Explanatory note to Recommendation N R(2000)2 on the re-examination or reopening of certain cases at the domestic level in connection with the decisions of the European Court of Human Rights*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
4. Konsul'tant Plyus. (2008) *Protsenko v. the Russian Federation: Decision of the European Court of Human Rights of 31 July 2008*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
5. Konsul'tant Plyus. (2009) *Sutyazhnik v. the Russian Federation: Decision of the European Court of Human Rights of July 23, 2009*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
6. Konsul'tant Plyus. (2007) *Sobelin and others v. the Russian Federation: Decision of the European Court of Human Rights of May 3, 2007*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
7. Konsul'tant Plyus. (2009) *Fedorov v. the Russian Federation: Decision of the European Court of Human Rights of February 26, 2009*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
8. Konsul'tant Plyus. (2007) *Petrov v. the Russian Federation: Decision of the European Court of Human Rights of May 10, 2007*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian); Konsul'tant Plyus. (2009) *Bodrov v. the Russian Federation: Decision of the European Court of Human Rights of February 12, 2009*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian); Konsul'tant Plyus. (2009) *Fedorov v. the Russian Federation: Decision of the European Court of Human Rights of February 26, 2009*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
9. Konsul'tant Plyus. (2008) *Pshenichnyy v. the Russian Federation: Decision of the European Court of Human Rights of 14 February 2008*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
10. Konsul'tant Plyus. (2009) *Lenskaya v. the Russian Federation (Application N 28730/03): Decision of the European Court of Human Rights of 29 January 2009*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
11. Konsul'tant Plyus. (2007) *Radchikov v. the Russian Federation: Decision of the European Court of Human Rights of May 24, 2007*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
12. Konsul'tant Plyus. (2005) *On the case of the constitutionality of Article 405 of the Russian Federation Code of Criminal Procedure in connection with the request of the Kurgan Regional Court, the complaints of the commissioner for human rights in the Russian Federation, production and technical cooperative "Assistance", Karelia, LLC, and a number of citizens:*

Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 11 May 2005 N 5-P. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).

13. Konsul'tant Plyus. (2007) *On the case of the constitutionality of the provisions of Articles 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 and 389 of the Civil Procedure Code of the Russian Federation in connection with the request of the Republic of Tatarstan Cabinet of Ministers, complaints of open joint-stock companies Nizhnekamskneftekhim and Khakasenergo, and copmlaints of a number of citizens: Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation dated February 5, 2007 N 2-P*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
14. Konsul'tant Plyus. (2015) *The refusal to accept for consideration the complaint of citizen Dorosh Igor Ivanovich on the violation of his constitutional rights in Articles 79 and 100 of the Federal Constitutional Law "On the Constitutional Court of the Russian Federation" and the first part of Article 401.15, Articles 401.17 and 412.1 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation: Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of December 22, 2015 N 3019-O*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
15. Konsul'tant Plyus. (2006) *On the case of the constitutionality of the second paragraph of Article 10 of the Criminal Code of the Russian Federation, the second part of Article 3 of the Federal Law "On introduction of the Criminal Code of the Russian Federation", Federal Law "On introducing amendments and additions to the Criminal Code of the Russian Federation" and a number of provisions of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation concerning the procedure for bringing the judicial decisions in line with the new criminal law eliminating or mitigating the responsibility for an offense in relation to complaints of citizens A.K. Ayzhanov, Yu.N. Aleksandrov and others: Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of April 20, 2006 N 4-P*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
16. Supreme Court of the Russian Federation. (2015) *The appeal decision of the Judicial Board on criminal cases of the RF Supreme Court of 23 September 2015 N 89-UDP15-12*. [Online] Available from: http://www.vsrf.ru/indexA.php. (Accessed: 02 March 2016). (In Russian).
17. Konsul'tant Plyus. (2002) *On the case of the constitutionality of certain provisions of Articles 342, 371, 373, 378, 379, 380 and 382 of the Criminal Procedure Code of the RSFSR, Article 41 of the RSFSR Criminal Code and Article 36 of the Federal Law "On Prosecutor's Office of the Russian Federation" in connection with the request of the Podolsk City Court of Moscow Oblast and complaints of a number of citizens: Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 17, 2002 N 13-P*. Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).

УДК 343.116 DOI 10.17223/23088451/7/13

А.Г. Тузов

ВЛИЯНИЕ ПРАКТИКИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ И ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА НА ФОРМИРОВАНИЕ СИСТЕМЫ ПРОИЗВОДСТВ ПО ПЕРЕСМОТРУ ПРИГОВОРОВ

Рассматриваются требования к организации системы апелляционного, кассационного и надзорного производств в уголовном процессе Российской Федерации в контексте обеспечения свободы обжалования приговора и требований правовой определенности. Автор дает оценку позиции Конституционного Суда РФ по вопросу ограничения средств обжалования, требованиям к этим производствам по Европейской конвенции по защите прав человека. На основании сделанного анализа автор делает предложение по модернизации производств по пересмотру приговоров.

Ключевые слова: *производства по пересмотру приговоров*, *апелляция*, *кассация*, *надзор*, *res judicata*, *свобода обжалования.*

Под системой производств по пересмотру приговоров в контексте данной статьи мы будем понимать производство в судах апелляционной, кассационной и надзорной инстанциях, игнорируя возобновление производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, так как последнее производство является крайне специфичным средством защиты прав, редкой, сверх экстраординарной стадией уголовного процесса. Как показывает судебная статистика, в 2015 году судами общей юрисдикции рассмотрено 47 представлений о возобновлении производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств [1], а апелляционных, кассационных и надзорных жалоб и представлений – 448 832 [2, 3].

Анализируя задачи апелляционного, кассационного и надзорного производств, мы можем выделить ряд ключевых задач, признаваемых как законом, так и теорией, – это защита прав и охраняемых законом интересов участников уголовного процесса [4, с. 21] и защита публичного интереса через устранение нарушений, допущенных судами при рассмотрении дела, что ведет к обеспечению законности, обоснованности и мотивированности приговора (по сути его правосудности), восстановлению социальной справедливости [5, с. 139]. Однако достижение данных задач порождает некоторый их антагонизм. С одной стороны, российская уголовно-процессуальная теория традиционно связывает обеспечение надлежащего уровня защиты прав и интересов участников уголовного процесса с доступностью и практической безграничностью использования средств обжалования судебного решения [6, с. 431], признавая широкие возможности обжалования как чуть ли не единственное эффективное средство правовой защиты [4, с. 159–160]. Более того, данные средства не просто должны быть широко представлены, но и должны быть легкодоступны для участников судопроизводства, о чем свидетельствуют основания проведенных с середины XIX века по начало 2000-х годов реформы [7, с. 683–684].

С другой стороны, сложившаяся традиция приводит к тому, что одно из ключевых свойств приговора утрачивает свое значение – то есть стабильность приговора практически недостижима [5, с. 140], что означает, что финальная точка в уголовном деле в любой момент может быть пересмотрена вышестоящим судом. Это не способствует укреплению авторитета приговора как регулятора общественных отношений, более того, ставит под угрозу существование одного из наиболее значимых свойств res judicata, с которым связан и преюдициальный эффект приговора [8, с. 953–954]. Более того, стабильность приговора напрямую связана и с международными обязательствами Российской Федерации, вытекающими из Европейской конвенции по правам человека 1950 года. Так, принятыми нашей страной обязательствами предполагается обеспечить минимальный стандарт защиты права участников уголовного процесса на пересмотр приговора, однако не безграничный, так как уважение обязывающего характера приговора также заслуживает защиты [9, с. 179]. При этом европейский стандарт фактически предусматривает модель, в которой приговор может быть по воли сторон пересмотрен в одной вышестоящей инстанции по вопросам как факта, так и права, и еще в одной – только по вопросам права, уже достаточной и отвечающей требованиям Конвенции [10, с. 322–326]. И сама по себе данная схема является традиционной в мире, поскольку она позволяет как обеспечить достаточные средства для устранения ошибок окончательного судебного решения по уголовному делу, а значит, и защите интересов участников уголовного судопроизводства, и не требует значительных трудозатрат в построении судебной системы, в которой каждое судебное звено будет соответствовать инстанции [11, с. 417–419].

Видимо, понимая все негативные последствия широкой доступности производств по пересмотру приговоров, законодатель в 2010 году[1] предпринял

[1] Здесь и далее речь идет о реформе рассматриваемых производств, обусловленной принятием Федерального закона от 29.12.2010 г. № 433-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и признании

попытку ограничить доступность кассационного и надзорного производств, в том числе ограничив срок обжалования для обращения в вышестоящие суды, доступность суда надзорной инстанции, а также производства по кассационным жалобам в Верхом Суде РФ. Между тем несовершенство юридической техники, продемонстрированное при подготовке соответствующего закона, привело к ситуации, в которой часть участников судопроизводства вообще лишилась возможности обжаловать приговоры в порядке в Верховном Суде РФ. Введенные ограничения просуществовали до 2014 года, когда законодатель принял очередные поправки в УПК РФ, которыми восстановил полную свободу обжалования приговора, отказавшись от попытки ограничивать средства обжалования.

С учетом того, что вопрос ограничения доступности средств обжалования в новой истории нашей страны был поднят законодателем впервые, Конституционный Суд РФ не мог не рассмотреть жалобы группы граждан, которые оспаривали конституционность такого ограничения [12]. Давая конституционно-правовую оценку предпринятой законодателем попытки ограничить доступность средств обжалования, Конституционный Суд РФ сформулировал подходы к организации системы производств по пересмотру приговоров. В частности, можно выделить четыре основных:

1) в обеспечение реализации универсального требования эффективного восстановления в правах посредством правосудия требуется предоставлять возможности пересмотреть ошибочный судебный акт, противное бы существенно нарушало право на защиту;

2) основное бремя пересмотра решений суда первой инстанции должно возлагаться на обычные (ординарные) судебные инстанции;

3) требуется создание дополнительных процессуальных механизмов проверки вступивших в законную силу судебных решений;

4) экстраординарные судебные инстанции должны быть доступны лишь для исправления такой судебной ошибки, которая предопределила исход дела, что влечет необходимость в создании строгих институциональных и процедурных условий для пересмотра.

Таким образом, из приведенных правовых позиций видно, что, дополняя сформулированный европейский стандарт требований к организации системы производств по пересмотру приговоров, Конституционный Суд РФ, не вступая в противоречие с ними, расширяет и конкретизирует их содержание, применительно к нашим правовым ценностям, защищаемым Конституцией страны. Указанные позиции Суда в силу особых его полномочий носит серьезный характер, является своего рода указанием законодателю для будущих реформ, что следует из содержания ст. 125 Конституции РФ, ст.ст. 6 и 79 ФКЗ от 21.07.1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Очевидно, что накопившиеся проблемы организации системы производств по пересмотру приговоров потребуют своего разрешения, что законодателю придется исправлять эту ситуацию, но в каком направлении? С одной стороны, есть мировой опыт существования общедоступной апелляционной инстанции, проверяющей судебные решения как по вопросам факта, так и права, ограничено доступной кассации, проверяющей судебные решения только по вопросам права. С другой стороны, есть национальная традиция, представление о широкой доступности средств обжалования как об эффективном способе обеспечения права на защиту, но в то же время назрела необходимость снижать нагрузку на вышестоящие суды, чтобы повышать эффективность их работы.

Представляется, что одним из вариантов модернизации системы производств по пересмотру приговоров, который может быть рассмотрен в качестве модели, учитывающей как международные, так и национальные требования, можно предложить следующий вариант.

Производство в суде апелляционной инстанции действительно должно быть доступно для всех участников уголовного процесса как гарантированная ординарная возможность пересмотра судебного решения по уголовному делу, при этом имеет смысл организовать апелляционную инстанцию по принципу полной апелляции с ограниченными проявлениями кассационного подхода к рассмотрению уголовного дела, что в отличие от сегодняшних тенденций [13, с. 113–114] в значительной мере может повысить эффективность апелляционного производства, предоставив надлежащий общедоступный уровень защиты как интересов участников уголовного судопроизводства, так и публичного интереса, ведь предметом проверки становится приговор в целом. Преследуя логику обеспечения соответствия системы производств звеньям судебной системы, было бы целесообразно апелляционное производство передать в ведение соответствующих судебных коллегий судов уровня субъектов Российской Федерации, сняв с районных судов полномочия по апелляционному пересмотру приговоров мировых судей, поскольку нагрузка в районных судах и так уже чрезвычайно высокая.

Кассационное производство должно быть доступно ограниченному кругу лиц, например лишь государственному обвинителю и защитнику, потерпевшему и осужденному, а также иным участникам уголовного судопроизводства, интересы которых за-

утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации». После проведенной революционной для российской традиции реформы законодатель отступил и отказался от ограничений в доступности производств по пересмотру приговоров, приняв Федеральный закон от 31.12.2014 г. № 518-ФЗ «О внесении изменений в статьи 401.2 и 412.2 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» и ряд других.

трагиваются судебным решением, если они не имели возможности воспользоваться правом на апелляционное обжалование по не зависящим от них причинам (например, судебное решение было ими получено уже после его апелляционного рассмотрения). Само кассационное производство должно избавиться от традиционного со времен становления советской кассации предварительного отбора поступивших жалоб и представлений, то есть кассационная инстанция должна рассмотреть каждые принесенные жалобы и представления, рассмотрение должно происходить в судебном заседании с изучением материалов уголовного дела, чтобы решение суда кассационной инстанции обладало свойствами законности, обоснованности и мотивированности в результате непосредственного изучения как жалобы (представления), так и материалов уголовного дела, позволяющих выявлять допущенные ошибки. При этом возможность кассационного обжалования должна быть ограничена разумным сроком и возможностью в течение него лишь однократно обратиться с кассационной жалобой (представлением). Поскольку кассационное производство в своем предмете всегда имеет лишь только вопросы права и имеет огромное значение для формирования правоприменительной практики, то и кассационной инстанцией должен выступать единый суд для страны – Верховный Суд РФ.

Надзорное производство должно приобрести абсолютно экстраординарный характер, обеспечивающийся в предварительном отборе жалоб и представлений для рассмотрения в судебном заседании, как он существует сейчас. Более того, надзорное производство должно сориентироваться в большей мере на решение спорных вопросов в судебной практике, то есть сущность этого производства должна вернуться в свое исходное русло – реализацию функции судебного управления (контроля) и обеспечения единства судебной практики. В надзорном порядке могут быть проверены лишь приговоры по вопросам права, при этом имеющие в большей степени значение для публичного интереса, интереса права, а не в защиту частного интереса. Правом обращения в суд надзорной инстанции должны обладать лишь непосредственно заинтересованные в исходе дела лица: государственный обвинитель, потерпевший, осужденный и защитник. Бесспорно, что надзорное производство должно остаться за Президиумом Верховного Суда РФ, как это существует сейчас.

Между тем президиумы судов уровня субъектов Российской Федерации могут выполнять важную роль в вопросах формирования судебной практики, рассматривая непосредственно в судебных заседаниях жалобы участников уголовного процесса о нарушении прав человека, допущенных судами при рассмотрении уголовного дела. Такое решение позволяет создать эффективное производство, предметом которого является непосредственно решение вопроса о том, было ли допущено нарушение стандартов прав человека при рассмотрении уголовного дела, а если и будет выявлено такое нарушение, то судебное звено такого уровня сможет беспрепятственно решать две задачи: 1) в случае выявления допущенных существенных нарушений прав человека, оказавших исход на рассмотрение уголовного дела в суде первой и апелляционной инстанции, – отменять неправосудный приговор и направлять уголовное дело на новое рассмотрение; 2) обеспечивать надлежащий уровень организации деятельности судов первой и апелляционной инстанций в соответствующем субъекте РФ. Кроме того, данное производство будет отвечать требованиям Европейского суда по правам человека относительно средств эффективной судебной защиты, позволит российским судам более внимательно оценить жалобы участников, не пропуская их непосредственно в Европейский суд. Своей же практикой и примером – давать конкретные указания нижестоящим судам о недопустимости нарушения прав человека при рассмотрении уголовного дела.

В предложенной схеме, как нам представляется, сочетается как доступность средств обжалования, так и их рациональная ограниченность, которая в полной мере будет позволять с должным вниманием и тщательностью исправлять судебные ошибки, не создавая угрозы стабильности приговора, а также нарушениям международного и конституционного стандартов права на пересмотр судебного решения. При этом и осужденное лицо не будет лишено возможности оспаривать свой приговор, если будет сохранена у него убежденность в своей невиновности и (или) допущенной судами судебной ошибки, поскольку, пройдя полную апелляцию, обязательную кассацию, эстраординарный надзор, лицо не утрачивает возможности оспорить юридическую силу приговора, если были допущены нарушения прав человека (а прежде всего, права на справедливое судебное разбирательство) при рассмотрении его дела, а также всегда воспользоваться возможностью, предоставляемую институтом возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Отчет* о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел по первой инстанции за 12 месяцев 2015 года / Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya_statistika/2015/F1-ug_pr-vo_1_inst-2015.xls (дата обращения: 01.06.2016).
2. *Отчет* о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел в апелляционном порядке за 12 месяцев 2015 года / Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya_statistika/2015/F6-ug_apellyatsiya-2015.xls (дата обращения: 01.06.2016);

3. *Отчет* о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел в кассационном (надзорном) порядках за 12 месяцев 2015 года / Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya_statistika/2015/F8-ug_kassatsiya-2015.xls (дата обращения: 01.06.2016);
4. *Бородинова Т.Г.* Теоретические и правовые основы формирования института пересмотра приговоров в уголовно-процессуальном праве России. М.: Юрлитинформ, 2014. 288 с.
5. *Свиридов М.К.* Обеспечение стабильности приговора // Вестник Томского государственного университета. 2012. № 357. С. 139–142.
6. *Ковтун Н.Н.* Апелляция, кассация, надзор: анализ содержания // Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ, УПК РФ. Первые результаты применения: монография. В 2 ч. Ч. 1 / под общ. ред. докт. юрид. наук, проф. Н.А. Колоколова. М.: Юрлитинформ, 2015. 528 с.
7. *Тузов А.Г.* Пересмотр приговоров: от реформирования производств к реализации уголовно-процессуальных стратегий // Обвинение и защита по уголовным делам: исторический опыт и современность: сб. статей по материалам Междунар. науч.-практич. конф., посвященной 100-летию со дня рождения профессора Николая Сергеевича Алексеева. Красноярск, 2015. С. 678–686.
8. *Курс* уголовного судопроизводства / под ред. докт. юрид. наук проф. Л.В. Головко. М.: Статут, 2016. 1278 с.
9. *Трубникова Т.В.* Обеспеченность реализации принципа правовой определенности при пересмотре приговоров, вступивших в законную силу: произойдут ли изменения? // Правовые проблемы укрепления российской государственности: сб. ст. Ч. 51 / отв. ред. М.К. Свиридов, Ю.К. Якимович; ред. О.И. Андреева, И.В. Чаднова. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2011. С. 178–182.
10. *Виткаускас Д.* Европейская конвенция по правам человека и обжалование // Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ, УПК РФ. Первые результаты применения: монография. В 2 ч. Ч. 1 / под общ. ред. докт. юрид. наук, проф. Н.А. Колоколова. М.: Юрлитинформ, 2015. С. 275–332.
11. *Головко Л.В.* Новеллы УПК РФ (Закон от 29 декабря 2010 г.): прогресс или институциональный хаос // Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ, УПК РФ. Первые результаты применения: монография. В 2 ч. Ч. I / под общ. ред. докт. юрид. наук, проф. Н.А. Колоколова. М.: Юрлитинформ, 2015. С. 417–430.
12. *По делу* о проверке конституционности ряда положений статей 401.3, 401.5, 401.8 и 401.17 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.С. Агаева, А.Ш. Бакаяна и других: Постановление Конституционного Суда РФ от 25.03.2014 г. № 8-П // Официальный интернет-портал правовой информации: [Электронный ресуср]. Режим доступа: http://www.pravo.gov.ru (дата обращения 27.03.2014).
13. *Рукавишникова А.А.* Апелляционный порядок проверки итоговых судебных решений по УПК РФ: полная или неполная апелляция // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 4(10). С. 108–114.

INFLUENCE OF THE PRACTICE OF THE RF CONSTITUTIONAL COURT AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON THE FORMATION OF THE SYSTEM OF PROCEDURES FOR REVISING SENTENCES

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 87–91. DOI 10.17223/23088451/7/13

Tuzov Andrey G., Saint Petersburg State University (Saint Petersburg, Russian Federation). E-mail: atuzov@me.com

Keywords: procedures for revising sentences, appeal, cassation, supervision, res judicata, freedom of appeal.

The theory of criminal procedure and the criminal procedure law contain important tasks that the appellate, cassation and supervisory procedures are to solve to ensure the protection of the rights and interests of participants in a criminal procedure, the legality, validity and motivation of the judgment in a criminal case, the public interest. These tasks form a certain antagonism: in the theory of criminal procedure the traditionally understood remedies for the criminal trial participants in procedures for revising sentences are broad accessibility of the procedures, however, this situation threatens the sentence stability, the situation of legal certainty for a criminal case.

The international obligations of the RF require to ensure the criminal trial participants have a possibility to appeal the verdict in two instances, the first of which will review it on fact and law, and the second on law. Then the review system should ensure the selectivity in the available ways to appeal so as not to jeopardize the legal certainty. The RF Constitutional Court extended these requirements with a number of elements: 1) the ability to review an erroneous judicial act must be provided; 2) the main burden of correcting judicial errors should lie with the ordinary court; 3) procedural mechanisms for verifying enforceable verdicts should be established, however, they should not be widely available, only for the most serious violations.

REFERENCES

1. Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation. (2015) *Report on the work of the courts of general jurisdiction to hear criminal cases on the first instance for 12 months in 2015*. [Online] Available from: http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya_statistika/2015/F1-ug_pr-vo_1_inst-2015.xls. (Accessed: 01 June 2016). (In Russian).
2. Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation. (2015) *Report on the work of the courts of general jurisdiction to hear criminal cases on appeal for 12 months in 2015*. [Online] Available from: http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya_statistika/2015/F6-ug_apellyatsiya-2015.xls. (Accessed: 01 June 2016). (In Russian).
3. Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation. (2015) *Report on the work of the courts of general jurisdiction to hear criminal cases in cassation (supervisory) orders for the 12 months 2015*. [Online] Available from: http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya_statistika/2015/F8-ug_kassatsiya-2015.xls. (Accessed: 01 June 2016). (In Russian).
4. Borodinova, T.G. (2014) *Teoreticheskie i pravovye osnovy formirovaniya instituta peresmotra prigovorov v ugolovno-protsessual'nom prave Rossii* [Theoretical and legal bases for the formation of sentence revision institution in the criminal procedure law of Russia]. Moscow: Yurlitinform.

5. Sviridov, M.K. (2012) Maintenance of stability of a sentence. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta – Tomsk State University Journal*. 357. pp. 139–142. (In Russian).
6. Kovtun, N.N. (2015) Apellyatsiya, kassatsiya, nadzor: analiz soderzhaniya [Appeal, cassation, supervision: content analysis]. In: Kolokolov, N.A. (ed.) *Apellyatsiya*, *kassatsiya*, *nadzor: novelly GPK RF*, *UPK RF. Pervye rezul'taty primeneniya* [Appeal, cassation, surveillance: novels of the RF Civil and Criminal Procedure Codes The first results of application]. Vol. 1. Moscow: Yurlitinform.
7. Tuzov, A.G. (2015) [Revision of sentences: from the reform of procedures to the implementation of criminal procedure strategies]. *Obvinenie i zashchita po ugolovnym delam: istoricheskiy opyt i sovremennost'* [The prosecution and defense in criminal cases: historical experience and modernity]. Proceedings of the International scientific-practical conference dedicated to the 100th anniversary of birthday of Professor Nikolai Sergeyevich Alexeyev. Krasnoyarsk. pp. 678-686. (In Russian).
8. Golovko, L.V. (ed.) (2016) *Kurs ugolovnogo sudoproizvodstva* [The course of criminal procedure]. Moscow: Statut.
9. Trubnikova, T.V. (2011) Obespechennost' realizatsii printsipa pravovoy opredelennosti pri peresmotre prigovorov, vstupivshikh v zakonnuyu silu: proizoydut li izmeneniya? [Ensuring the implementation of the principle of legal certainty in the revision of enforceable sentences: Will there be any changes?]. In: Sviridov, M.K. & Yakimovich, Yu.K. (eds) *Pravovye problemy ukrepleniya rossiyskoy gosudarstvennosti* [Legal problems of strengthening Russian statehood]. Vol. 51. Tomsk: Tomsk State University.
10. Vitkauskas, D. (2015) Evropeyskaya Konventsiya po pravam cheloveka i obzhalovanie [European Convention on Human Rights and appeal]. In: Kolokolov, N.A. (ed.) *Apellyatsiya*, *kassatsiya*, *nadzor: novelly GPK RF*, *UPK RF. Pervye rezul'taty primeneniya* [Appeal, cassation, surveillance: novels of the RF Civil and Criminal Procedure Codes The first results of application]. Vol. 1. Moscow: Yurlitinform.
11. Golovko, L.V. (2015) Novelly UPK RF (Zakon ot 29 dekabrya 2010 g.): progress ili institutsional'nyy khaos [Novels of the RF Code of Criminal Procedure (Act of 29 December 2010): Progress or institutional chaos]. In: Kolokolov, N.A. (ed.) *Apellyatsiya*, *kassatsiya*, *nadzor: novelly GPK RF*, *UPK RF. Pervye rezul'taty primeneniya* [Appeal, cassation, surveillance: novels of the RF Civil and Criminal Procedure Codes The first results of application]. Vol. 1. Moscow: Yurlitinform.
12. Pravo.gov.ru. (2014) *On the case on the constitutionality of certain provisions of Articles 401.3, 401.5, 401.8 and 401.17 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation in connection with the complaints of citizens S.S. Agayev, A.Ş. Bakay and others: Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 25.03.2014 N 8-P*. [Online] Available from: http://www.pravo.gov.ru. (Accessed 27 March 2014). (In Russian).
13. Rukavishnikova, A.A. (2013) Appellate order of verification of final judgments Under the Criminal Procedural Code of the Russian Federation: a complete or an incomplete appeal. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 4(10). pp. 108-114. (In Russian).

УДК 343.1 DOI 10.17223/23088451/7/14

Р.А. Хашимов

ГАРАНТИИ СОХРАНЕНИЯ АДВОКАТСКОЙ ТАЙНЫ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ ОБЫСКА В ОТНОШЕНИИ АДВОКАТА: СУДЕБНЫЕ ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ

Реализация правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека, касающихся сохранения адвокатской тайны при проведении обыска в отношении адвоката, предполагает необходимость установления в законодательстве особых гарантий. Оценка судебных правовых позиций «высоких» судов позволяет предложить механизмы, обеспечивающие дифференцированный подход в ходе обыска к исследованию материалов intus et extra режима адвокатской тайны.

Ключевые слова: *обыск в отношении адвоката*, *адвокатская тайна*, *гарантии адвокатской деятельности*, *судебные правовые позиции.*

Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17.12.2015 г. № 33-П [1, п. 4] содержит в себе посыл законодателю, влекущий необходимость установления в уголовно-процессуальном законодательстве, либо в составляющем с ним нормативное единство и подлежащем применению во взаимосвязи с ним законодательстве об адвокатской деятельности дополнительных гарантий, исключающих в ходе проведения обыска, при котором предполагается доступ к материалам адвокатских производств, возможность получения органами предварительного расследования сведений, составляющих охраняемую законом адвокатскую тайну. В частности, предполагается возможность создания правового механизма, позволяющего при проведении обыска в отношении адвоката обеспечить дифференцированный подход к исследованию как материалов, которые содержат адвокатскую тайну и вследствие этого не должны быть доступны на данной стадии состязательного процесса стороне обвинения, так и материалов, конфиденциальность которых не подлежит обеспечению законом в соответствии с правовыми позициями Конституционного Суда РФ.

На период до установления в законодательстве соответствующих правовых механизмов Конституционный Суд РФ сформулировал трехэлементную правовую позицию, отражающую уже воплощенные в законодательстве и международном праве гарантии:

– «правило обязательного предварительного судебного контроля» – обыск, связанный с доступом к материалам адвокатских производств, возможен только на основании судебного решения, в котором должны быть указаны конкретные объекты поиска и изъятия в ходе данного следственного действия и сведения, служащие законным основанием для его проведения (в данном случае Конституционный Суд РФ повторил ранее высказанную позицию [2, п. 3]);

– «правило содержательно-иммунитетного отграничения информации» – исследованию органами, осуществляющими уголовное преследование, и принудительному изъятию в ходе обыска не подлежат такие материалы адвокатского производства в отношении доверителя адвоката, которые содержат сведения, не выходящие за рамки оказания собственно профессиональной юридической помощи как по уголовному делу, в котором адвокат является защитником, так и по каким-либо другим делам, находящимся в производстве адвоката, то есть материалы, не связанные непосредственно с нарушениями со стороны как адвоката, так и его доверителя, совершенными в ходе производства по данному делу, которые имеют уголовно противоправный характер, либо другими преступлениями, совершенными третьими лицами, либо состоят в хранении орудий преступления или предметов, которые запрещены к обращению или оборот которых ограничен на основании закона;

– «правило запрета фиксации сведений, составляющих адвокатскую тайну» – в ходе обыска в помещениях, используемых для осуществления адвокатской деятельности, запрещается видео-, фото- и иная фиксация материалов адвокатских производств в той их части, которая составляет адвокатскую тайну.

Конституционный Суд РФ не зря указал на возможность дополнительного позитивного законотворчества в сфере защиты легитимной адвокатской тайны, поскольку организационные и тактические особенности производства обыска, а также ряда иных следственных действий в отношении адвоката даже с учетом предложенных правил не исключают возможность получения доступа следователем, дознавателем или привлеченными к участию в следственном действии сотрудниками органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, к сведениям, подлежащим защите адвокатской тайной. Существующие законодательно установленные гарантии не являются незыблемыми, что справедливо отражено в правовой позиции Федеральной палаты адвокатов России, согласно которой в связи с принятием постановления Конституционного Суда РФ от 17.12.2015 г. № 33-П необходимо воплощение в практику правоприменения дополнительных гарантий, применимых в ходе обыска у адвоката [3, п. 2].

Согласно данным, сообщенным президентом Федеральной палаты адвокатов России [4], еже-

годно фиксируется примерно 25 случаев, когда в адвокатских образованиях проводятся обыски с целью получить по делу сведения, составляющие, как правило, адвокатскую тайну. Это количество, на первый взгляд, не выглядит устрашающе угрожающим, особенно в свете того, что каждый адвокат a priori способен оценить наличие или отсутствие угрозы проведения подобных следственных действий в связи с выполнением поручений доверителей, вызывающих повышенный оперативный интерес, вследствие чего, на мой взгляд, способен таким образом осуществлять организационно и технически свою профессиональную деятельность, чтобы сведения, составляющие легитимную адвокатскую тайну, не оказались доступны в ходе внезапного необоснованного обыска в адвокатском образовании или в жилище адвоката представителям стороны обвинения.

Но с учетом справедливого замечания, выраженного в особом мнении судьи Конституционного Суда РФ К. В. Арановского, подобные случаи «даже если в них нет формального нарушения, ставят адвокатскую тайну под сомнение и создают, по выражению ЕСПЧ, «замораживающий эффект» в осуществлении прав на судебную защиту и на квалифицированную юридическую помощь» [1]. И дабы правопорядок позволял соблюдать баланс между равновеликими интересами общества, – с одной стороны, заключающимися в необходимости эффективного расследования преступлений, сопровождающихся злоупотреблением правом, в чем, к сожалению, могут принимать участие и адвокаты, а с другой – в необходимости иметь возможность доверять адвокату сведения, без опасения, что они могут быть «транзитом» изъяты у адвоката представителями стороны обвинения, необходимо позитивное регулирование данной двуединой сферы интересов путем установления особых гарантий и механизмов.

Оценка важности соблюдения данного баланса ранее уже находила свое отражение в правовых позициях Конституционного Суда РФ, который отмечал, что конституционные положения и корреспондирующие им нормы международного права, исключающие возможность произвольного вмешательства в сферу индивидуальной автономии личности, обязывают государство обеспечивать в законодательстве и правоприменении такие условия для реализации гражданами права на квалифицированную юридическую помощь и для эффективного осуществления адвокатами деятельности по ее оказанию, при наличии которых гражданин имеет возможность свободно сообщать адвокату сведения, которые он не сообщил бы другим лицам, а адвокату – возможность сохранить конфиденциальность полученной информации [5, п. 2.1].

Анализ практики Европейского суда по правам человека позволяет констатировать, что и в других странах существуют риски злоупотреблений со стороны представителей правоохранительных органов, которые могут использовать свои полномочия для того, чтобы «сократить путь» поиска нужной им информации и обратиться к «дальнему концу» цепочки передачи искомой информации – к адвокату. Рассматривая вопросы соответствия подобного рода действий в свете статей 6 и 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод [6], в ряде своих решений Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) также выразил свои правовые позиции в отношении надлежащих гарантий сохранения адвокатской тайны при проведении обыска у адвоката.

Прежде всего, ЕСПЧ в деле Niemietz v. Germany [7, п. 27–33] установил, что обыск в офисе адвоката представляет собой вмешательство в право на уважение личной жизни, жилища и корреспонденции с точки зрения статьи 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Анализируя вопрос необходимости подобного вмешательства в демократическом обществе (с точки зрения ч. 2 ст. 8 Конвенции), ЕСПЧ в деле Iliya Stefanov v. Bulgaria [8, п. 38] консолидировано указал, что «Суд должен в каждом конкретном случае изучить наличие эффективных гарантий против злоупотреблений или произвола при проведении обыска в отношении адвоката в соответствии с национальным законодательством и проверить, как эти гарантии действовали в данном конкретном случае. При этом подлежат рассмотрению следующие элементы:

– строгость правонарушения, в связи с которым обыск осуществляется;

– наличие предварительно выданного судьей или судебным работником ордера, либо последующего судебного контроля;

– был ли ордер основан на наличии обоснованного подозрения;

– была ли сфера применения ордера достаточно ограничена;

– характер проведенного обыска;

– был ли обыск проведен в присутствии независимого наблюдателя в целях обеспечения недопустимости изъятия сведений, подлежащих защите адвокатской тайной;

– степень возможных последствий для профессиональной деятельности и репутации лиц, пострадавших в результате такого обыска».

Таким образом, мы видим, что большая часть предложенных ЕСПЧ элементов нашла свое воплощение в аналогичных правовых позициях Конституционного Суда РФ. Но некоторые упомянутые элементы являются новыми для российской правовой системы, однако могут быть реализованы на современном этапе. Одним из новых критериев для нашей правовой системы могло бы стать участие «независимого наблюдателя» в ходе проведения обыска у адвоката. Достаточно показательно действие данной гарантии на примере законодательства и практики Великобритании проиллюстрировано в решении ЕСПЧ по делу Tamosius v. the United Kingdom [9]. Согласно данному решению, в ходе обыска в офисе юридической фирмы принимал участие «советник», назначенный Генеральным аттор-

неем, роль которого заключалась в том, чтобы давать оценку каждому документу или предмету, в отношении которых может быть заявлено или известно о распространении на них адвокатской тайны, для того, чтобы установить:

а) составляет ли он предмет адвокатской тайны, и тогда правило о допустимом изъятии в целях раскрытия преступления неприменимо для получения этих сведений;

б) относим ли объект к предмету обыска и вследствие этого не защищен адвокатской тайной;

в) возможность того, что объект по общему правилу подпадает под режим адвокатской тайны, но интересы расследования перевешивают интересы общего иммунитета.

При этом советнику были даны указания (инструкции), ясно отражающие характер его участия в данном следственном действии: «Вы не являетесь частью поисковой команды, но находитесь там, чтобы дать независимую консультацию. Вы не должны позволить себе стать частью доказательственного процесса, равно как и способствовать поиску объектов обыска. Как только объекты обнаруживаются осуществляющим обыск сотрудником, который может в будущем давать показания суду, Вашей задачей становится их изучение для конкретных целей, изложенных в настоящей инструкции… Несмотря на то, что Вы получили данные инструкции для участия в обыске от органа расследования, Вы, находясь на месте обыска, действуете независимо, оценивая тот или иной объект как подпадающий или нет под режим адвокатской тайны» [9, п. B]. Согласно мнению ЕСПЧ, в случае участия в обыске такого независимого наблюдателя, снабженного такими подробными инструкциями, вмешательство считается допустимым в демократическом обществе.

Обращаясь к опыту других стран, мы также можем встретить уже выработанные механизмы, обеспечивающие баланс значимых интересов в случае проведения обыска у адвоката. В частности, особо хотелось бы обратить внимание на решение Верховного Суда Канады по делу Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada, в котором был рассмотрен вопрос законности обыска в помещениях адвокатов и были сформулированы так называемые «рекомендации, отражающие современные конституционные императивы в отношении защиты адвокатской тайны и применимые к обыску в адвокатских образованиях» [10, p. 213–214]:

1) Ордер на обыск не должен выдаваться в отношении документов, доподлинно защищаемых адвокатской тайной.

2) Также ордер не должен выдаваться, если существуют другие разумные альтернативы обыску адвокатского образования (сразу вспоминается «дальний конец» цепочки прохождения документов в свете особого мнения судьи К.В. Арановского).

3) Выдающий ордер судья должен строго требовать уважения к адвокатской тайне лицами, производящими обыск.

4) Пока иное не будет разрешено в ордере, все документы, находящиеся у адвоката, должны быть опечатаны перед их исследованием или изъятием.

5) Все возможные способы должны быть предприняты для контакта с адвокатом и клиентом, когда осуществляется обыск, и в тех случаях, когда с адвокатом или с клиентом не удается связаться, представитель адвокатского сообщества (Bar) должен осуществлять надзор за опечатыванием и изъятием документов.

6) Следователь, производивший обыск, должен представить судье сведения об извещении всех потенциальных владельцев информации, охраняемой адвокатской тайной. Этим лицам должна быть предоставлена разумная возможность заявить о распространении на соответствующую информацию режима адвокатской тайны, а в случае поступления такого заявления данный вопрос должен решаться в судебном порядке.

7) Если уведомление потенциальных владельцев информации не представляется возможным, адвокат, у которого хранились изъятые документы, или иной адвокат, назначенный адвокатским сообществом или судом, должен оценить документы, чтобы определить необходимость заявления о применении к ним режима адвокатской тайны, и ему должна быть предоставлена разумная возможность сделать это.

8) Генеральный атторней может представить свою позицию по вопросу о распространении режима адвокатской тайны на изъятые документы, но ему не должно быть разрешено знакомиться с документами заранее, и орган уголовного преследования может ознакомиться с документами, если только ему это будет разрешено судьей, который убедится, что они не подлежат защите адвокатской тайной.

9) Если в отношении опечатанных документов установлено, что они не подпадают под режим адвокатской тайны, они могут быть использованы в ходе расследования в обычном порядке.

10) Если документы признаны подпадающими под режим адвокатской тайны, они должны быть незамедлительно возвращены владельцу информации или лицу, указанному судом.

Большая часть данных рекомендаций, несомненно, основана на несколько иной конструкции уголовного судопроизводства Канады и ином распределении полномочий между участниками уголовного судопроизводства. Хотя принцип необходимости оценки изъятых в ходе обыска у адвоката документов именно судом с точки зрения разграничения охраняемой законом адвокатской тайны и сведений, не подлежащих такой защите вследствие преступного характера их появления, несомненно может быть в полной мере реализован и в уголовном процессе России.

Дабы указанные рекомендации были эффективно реализованы в процессе правоприменения, необходимы механизмы их воплощения в соответствующей практике. Стоит отметить, что данные Верхов-

ным Судом Канады рекомендации нашли в дальнейшем свое отражение в Рекомендациях адвокатских сообществ Канады о порядке действия при проведении обыска в помещении адвоката [11]. Как мы знаем, и в России разработана подобного рода памятка [12, с. 12–15], которая указывает на возможности использования действующего законодательства для соблюдения адвокатской тайны.

Несомненно, что в странах англосаксонской правовой системы данному вопросу уделяется особое внимание, поскольку незыблемость адвокатской тайны всегда считалась основой правопорядка. Примечательно, что позиция правоохранителей в различных странах всегда однотипна. Так, во многих делах, рассмотренных судами США, представителями стороны обвинения утверждалось, что государство способно соблюсти права клиентов, чья информация защищается режимом адвокатской тайны, и способно согласно своим внутренним регламентам обеспечить ее незыблемость в случае изъятия адвокатских досье. Однако основные правовые позиции судов США по интересующему нас вопросу состоят в следующем:

1) Меры особой предосторожности должны быть предприняты во время и после проведения обыска во избежание невызываемого необходимостью вторжения в сферу общения между адвокатом и клиентом. Так, в деле National City Corp. Trading v. United States было указано, что вторжение в режим адвокатской тайны, в случае если оно признано необходимым, должно быть минимальным и должны обеспечиваться особые гарантии [13].

2) Существует объективная необходимость самоограничения со стороны правоохранителей, заключающаяся в том, что вмешательство будет считаться соразмерным и обеспечивающим надлежащие гарантии при условиях: выдачи особых инструкций лицу, производящему обыск, обязательного участия в ходе обыска самого адвоката, запрета на детальное исследование агентами адвокатских досье, при условии опечатывания изымаемых по внешним признакам досье без ознакомления с их содержанием, – подобные самоограничения были позитивно восприняты судебной практикой как правила, вытекающие «из самого сердца четвертой поправки к Конституции США» [13, p. 1026].

3) Необходимость последующего судебного контроля. Так, в деле In re Impounded Case (Law Firm) [14, p. 196] суд указал, что им высоко оценивается практика, согласно которой «в знак признания особой заботы об интересах конфиденциальности… выдавший ордер судья ввел ряд ограничивающих условий на обыск и изъятие, в том числе сформулировал инструкции относительно того, как файлы должны были бы быть исследованы, указывая, что только те файлы, которые имеют внешние признаки соответствия конкретно указанным поисковым словам, могут быть изъяты и, что наиболее важно, указывая, что государство в лице своих агентов не имеет права детально исследовать изъятые документы до момента пока не будет вынесено последующее постановление суда после уведомления юридической фирмы и возможного дальнейшего разбирательства по этому вопросу» [14, p. 198–199].

Кстати, обращая внимание на данную гарантию, Верховный Суд США в деле United States v. Zolin однако отметил, что хотя судебный контроль и крайне важен, однако «слишком глубокое судебное исследование вопроса о наличии или отсутствии привилегии (тайны) приведет к раскрытию информации, для сохранения которой в тайне эта привилегия предназначена, хотя и полный отказ от судебного контроля приведет к недопустимым злоупотреблениям» [15, p. 554].

4) Участие специального представителя (независимого наблюдателя). В деле DeMassa v. Nunez ордер на обыск был выдан с условием назначения для участия в обыске так называемого Специального Представителя, и именно данное лицо, а не агенты, исследовало досье клиентов и решало, какие из них могут быть изъяты, а какие нет, а в случае неуверенности давало указание опечатать документы для последующего исследования судьей [16] .

Обращаясь в опыту европейских стран, мы также можем увидеть множество решений «высоких» судов, отражающих вышеуказанные позиции и тенденции в их имплементации в различных национальных правопорядках [17], которые во многом схожи с правовыми позициями Европейского суда по правам человека, Конституционного Суда РФ, Верховного Суда США и Верховного Суда Канады. Схожесть рекомендаций и правовых позиций «высоких» судов в различных странах приводит к мысли о том, что существует некая универсальная система гарантий, специфически реализованных в каждой правовой системе, позволяющая добиться паритета защищенности противостоящих друг другу ценностей при обыске у адвоката.

Подводя итог, можно предложить следующие рекомендации в целях воплощения обязательных для российского правоприменителя правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека в части установления дополнительных гарантий, исключающих в ходе проведения следственных действий (обыска, выемки, осмотра помещения, осмотра места происшествия) в адвокатском образовании или по месту жительства адвоката возможность получения органами, осуществляющими предварительное расследование, сведений, составляющих охраняемую законом адвокатскую тайну, и тем самым – возможность ее использования в интересах уголовного преследования:

1. Внести в законодательство изменения, в частности предусматривающие установление обязательности участия в ходе данных следственных действий лиц, выполняющих функции «осведомленного» разграничения между материалами, содержащими легитимную адвокатскую тайну, и материалами,

конфиденциальность которых не подлежит обеспечению законом, например:

1.1) представителя адвокатской палаты субъекта Российской Федерации;

1.2) представителя адвокатского образования;

1.3) прокурора, не осуществляющего надзор за деятельностью производящего следственное действие следователя (дознавателя).

2. Установить обязательность извещения о проведении данных следственных действий и обязательность последующего допуска к участию в данных следственных действиях лиц, непосредственно заинтересованных в сохранности адвокатской тайны, в частности:

2.1) адвоката, в отношении которого проводится следственное действие;

2.2) доверителя, в связи с заключением соглашения с которым проводится следственное действие;

3. Наряду с внесением соответствующих изменений в законодательство определить посредством толкования Верховным Судом РФ базовые принципы проведения следственных действий в адвокатском образовании или по месту жительства адвоката:

3.1) обязательность установления судьей в ходе рассмотрения ходатайства следователя (дознавателя) о производстве данного следственного действия объективной невозможности получения искомых доказательств из иных источников как одно из оснований для разрешения производства следственного действия;

3.2) обязательность уведомления адвоката и доверителя, в связи с заключением соглашения с которым проводится следственное действие, о начале производства следственного действия с целью предоставления возможности данным лицам принять участие в данном следственном действии;

3.3) определить, что в качестве «лица, в помещении которого проводится обыск» (ч. 11 ст. 182 УПК РФ), должен выступать именно представитель адвокатского образования, а не иной титульный владелец (собственник) помещения;

3.4) обязательность участия в данных следственных действиях представителя адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, членом которой является или на территории которой осуществляет свою деятельность адвокат.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Постановление* Конституционного Суда Российской Федерации от 17.12.2015 г. № 33-П по делу о проверке конституционности пункта 7 части второй статьи 29, части четвертой статьи 165 и части первой статьи 182 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой граждан А.В. Баляна, М.С. Дзюбы и других // Сайт Конституционного Суда Российской Федерации [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision217383.pdf. (Дата обращения: 31.05.2016).
2. *Определение* Конституционного Суда Российской Федерации от 08.11.2005 г. № 439-О по жалобе граждан С.В. Бородина, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Сайт Конституционного Суда Российской Федерации [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision33017.pdf. (Дата обращения: 31.05.2016).
3. *Правовая* позиция Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации в поддержку жалобы в Конституционный Суд РФ на нарушение прав и свобод положениями п. 7 ч. 2 ст. 29, ч. 4 ст. 165 и ч. 1 ст. 182 Уголовно-процессуального кодекса РФ (жалоба связана с нарушением адвокатской тайны) от 11.01.2016 // Сайт Федеральной палаты адвокатов РФ: [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.fparf.ru/documents/legal_positions/17111/. (Дата обращения: 31.05.2016).
4. *Планируется* разработать правила по защите профессиональных секретов адвокатов // Российская газета. Федеральный выпуск № 6882 (14) от 25.01.2016 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.rg.ru/2016/01/26/pilipenko.html. (Дата обращения: 31.05.2016).
5. *Постановление* Конституционного Суда Российской Федерации от 29.11.2010 г. № 20-П по делу о проверке конституционности положений статей 20 и 21 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» в связи с жалобами граждан Д.Р. Барановского, Ю.Н. Волохонского и И.В. Плотникова // Сайт Конституционного Суда Российской Федерации [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision48708.pdf. (Дата обращения: 31.05.2016).
6. *Конвенция* о защите прав человека и основных свобод (заключена в г. Риме 04.11.1950) // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный (Дата обращения 23 мая 2016 г.).
7. *Niemietz* v. Germany, judgment of 16.12.1992 // База данных Европейского суда по правам человека HUDOC [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887. (Дата обращения: 31.05.2016).
8. *Iliya Stefanov* v. Bulgaria, judgment of 22.05.2008 // База данных Европейского суда по правам человека HUDOC [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86449. (Дата обращения: 31.05.2016).
9. *Tamosius* v. the United Kingdom, decision of 19.09.2002 // База данных Европейского суда по правам человека HUDOC [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22687. (Дата обращения: 31.05.2016).
10. *Lavallee*, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General); White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General); R. v. Fink [2002] 3 S.C.R. // Сайт Верховного Суда Канады [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2002/1/document.do. (Дата обращения: 31.05.2016).
11. *Guidelines* For Law Office Searches by Law Society of Upper Canada // Сайт правового сообщества Верхней Канады [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.lsuc.on.ca/guidelines-for-law-office-searches. (Дата обращения: 31.05.2016).

12. *Памятка* адвокату при проведении у него обыска, вызове его на допрос, проведении в отношении него оперативно-розыскных мероприятий / Федеральная палата адвокатов РФ. М.: Граница, 2015 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.fparf.ru/upload/iblock/0e6/ 0e605b45f0e5c3b5f5628784742157d2.pdf. (Дата обращения: 31.05.2016).
13. *National* City Corp. Trading v. United States 635 F.2d 1020, 1026 (2d Cir 1980) // База данных Casetext [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://casetext.com/case/national-city-trading-corp-v-united-states-2. (Дата обращения: 31.05.2016).
14. *In re Impounded* Case (Law Firm) 840 F.2d 196 (3d Cir. 1988) // База данных Casetext [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://casetext.com/case/in-re-impounded-case-law-firm-2. (Дата обращения: 31.05.2016).
15. *United* States v. Zolin 491 U.S. 554 (1989) // База данных Casetext [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://casetext.com/case/united-states-v-zolin. (Дата обращения: 31.05.2016).
16. *DeMassa* v. Nunez 747 F.2d 1283 (9th Cir. 1984), on rehearing, 770 F.2d 1505 (9th Cir. 1985) // База данных Casetext [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://casetext.com/case/demassa-v-nunez. (Дата обращения: 31.05.2016).
17. *Professional* secrecy of lawyers in Europe: the European Union, the European Economic Area and Switzerland / edited by the Bar of Brussels. Cambridge University Press. NY, 2013 [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://books. google.ru/books?id=sqghAwAAQBAJ&pg. (Дата обращения: 31.05.2016).

GUARANTIES OF LEGAL PROFESSIONAL PRIVILEGE IN SEARCHES AGAINST LAWYERS: JUDICIAL LEGAL POSITIONS

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 92–98. DOI 10.17223/23088451/7/14
Hashimov Raul A., South Ural State University (Chelyabinsk, Russian Federation). E-mail: dadvocat@mail.ru

Keywords: search against a lawyer, legal professional privilege, guarantees of advocacy, judicial legal positions.

Decision of the RF Constitutional Court of 17 December 2015 no. 33-P contains a message to the legislator that necessitates additional guarantees in the legislation that exclude the possibility to receive information constituting legally protected professional privilege by pre-trial investigation authorities in the course of the search which assumes access to the lawyer's materials.

Before the legislation develops relevant legal mechanisms, the RF Constitutional Court formulated a three-element legal position that reflects the guarantees already existing in legislation and in international law: the rule of mandatory pre-judicial control, the rule of distinguishing information by content and privilege; the rule of the prohibition of the fixation of information constituting legal professional privilege.

The Constitutional Court of the Russian Federation has rightly pointed out the possibility of additional positive legislation in the protection of legitimate lawyer-client privilege because the organizational and tactical features of search and of other investigative actions against a lawyer, even with the proposed rules, do not exclude the possibility of an investigator, an inquiry officer or an investigative action participant to obtain information that is subject to protection by legal professional privilege.

The rule of law should balance the equal public interests of, first, the need for an effective investigation of crimes involving abuse of law, in which lawyers may participate, and, second, the need to be able to give the lawyer information without the fear that it may randomly be seized from the lawyer by members of the prosecution. To achieve this, a positive regulation of the two areas of interest is required through the establishment of special guarantees and mechanisms.

REFERENCES

1. Constitutional Court of the Russian Federation. (2015) *The Constitutional Court of the Russian Federation Decision of 17.12.2015 N 33-P in the case on the constitutionality of Paragraph 7 of the second part of Article 29, Paragraph 4 of Article 165 and Part 1 of Article 182 of the Russian Federation Code of Criminal Procedure in connection with the complaint of citizens A.V. Balyan, M.S. Dzyuba and others*. [Online] Available from: http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision217383. pdf. (Accessed: 31 May 2016). (In Russian).
2. Constitutional Court of the Russian Federation. (2005) *Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 08.11.2005 N 439-O on the complaint of citizens S.V. Borodin, V.N. Burobin, A.V. Bykovskiy and others on violations of their constitutional rights in Articles 7, 29, 182 and 183 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation*. [Online] Available from: http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision33017.pdf. (Accessed: 31 May 2016). (In Russian).
3. Federal Chamber of Lawyers. (2016) *The legal position of the Federal Chamber of Lawyers of the Russian Federation in support of the complaint to the Constitutional Court of the Russian Federation on the violation of the rights and freedoms by the provisions of Paragraph 7 Part 2 Art. 29, Part 4 Art. 165 and Part 1 Art. 182 of the Criminal Procedure Code (the complaint is related to the violation of attorney-client privilege) of 11.01.2016*. [Online] Available from: http://www.fparf.ru/ documents/legal_positions/17111/. (Accessed: 31 May 2016). (In Russian).
4. *Rossiyskaya gazeta*. (2016) Planiruetsya razrabotat' pravila po zashchite professional'nykh sekretov advokatov [It is planned to develop regulations for the protection of legal professional privilege]. Rossiyskaya gazeta. 6882 (14). [Online] Available from: http://www.rg.ru/2016/01/26/pilipenko.html. (Accessed: 31 May 2016).
5. Constitutional Court of the Russian Federation. (2010) *Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 29.11.2010 N 20-P in the case on the constitutionality of the provisions of Articles 20 and 21 of the Federal Law "On the detention of persons suspected or accused of committing crimes" in connection with the complaints of citizens D.R. Baranovskiy, Yu.N. Volokhonskiy and I.V. Plotnikov*. [Online] Available from: http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision 48708.pdf. (Accessed: 31 May 2016). (In Russian).
6. Konsul'tant Plyus. (1992) *Konventsiya o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod (zaklyuchena v g. Rime 04.11.1950)* [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (signed in Rome on 04.11.1950)]. Moscow: AO Konsul'tant plyus.

7. HUDOC. (1992) *Niemietz v. Germany, judgment of 16.12.1992*. [Online] Available from: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887. (Accessed: 31 May 2016).
8. HUDOC. (2008) *Iliya Stefanov v. Bulgaria, judgment of 22.05.2008*. [Online] Available from: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86449. (Accessed: 31 May 2016).
9. HUDOC. (2002) *Tamosius v. the United Kingdom, decision of 19.09.2002*. [Online] Available from: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22687. (Accessed: 31 May 2016).
10. Supreme Court of Canada. (2002) *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General); White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General); R. v. Fink [2002] 3 S.C.R.* [Online] Available from: http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2002/1/document.do. (Accessed: 31 May 2016).
11. Law Society of Upper Canada. (n.d.) *Guidelines For Law Office Searches by Law Society of Upper Canada*. [Online] Available from: http://www.lsuc.on.ca/guidelines-for-law-office-searches. (Accessed: 31 May 2016).
12. Federal Chamber of Lawyers. (2015) *Pamyatka advokatu pri provedenii u nego obyska, vyzove ego na dopros, provedenii v otnoshenii nego operativno-rozysknykh meropriyatiy* [Guidelines For Law Office Searches, Lawyer Interrogation and Operational Search Activities]. Moscow: Granitsa. [Online] Available from: http://www.fparf.ru/upload/iblock/0e6/0e605b45f0e5c3b5f5628784742157d2.pdf. (Accessed: 31 May 2016).
13. Casetext. (1980) *National City Corp. Trading v. United States 635 F.2d 1020, 1026 (2d Cir 1980)*. [Online] Available from: https://casetext.com/case/national-city-trading-corp-v-united-states-2. (Accessed: 31 May 2016).
14. Casetext. (1988) *In re Impounded Case (Law Firm) 840 F.2d 196 (3d Cir. 1988)*. [Online] Available from: https://casetext.com/case/in-re-impounded-case-law-firm-2. (Accessed: 31 May 2016).
15. Casetext. (1989) *United States v. Zolin 491 U.S. 554 (1989)*. [Online] Available from: https://casetext.com/case/united-states-v-zolin. (Accessed: 31 May 2016).
16. Casetext. (1985) *DeMassa v. Nunez 747 F.2d 1283 (9th Cir. 1984), on rehearing, 770 F.2d 1505 (9th Cir. 1985)*. [Online] Available from: https://casetext.com/case/demassa-v-nunez. (Accessed: 31 May 2016).
17. Bar of Brussels. (eds) (2013) *Professional secrecy of lawyers in Europe: the European Union, the European Economic Area and Switzerland*. New York: Cambridge University Press. [Online] Available from: https://books.google.ru/books?id=sqghAwAAQBAJ&pg. (Accessed: 31 May 2016).

УДК 343.140.02 DOI 10.17223/23088451/7/15

С.В. Шошин

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ КОНСТАТАЦИИ ПРОВОКАЦИИ ПРИ ДОКАЗЫВАНИИ В СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Проблемы, возникающие при определении содержания института «провокация» в практике современной оперативно-розыскной деятельности, требуют комплексного подхода. Требуется здесь не только конституционно-правовой, уголовно-правовой и административно-правовой, но и философский его анализ. Содержащийся в ст. 5 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» запрет на использование провокации при раскрытии преступлений не всегда однозначно трактуется практическими работниками.

Ключевые слова: *провокация*, *российский уголовный процесс*, *проблемы.*

Отграничение провокации преступления от фактически совершенного криминального деяния всегда интересовало и интересует сегодня не только, собственно, лишь многочисленных участников уголовного процесса, но и иных, также весьма многочисленных, лиц. Такая ситуация была известна и в прошлый период исторического развития российского уголовного процесса, в том числе и именовавшегося прежде «советским уголовным процессом». Примеры провокаций, имевших место в прошлом, анализировались и историками права, и в практике иностранных государств [1, т. 1, с. 37].

Сегодня, периодически, споры, возникающие в связи с необходимостью проведения четкой и однозначной грани, черты, отделяющей провокацию от правомерной деятельности сотрудников органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность и иных лиц, приобретают все большую актуальность и остроту. Иногда заинтересованные лица усматривают наличие очевидной (как минимум, по их субъективному мнению) политической подоплеки конкретного процессуального решения, принятого компетентной структурой (органом, должностным лицом) по уголовному делу, связанному с вопросом о наличии так называемой «полицейской провокации» (или – просто «провокации»).

Здесь примечательной является проблема исчерпывающего определения анализируемого сегмента сферы уголовной политики (в широком смысле этих слов), реализуемой в России сегодня. Если говорить о более узком аспекте исследуемого сегмента политической сферы, то речь следует вести об уголовно-процессуальной, криминалистической, экспертной и оперативно-розыскной политике. В определенной степени при этом могут быть затронуты и вопросы, связанные с реализацией уголовно-правовой, уголовно-исполнительной и криминологической политики в условиях сегодняшней Российской Федерации. Связь может прослеживаться и с административно-правовой и административно-процессуальной сферами политической деятельности государственных органов. С учетом корректировок, внесенных Конституционным Судом РФ и Пленумом Верховного Суда РФ в трактовку понятия «общепризнанные принципы и нормы международного права», в целом ряде соответствующих случаев, происходит констатация устойчивой связи и с конституционно-правовыми и конституционно-процессуальными нормами. Также по результатам данной деятельности двух высших органов российской судебной ветви власти обнаруживается и регулярное обращение к нормам международного материального и международного процессуального права. При этом вопрос о праве Конституционного Суда РФ определять, относится ли конкретное положение, содержащееся в международно-правовом документе, к числу так называемых общепризнанных принципов и норм международного права, заслуживает в том числе и самостоятельного философского анализа. Соответственно по результатам анализа такого мнения Конституционного Суда РФ и принимается решение о применимости или неприменимости положений, нашедших свое отражение в таком международном документе. Вероятно, под воздействием многочисленных факторов, свойственных процессу глобализации, период времени, в течение которого вопрос о том, подлежит ли конкретный международный документ применению на территории РФ в современный период времени, перестал относиться лишь к компетенции отечественных высших законодательных органов государственной власти.

Заслуживает сожаления, что, порой, отсутствует четко выраженная в официальных нормативных актах и публично провозглашенная (опубликованная) концепция соответствующей сферы политической деятельности. В этом, по нашему мнению, можно проследить наличие значительного пространства для последовательного (логического) совершенствования существующей сферы политической деятельности в России. Вероятно, политические партии (как доминирующая партия, так и оппозиционные ей) смогут, с учетом богатого и длительного по сроку собственного политического опыта, реализовать указанное инновационное совершенствование политического пространства в разумные сроки.

С одной стороны, провокация взятки или коммерческого подкупа является сегодня в Российской Федерации уголовно-наказуемым деликтом. Это однозначно установлено в ст. 304 УК РФ. Вместе с тем провокация изнасилования, провокация кражи или

грабежа, провокация факта незаконного оборота наркотических или психотропных веществ являются, порой, лишь относящимися к категории моральных оценочных категорий. Величина показателя общественной опасности провокации убийства, несомненно, значительно превосходит похожий показатель, относящийся к провокации взятки или коммерческого подкупа. Оригинальной в данном вопросе можно считать позицию современного национального законодателя. Периодически, внося самые разнообразные и весьма многочисленные коррективы (в основном, дополняющего характера) в действующую редакцию УК РФ, лишь провокация взятки или коммерческого подкупа остается уголовно-наказуемой. Иные, самые разнообразные варианты провокационной деятельности стабильно не представляют интерес для современного отечественного законодателя на федеральном уровне. Причиной этого, с нашей точки зрения, является особенность характеристики личности лица, возможно ставшего потерпевшим в результате совершения преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ («Провокация взятки или коммерческого подкупа»). Таким потенциально возможным потерпевшим является, как правило, должностное лицо или лицо, выполняющее в коммерческих или иных организациях функции управления. То есть, фактически, здесь речь идет, как правило, о руководителях. В случае практически любой иной провокации какого-либо другого преступления потерпевшим становился бы любой иной человек. Тем самым, даже лишь схематически рассмотрев данную проблему, мы можем обнаружить в ней значительное пространство для дальнейшей конструктивной деятельности высшего законодательного органа РФ. В результате такого совершенствования действующего в РФ правового поля станет возможным (как минимум, в указанном сегменте) говорить об истинном равенстве человека и гражданина применительно к вопросу о наличии уголовной ответственности за провокацию.

Интересно, что прежде провокации анализировались лишь допущенные в период осуществления оперативно-розыскной деятельности. Как правило, это имело место в период, предшествующий возбуждению конкретного уголовного дела. Реже споры о провокационном характере событий возникали по отношению к событиям, имевшим место в период производства предварительного расследования. На наш взгляд, возможным видится расширить анализируемый временной интервал, в течение которого может иметь место (незаконная, разумеется) провокация, как до времени судебного рассмотрения данного уголовного дела (на всех стадиях)[1], так и в последующий период (в частности, во время исполнения назначенного судом конкретному лицу уголовного наказания). Каждый из таких временных периодов заслуживает отдельного обстоятельного научного анализа.

В настоящей работе будет предпринята попытка подвергнуть исследованию лишь проблематика возможного наличия провокации в период времени, связанный с осуществлением оперативно-розыскной деятельности. Продолжительность указанного интервала времени определяется соответственно периодом производства оперативно-розыскной деятельности.

В известных и доступных сегодня учебниках по оперативно-розыскной деятельности неоднократно содержится однозначно выраженное указание на недопустимость использования провокации в оперативно-розыскной деятельности [2, т. 1, с. 44; 2, т. 1, с. 49; 3, т. 1, с. 134; 3, т. 1, с. 135].

Об актуальности именно борьбы (а не традиционного противодействия) преступной провокации говорится и в автореферате диссертационного исследования С.Н. Радачинского [4, т. 1, с. 3].

[1] Например, при определенных условиях, с нашей субъективной точки зрения, возможным является усмотреть провокационный характер в заведомо не соответствующем фактическому положению отражению в протоколе судебного заседания содержания сущности событий, имевших место в процессе судебного заседания. Наряду с фактическим участием в формировании далеко не самого позитивного восприятия от контакта с российскими правоохранительными и судебными органами, подобная весьма своеобразная фиксация хода и результатов событий на бумажном носителе может спровоцировать не вполне устойчивых людей на весьма тяжкие деликты. Как свидетельствует весьма обширный и личный опыт участия автора настоящей работы в качестве адвоката по уголовным делам, степень вариативности соотношения фактического положения вещей, имевшего место в ходе судебного заседания, и содержанием текста окончательно оформленного протокола судебного заседания, порой, достигает значительных размеров. Причем, используя установленные в федеральном законе правовые способы, например подачу замечаний на протокол судебного заседания, полностью устранить возникшие отличия удается далеко не всем участникам уголовного процесса. И, к сожалению, далеко не всегда, не по каждому уголовному делу. Результаты проведенного автором интервьюирования ряда саратовских и московских адвокатов позволяют наглядно иллюстрировать сказанное. Весьма позитивным и заслуживающим доверия способом решения указанной проблемы можно признать постепенное внедрение в российские судебные органы системы видео- и аудиофиксации информации о ходе и результатах происходящего в суде. Вместе с тем имеются и серьезные, практически концептуальные, проблемы, препятствующие реализации подобных инновационных направлений развития российской системы национального уголовного судопроизводства [5, т. 1, с. 90]. Здесь, так же как и в описанной нами выше проблемной ситуации, по нашему мнению, преобладает личностный субъективный фактор. Ибо, при практически полном отсутствии такого личностного фактора, надлежащее продуктивное решение по существу соответствующего проблемного момента, порой, принимается весьма оперативно. Примером здесь можно указать введение на территории (как минимум, города Москвы) обязательной видео- и аудиофиксации процедуры вывода из автомашины доставленных в суд лиц, содержащихся в условиях изоляции от общества. Тем самым происходит не только снижение числа жалоб на криминальное воздействие на таких пассажиров автотранспорта, но и практически полное устранение даже потенциальной возможности совершения провокаций как со стороны иных лиц, содержащихся в изоляции от общества, так и со стороны сотрудников конвойной службы и иных лиц. Примером здесь может служить практика арбитражных судов на территории РФ, в обязательном порядке транслирующих ход каждого судебного заседания в сеть интернет.

Подобная позиция отечественной научной общественности логически последовательно базируется на норме права, отраженной в ст. 5 Федерального закона № 144-ФЗ от 12.08.1995 г. (в действующей сегодня редакции данного Федерального закона от 29.06.2015 г.). Указанная статья называется: «Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности». В итоге получается, что необходимость соблюдения прав и свобод человека (как отраженных непосредственно в тексте действующей сегодня Конституции Российской Федерации, так и некоторых иных) никем, по сути, не оспаривается и даже не ставится под сомнение. Сложности и некоторые неоднозначности начинают проявляться при определении содержания таких прав и свобод. Парадоксально, но до сегодняшнего дня в тексте актуальной сегодня редакции Конституции РФ не содержится надлежаще зафиксированного права человека (и соответственно тем более гражданина) на отсутствие провокаций. Возможно, в будущем, с развитием российского конституционного законодательства, такое право и найдет свое отражение в тексте действующего Основного закона государства. По состоянию на сегодняшний день в отечественной юридической науке отсутствуют даже предложения о внесении столь актуального права человека и гражданина в плоскость законодательно закрепленного конституционного законодательства. Указанное предложение делается автором впервые. Позитивно можно оценить отсутствие потребности в каких-либо значительных материальных затратах, возникающих при введении такой конституционной нормы. С другой стороны, общественное мнение не только в России, но и за ее пределами способно, в целом, положительно оценить такую конституционную новость. Тем самым, в значительной степени, данная конституционно-правовая инновация способна повысить авторитет не только правовой системы современной России, но и совокупность положительного общественного мнения в иностранных государствах по восприятию имиджа всей Российской Федерации.

Прежде в практике органов, занимающихся оперативно-розыскной деятельностью, при реализации соответствующих мероприятий, использовались, в частности, денежные средства, помеченные специальными веществами (в том числе – симпатическими красителями), позволявшими провести наглядную иллюстрацию на следствии и в суде фрагмента сущности разоблаченного криминального события. Затем, учитывая, что применявшиеся при этом радиоактивные изотопы стали представлять серьезную угрозу для находившихся (в силу тех или иных обстоятельств) рядом с ними лицами, такая практика стала достоянием истории. Любопытным при этом является тот факт, что по ст. 247 УК РФ, устанавливающей уголовную ответственность за нарушение правил обращения экологически опасных веществ и отходов (под действие которой подпадает и указанная выше оперативно-розыскная практика деятельности), никто осужден (из числа практиковавших ее должностных лиц) не был. Более того, по указанной статье УК РФ никто из подобных лиц даже и не привлекался к уголовной ответственности. В практике имели место (в силу разнообразных причин) утраты при проведении подобных оперативно-розыскных мероприятиях значительных денежных сумм из-под контроля инициировавших их силовых структур. Соответственно правильным можно считать принятие некоторыми ведущими российскими банками (в том числе и с филиалами, расположенными в городе Саратове) решения о полном контроле радиоактивного фона всех наличных денежных средств в иностранной валюте, поступающей в виде выручки в их кассовые узлы. Фактически не стоит провоцировать лицо, которому поступили подобные «помеченные» денежные купюры, на совершение с ними действий, угрожающих экологической безопасности соответствующего региона.

Интереснее оказалась практика использования при осуществлении оперативно-розыскной деятельности наличных денежных средств, помеченных нерадиоактивными специальными симпатическими красителями. Теперь, при поступлении таких денежных купюр в кассовые узлы банков на территории Российской Федерации, данные бумажные «денежные средства» признаются неплатежеспособными и направляются в соответствующие правоохранительные органы. Содержание нормативной базы, применяемой при этом в банковской деятельности, тем самым позволило, фактически, исключить случаи использования подобных приемов в практике оперативно-розыскной деятельности в условиях современной Российской Федерации. Возникавшие впоследствии в судах оживленные и оригинальные споры о квалификации, в частности, случаев получения в качестве предмета взятки бумажных «денежных средств», не являющихся платежеспособными, привели к изменению соответствующей практики. Хотя фактическое уничтожение порой значительных денежных средств, использованных при подобных оперативно-розыскных мероприятиях, в некоторой степени удерживало неустойчивых граждан и должностных лиц от случаев провокации с их стороны. Даже при неудачном исходе подобного оперативно-розыскного мероприятия никакой денежной компенсации со стороны государства (или – со стороны силовых структур) физическим или юридическим лицам, предоставившим такие денежные средства в наличной форме, не предусматривалось. В данном случае, несомненно, что лучшим профилактическим средством, удерживающим от совершения подобной провокации, является именно финансовая сторона мероприятия. Возможно, в подобном направлении востребованными смогут оказаться дальнейшие научные исследования. Актуальной может стать быстрая финансовая ответственность за подобную провокацию. Не мифическая уголовная или административная (дисциплинарная),

а именно финансовая ответственность. Рецидив при подобном подходе становится поистине фантастическим явлением даже при наличии у конкретного должностного лица весьма значительных денежных ресурсов.

Новым подходом, с учетом описанных выше особенностей, стали осмотр подобных денежных средств с использованием при этом ксерокопировальной (множительной) техники [6, т. 1, с. 78].

Следует полностью согласиться с мнением О.И. Долгачевой, А.С. Нефедьева и других авторов, отмечающих, что чрезмерная инициативность, допускаемая конкретными должностными лицами, занимающимися оперативно-розыскной деятельностью, на самом деле граничит с провокацией преступления [6, т. 1, с. 78]. Здесь, в частности, можно сослаться на широко известное российской юридической общественности решение Европейского суда по правам человека, вынесенное против Турции по заявлению о полицейской провокации. С учетом того, что это решение Европейского суда по правам человека состоялось не против Российской Федерации, оно официально опубликовано на российской территории не было. И, следовательно, обязательному применению при рассмотрении уголовных дел российскими судами не подлежит. Если бы ситуация сложилась иначе, то, так же как и в практике турецких правоохранительных органов, допускалось бы не более трех предложений, адресованных проверяемому физическому лицу. Превышение такого фиксированного числа (три) предложения – можно было бы однозначно считать проявлением провокации. Любопытно, что данное решение ЕСПЧ распространяется в полном объеме на все остальные соответствующие страны, формально признающие его юрисдикцию. Возможно, со временем, подход к использованию текстов решений ЕСПЧ на российской территории и изменится в лучшую сторону. Здесь также видно большое пространство для совершенствования отечественной конституционной и иных отраслей национального права.

В оперативно-розыскной деятельности надлежит четко проводить границу между выявлением эпизода противоправной деятельности и фактическим способствованием его появлению, его провокацией. Особое внимание в этом аспекте надлежит обратить на проблемы, связанные с повторной проверочной закупкой. Как правило, повторная проверочная закупка должна быть исключена из практики российских органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Хотя некоторые авторы усматривают и возможные исключения из этого правила. Например, О.И. Долгачева, А.С. Нефедьев и другие авторы утверждают о допустимости проведения повторной проверочной закупки в случае, когда сбытчик наркотика не пришел на первоначально запланированную с ним встречу из-за того, что догадался о сущности данной инициативы [6, т. 1, с. 78]. В этом случае вновь возникает проблема с предельным числом подобных проверочных закупок. Одним из выходов из данной проблемной ситуации можно рекомендовать считать потенциально возможное законодательное закрепление числа предельно возможных проверочных закупок, реализуемых в отношении конкретного физического лица. Вероятно, точка зрения ЕСПЧ по похожим вопросам вполне может оказаться востребованной при подготовке соответствующего проекта федерального закона.

Уже сегодня в отечественной юридической печати говорится о 15 жалобах российских граждан, обусловивших наличие 7 постановлений ЕСПЧ, вынесенных против Российской Федерации по делам, связанным с анализом имевших место в каждом из этих случаев полицейской провокации [7, т. 1, с. 109]. В случаях, указанных 12 заявителями (из данных 15 человек) ЕСПЧ констатировал наличие подобной провокации. Сейчас уже более 150 обращений в Европейский суд по правам человека были направлены гражданами России и оказались связаны общей для них темой: «полицейская провокация». Все эти жалобы российских граждан сегодня рассматриваются в ЕСПЧ [7, т. 1, с. 110; 8, т. 1, с. 33].

Проблема определения соотношения публичных интересов с интересами конкретной личности оказывается исключительно актуальной при оценке конкретных утверждений о «полицейской провокации», якобы, имевшей место по конкретному уголовному делу. В современной российской юридической науке и сегодня встречаются споры по теоретическому вопросу о том, что должно представлять приоритет для отечественного права: интересы общества или интересу личности. Применительно к анализу такого сложного общественного явления, каковым является «полицейская провокация», спор о соотношении сферы сугубо общественного интереса с личным интересом конкретного человека (и гражданина) приобретает особую степень остроты. Хотя из интересов каждой конкретной личности и складываются (в общем и целом) интересы общества, далеко не все общественные деятели в современной России провозглашают приоритет интересов конкретной личности. Для возникновения подобного подхода у подавляющего большинства общественных деятелей в РФ может потребоваться значительное время. И российские юристы в этом не являются неким исключением. Отсутствие прямого конституционного закрепления института «полицейской провокации» в условиях современной России приводит к возникновению определенных неоднозначностей с его трактовкой. В отечественном праве должно появиться однозначное отрицание законности и допустимости «полицейской провокации» на уровне действующей Конституции РФ.

Имеющаяся сегодня практика толкования отсутствия «полицейской провокации» в тех случаях, когда проверяемое лицо (гражданин) имело осознанную возможность свободного выбора между осуждаемым обществом криминальным характером своих действий (деяний) и иным, должна в итоге учесть

и точку зрения по аналогичным вопросам, выработанную ЕСПЧ. В частности, это должно напрямую коснуться правовой регламентации предельного числа предложений от сотрудников органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность или от связанных с ними лиц. Требует критического осмысления и институт повторной проверочной закупки. Особого внимания заслуживает и определение правового режима используемых сотрудниками органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, «ловушек»: например, оставленных, якобы без присмотра, автомашин, сумок – «барсеток», притворившихся пьяными, имеющими при себе значительные материальные ценности. Данный список является открытым. Его можно еще довольно долго продолжать.

Интересным и неожиданным можно назвать вопрос о том, допустимо ли квалифицировать как совершенное в состоянии необходимой обороны противодействие осуществляемой в отношении конкретного индивидуума «полицейской провокации». В современной юридической литературе такой анализ пока отсутствует. В результате, происходит любопытная ситуация. В подавляющем большинстве случаев наличие в конкретном кейсе уголовного дела, рассмотренного судом (судьей) на территории Российской Федерации, признаков, однозначно указывающих на признаки «полицейской провокации», осуществляется ЕСПЧ, территориально находящимся в Страсбурге, на территории государства ЕС – Франции. От момента фактического нарушения прав конкретного индивидуума в России и до момента вынесения такого акта судьями ЕСПЧ, как правило, проходит несколько лет. За все это время многое успевает измениться. Особенно при условии содержания такого гражданина (лица) в условиях российских мест изоляции от общества. При этом вероятность пересмотра ранее вынесенного российским судом приговора далека от 100 %. Как известно, существующая сегодня в России уголовно-правовая теория не знает какого-либо «отсроченного» явления допустимой необходимой обороны. В итоге, институт необходимой обороны, применительно к понятию «полицейской провокации» становится лишь мифической теоретической субстанцией. Примеры из оперативно-розыскной деятельности, следственной практики и судебные акты, имеющиеся в современной России, наглядно это иллюстрируют.

Основной проблемой констатации наличия «полицейской провокации» при доказывании в рамках российского уголовного процесса можно назвать наличие самых разнообразных подходов к трактовке собственно самого понятия такой провокации. При определении приоритета между интересами социума, интересами массы населения и интересами конкретного индивидуума далеко не все применяющие правовые нормы в своей деятельности сотрудники, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, и далеко не всегда усматривают главенство личности. Похожая ситуация, иногда, проявляется и в современной юридической науке. Трансформацией ситуации с «полицейской провокацией» в РФ может явиться отражение в Конституции РФ нормы о прямом конституционном запрете использования такой полицейской провокации. Это будет способствовать дальнейшему развитию демократии в российской общественной практике.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Митина С.И.* Институты частного права на службе римской дипломатии // Международное публичное и частное право. 2011. № 1. С. 27–30.
2. *Маркушин А.Г.* Оперативно-розыскная деятельность: учебник и практикум для академического бакалавриата. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2016. 301 с.
3. *Дубоносов Е.С.* Оперативно-розыскная деятельность: учебник и практикум для прикладного бакалавриата. 5-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2016. 477 с.
4. *Радачинский С.Н.* Провокация преступления как комплексный институт уголовного права: проблемы теории и практики: автореф. дис. … докт. юрид. наук: 12.00.08. Н. Новгород, 2011. 51 с.
5. *Серновец М.Н.* Протокол судебного заседания в уголовном судопроизводстве: о содержании правовых предписаний и их практической реализации в судах г. Москвы // Евразийская адвокатура. № 5(18). Уфа: Автономная некоммерческая организация «Евразийский научно- исследовательский институт проблем права», 2015. С. 76–93.
6. *Долгачева О.И.*, *Нефедьев А.С.*, *Потапова Н.Н.* Некоторые организационно-правовые особенности проведения оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка» оперативными подразделениями по борьбе с незаконным оборотом наркотиков // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2014. № 2(26). С. 76–80.
7. *Трубникова Т.В.* Запрет на использование данных, полученных в результате провокации преступления, как один из элементов права на судебную защиту, и гарантии его реализации в уголовном процессе РФ // Вестник Томского государственного университета. Право. 2015. № 2(16). С. 109–127.
8. *Брэйди Н.* Использование результатов оперативно-розыскных мероприятий в уголовном процессе в свете решений ЕСПЧ по жалобам в отношении Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 5. С. 30–35.

SOME PROBLEMS OF ESTABLISHING PROVOCATION WHEN PROVING IN MODERN RUSSIAN CRIMINAL PROCEDURE

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 99–104. DOI 10.17223/23088451/7/15
Shoshin Sergey V., Saratov State University (Saratov, Russian Federation). E-mail: serguei8@mail.ru

Keywords: provocation, criminal procedure in Russia, problems.

Problems of a clear and unambiguous differentiation between a criminal act and a provoked human behavior has long attracted the attention of lawyers. Russian lawyers are no exception. To date, criminal liability in today's Russia is provided only for the provocation of bribe and commercial bribery. Sometimes provocation occurs in a variety of other misdemeanors: fraud, theft, joy-riding and many others. Russian practitioners do not always clearly understand the formal ban on the use of police provocation as articulated in Article 5 of the Federal Law "On Operational Search Activities". As a result, at times, the European Court of Human Rights rules on complaints, including those of Russian citizens against the Russian Federation, in cases with the presence of "police provocation". The author proposes to improve the legal regime to counter manifestations of "police provocation" in Russia.

REFERENCES

1. Mitina, S.I. (2011) Institutes of private law at service of Roman diplomacy. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo – Public International and Private International Law*. 1. pp. 27-30. (In Russian).
2. Markushin, A.G. (2016) *Operativno-rozysknaya deyatel'nost': uchebnik i praktikum dlya akademicheskogo bakalavriata* [Operative search activities: a textbook and a workshop for an academic bachelor program]. 3rd ed. Moscow: Yurayt.
3. Dubonosov, E.S. (2016) *Operativno-rozysknaya deyatel'nost': uchebnik i praktikum dlya prikladnogo bakalavriata* [Operative search activities: a textbook and a workshop for an applied bachelor program]. 5th ed. Moscow: Yurayt.
4. Radachinskiy, S.N. (2011) *Provokatsiya prestupleniya kak kompleksnyy institut ugolovnogo prava* [Provocation of crimes as a comprehensive institution of criminal law]. Abstract of Law Dr. Diss. Nizhny Novgorod.
5. Sernovets, M.N. (2015) The protocol of judicial session in criminal trial: about contents of legal instructions and their practical realization in courts of Moscow. *Evraziyskaya advokatura – Eurasian Advocacy*. №5(18). pp. 76-93. (In Russian).
6. Dolgacheva, O.I., Nefed'ev, A.S. & Potapova, N.N. (2014) Some organizational and legal peculiarities of conducting oprative-search event «verification purchase» by operative agencies specializing in the fight against illegal drug traffic. *Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD Rossii – Legal science and practice: Journal of Nizhny Novgorod academy of the Ministry of internal affairs of Russia*. 2(26). pp. 76-80. (In Russian).
7. Trubnikova, T.V. (2015) Prohibition to use the data obtained in consequence of crime provocation as one of the elements of the right to judicial protection and the guarantees for its realization in criminal law of the Russian Federation. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 2(16). pp. 109-127. (In Russian). DOI: 10.17223/22253513/16/13
8. Brady, N. (2013) The use of the results of the operational-search activities in the criminal proceedings in the light of the ECHR judgments in respect of Russia. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya – Journal of Constitutional Justice*. 5. pp. 30-35. (In Russian).

УДК 343.14 DOI 10.17223/23088451/7/16

В.В. Ясельская, А.С. Рожков

ТРЕБОВАНИЯ СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ И РАВЕНСТВА ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ВОЗМОЖНОСТЕЙ СТОРОН И УЧАСТИЕ СТОРОНЫ ЗАЩИТЫ В ДОКАЗЫВАНИИ: ЧТО ДЕЛАТЬ С МАТЕРИАЛАМИ, ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМИ СТОРОНОЙ ЗАЩИТЫ?

Статья посвящена проблемам реализации принципа состязательности в уголовном процессе России. На основе анализа уголовно-процессуального законодательства РФ, правоприменительной практики, а также опыта Республики Казахстан намечены пути разрешения проблем, связанных с использованием в доказывании сведений, полученных адвокатом-защитником.

Ключевые слова: *принцип состязательности*, *адвокат-защитник*, *представление доказательств*, *разрешение ходатайств.*

Состязательность сторон впервые закреплена в УПК РФ в качестве принципа уголовного процесса, а не только судебного разбирательства (ст. 15 УПК РФ). Наиболее полно данный принцип реализуется в судебных стадиях производства по уголовному делу, когда стороны обвинения и защиты пользуются равными правами на заявление ходатайств, представление доказательств, участие в их исследовании. Однако основа состязательности должна закладываться еще на стадии предварительного расследования, когда собирается основной объем доказательств. В суд стороны уже должны прийти равными, каждый со своими доказательствами, соответственно обвинительными и оправдательными. Только при соблюдении этого условия возможна реализация положений, закрепленных в ч. 3 ст. 123 Конституции РФ.

На стадии предварительного расследования состязательность проявляется в том, что уже на этом этапе производства появляются стороны (п. 45 ст. 5 УПК РФ); защитник назван в числе субъектов собирания доказательств (п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК РФ, ч. 3 ст. 86 УПК РФ) и существенно расширены его познавательные возможности. Однако на этой стадии уголовного процесса состязательность реализуется недостаточно. Как и было прежде по УПК РСФСР 1960 года, собирание доказательств остается прерогативой следователя.

Как верно отмечает С.А. Шейфер, доказательственную деятельность защитника нельзя трактовать как собирание доказательств, так как в ней отсутствует определяющий признак этого элемента доказывания – преобразование полученной информации и придание ей надлежащей процессуальной формы, то есть формирование доказательств [1, с. 148].

Такой позиции придерживается и Конституционный Суд РФ: «…право обвиняемого и его защитника **собирать и представлять доказательства** является одним из важных проявлений права данных участников процесса на защиту от уголовного преследования и формой реализации конституционного принципа состязательности и равноправия сторон. Этому праву соответствует обязанность органов и должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, рассмотреть каждое ходатайство, заявленное в связи с исследованием доказательств» [2].

Таким образом, несмотря на то, что в данном Определении использовано понятие «собирание доказательств», далее Конституционный Суд РФ конкретизирует, что это право защитник может реализовать посредством заявления соответствующих ходатайств. Таким образом, единственным на сегодняшний день реальным способом преобразования сведений, полученных защитником в доказательства, является заявление им соответствующих ходатайств лицу, осуществляющему предварительное расследование, или суду.

Ходатайство стороной защиты может быть заявлено на стадии предварительного расследования либо в судебном разбирательстве. Адвокат-защитник свободен в выборе момента заявления ходатайств. Это, прежде всего, зависит от того, когда защитник получил сведения, необходимые для защиты обвиняемого (подозреваемого), однако момент заявления ходатайств может быть обусловлен и тактическими соображениями. Анализ практики показал, что в основном защитники заявляют ходатайства либо в процессе ознакомления с материалами дела по окончании предварительного расследования, либо в подготовительной части судебного разбирательства. Большая же часть ходатайств, заявленных стороной защиты на стадии предварительного расследования, не удовлетворяются органом, осуществляющим уголовное преследование. Как верно отмечает Л.В. Симанчева, обвинительный уклон, присущий деятельности следователя, приводит к тому, что сторона защиты все реже заявляет ходатайства о проведении тех или иных следственных действий (особенно о допросе свидетелей алиби) в ходе расследования, приберегая эти ходатайства для суда, что, в свою очередь, ведет к затягиванию судебного разбирательства, длительному содержанию подсудимого под стражей и т.д. Кроме того, удовлетворение ходатайств стороны защиты в ходе досудебного производства в ряде случаев могло бы привести к тому, что дело не было бы направлено в суд, а получило разрешение по существу в ходе предварительного расследования [3, с. 64]. Важно, чтобы хода-

тайство было заявлено и разрешено своевременно, поскольку существует опасность утраты сведений, свидетельствующих о невиновности или меньшей виновности обвиняемого (подозреваемого).

Представляется, что основная причина невозможности использования данных, полученных адвокатом-защитником в доказывании, кроется в несовершенстве порядка разрешения ходатайств на стадии предварительного расследования и в судебном разбирательстве.

Несмотря на то, что Конституционный Суд РФ в указанном выше Определении отмечает, что, УПК (ч. 3 ст. 15 УПК РФ, ч. 2 ст. 159 УПК РФ) исключает возможность произвольного отказа в удовлетворении ходатайств защитника и что такой отказ возможен лишь в случаях, когда такое доказательство не имеет отношения к делу, либо если обстоятельство уже установлено на основе достаточной совокупности доказательств [2], однако на практике это требование соблюдается не всегда. Так, разрешение ходатайства, заявленного стороной защиты на стадии предварительного расследования, всецело зависит от усмотрения следователя. Представитель стороны обвинения решает вопрос о том, имеют ли значение для дела обстоятельства, об установлении которых ходатайствует защитник, и достаточно ли доказательств собрано по делу. Результат разрешения такого ходатайства вполне предсказуем. Кроме того, при принятии решения о привлечении лица в качестве обвиняемого и тем более на этапе окончания предварительного расследования позиция следователя сформирована, и он становится связанным ей. В литературе правильно отмечается, что когда человек пришел к тому или иному выводу, он склонен отстаивать его и недооценивать аргументы противоположного характера [4, с. 38]. В момент окончания расследования следователь внутренне убежден в доказанности обвинения и правильности юридической квалификации деяния. Поэтому ходатайства адвоката-защитника могут восприниматься им лишь как злоупотребление правом в целях затягивания предварительного следствия. Кроме того, следователь связан установленным законом сроком расследования и сроком содержания обвиняемого под стражей, и он, естественно, стремится их соблюдать. Между тем, если следователь будет основательно, без спешки проверять обстоятельства, на которые ссылается сторона защиты, возникает опасность затягивания срока предварительного расследования.

В юридической литературе ученые предлагают данную проблему разрешить путем возложения на следователя обязанности удовлетворять обоснованные ходатайства адвоката-защитника, направленные на собирание доказательств, оценку же полученным защитником сведений должен давать суд, а не следователь, как орган уголовного преследования [5, с. 173].

Определенные шаги законодателем в этом направлении уже сделаны: ФЗ от 04.03.2013 г. № 23-ФЗ в УПК РФ были внесены поправки, предусматривающие случаи обязательного удовлетворения ходатайства, заявленного стороной защиты или потерпевшим на стадии предварительного расследования. Так, в соответствии с п. 1.2 ст. 144 УПК РФ подлежит обязательному удовлетворению ходатайств о производстве повторной или дополнительной экспертизы.

На стадии судебного разбирательства судебное усмотрение проявляется в меньшей степени, чем на стадии предварительного расследования. Так, согласно ч. 4 ст. 271 УПК РФ, «суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон». Буквально толкуя данную норму, можно прийти к выводу, что суд, разрешая ходатайство защитника, не определяет относимость сведений, полученных защитником. Представляется, что на любом этапе судопроизводства защитник должен обосновать ходатайство, а следователь или суд, пока на вероятностном уровне, определить относимость полученных им сведений, в дальнейшем в ходе исследования доказательств в судебном разбирательстве эта оценка может измениться. Проблемой же реализации права защитника на представление полученных им материалов в судебном разбирательстве является отсутствие у него властных полномочий. Так, у защитника не всегда есть возможность обеспечить явку опрошенных им ранее лиц или специалиста. В результате суд отказывает в удовлетворении ходатайств, заявленных стороной защиты.

Между тем, согласно подпункту d) п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, обвиняемый наряду с другими правами имеет право на вызов и допрос свидетелей, говорящих в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него [6, с. 173]. В понимании ЕСПЧ состязательность включает в себя, в том числе, возможность стороны привести свои аргументы и подкрепить их своими доказательствами, и суд должен учесть их.

Так, например, по делу «Попов против РФ» ЕСПЧ постановил, что имело место нарушение подпункта d) п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человек и основных свобод в связи с непроведением судами РФ допросов свидетелей защиты Р. и Х. [7].

Все это приводит к нарушению принципа состязательности. Прокурор поддерживает обвинение на основании материала, полученного следователем, защитник в лучшем случае ищет изъяны в работе следователя, в худшем – осуществляет защиту формально, выступая в роли пассивного наблюдателя в процессе. В ряде случаев это приводит к невыполнению международных обязательств и дискредитирует нашу правовую систему.

Для того чтобы разрешить данную проблему, необходимо в УПК РФ закрепить обязанность суда, а также органа, осуществляющего уголовное преследование, оказывать содействие адвокату-защитнику в сборе и представлении материалов. В связи с этим,

заслуживает внимания ст. **99 УПК Республики Казахстан «Обязательность рассмотрения ходатайств участников уголовного процесса». Так, порядок разрешения ходатайств в досудебном производстве и на стадии судебного разбирательства в Казахстане единый. Согласно ч. 5 ст. 99 РК**, орган, ведущий уголовный процесс, не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в качестве специалистов или свидетелей лиц, явка которых обеспечена сторонами. Орган, ведущий уголовный процесс, обязан оказывать содействие стороне в обеспечении явки для допроса указанных ими лиц, в том числе и с применением предусмотренных законом мер процессуального принуждения [8]. Кроме того, у адвоката-защитника есть дополнительные гарантии реализации прав, направленных на получение и представление оправдательных доказательств. Так, например, в случае отказа в исполнении запроса либо непринятия решения по нему в течение трех суток, адвокат вправе заявить ходатайство перед следственным судьей «об истребовании сведений, документов, предметов, необходимых для оказания квалифицированной юридической помощи» (п. 2 ч. 3 ст. 70 УПК РК). Адвокат-защитник по УПК РК также имеет право ходатайствовать перед следственным судьей о депонировании показаний свидетеля и потерпевшего (п. 1 ч. 3 ст. 70 УПК РК); о назначении экспертизы, если следователь необоснованно отказывает в удовлетворении данного ходатайства, либо по ходатайству адвоката не принято решение в течение трех суток (п. 3 ч. 3 ст. 70 УПК РК) и т.д.

Другое дело, что, несмотря на существенные изменения уголовно-процессуального законодательства в Республике Казахстан, на практике ситуация мало изменилась, а «новые права» защитника в уголовном процессе остались декларативными[1]. Так, в ходе проведенного нами опроса адвокатов большинство из них (76 %) ответили, что их ожидания от принятия нового УПК РК не оправдались, и только 7 % сказали, что институт следственных судей стал эффективной формой судебного контроля за досудебным расследованием. Остальные адвокаты затруднились ответить на данный вопрос либо не располагают информацией о реформировании уголовно-процессуального законодательства РК. Всего 5 % опрошенных адвокатов заявляли ходатайство перед следственным судьей «об истребовании сведений, документов, предметов, необходимых для оказания квалифицированной юридической помощи», в трех случаях, что составляет 60 %, ходатайства защитников были удовлетворены. И 17 % опрошенных адвокатов указали, что использовали право ходатайствовать перед следственным судьей «о назначении экспертизы, когда органом уголовного преследования в удовлетворении такого ходатайства было необоснованно отказано либо по нему не было принято решение в течение трех суток», в трех случаях, что составляет 17,64 %, ходатайства защитников были удовлетворены следственным судьей.

Необходимо отметить, что ни один из опрошенных адвокатов не указал, что заявлял ходатайство следственному судье «о депонировании показаний свидетеля и потерпевшего», а также «о принудительном приводе в орган, ведущий уголовный процесс, ранее опрошенного им свидетеля». Анализ архивных уголовных дел привел к схожим результатам и показал, что большинство «новых прав» адвоката на участие в собирании доказательств, предоставленных в ходе реформы законодательства и созданием института следственных судей, фактически не используются адвокатами или используются крайне редко.

При реформировании уголовно-процессуального законодательства в России представляется важным учитывать «опыт» Республики Казахстан, когда законодателем адвокаты-защитники были наделены рядом «мертворожденных» прав, которые фактически не используются на практике. При этом введение в Республике Казахстан института следственных судей стало сменой формы, когда «суд первой инстанции» стал «следственным судьей», но при этом не наступило смены содержания (к примеру, работают те же судьи, что и раньше и т.д.), в связи с чем принятие нового УПК РК кардинально не отразилось на работе адвокатов. В целом, проведенная реформа и введение института следственных судей в Казахстане оказались малоэффективными с точки зрения обеспечения состязательности и равенства процессуальных возможностей сторон на стадии предварительного расследования.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Шейфер С.А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М.: Норма, 2008. 240 с.
2. *Определение* Конституционного Суда РФ от 21.12.2004 г. № 467-О «По жалобе гражданина Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система.-Версия Проф, сетевая.-электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный (дата обращения 23 мая 2016 г.).
3. *Симанчева Л.В.* Проблемы реализации процессуального равенства сторон в состязательном процессе России // Право на защиту в судебном процессе: Европейские стандарты и российская практика: сб. статей по материалам Междунар. науч.-практич. конф. Томск, 20–22 сентября 2007 г. Томск, 2007. 290 с.

[1] Было опрошено 100 адвокатов Карагандинской областной коллегии адвокатов, а также проанализировано 100 уголовных дел, хранящихся в централизованном архиве судов г. Караганды. Для изучения выбирались уголовные дела, по которым досудебное расследование осуществлялось в соответствии с УПК РК, введенным в действие с 01.01.2015 г.

4. *Еникеев М.И.*, *Черных Э.А.* Психология следователя. М., 1988. 157 с.
5. *Свиридов М.К.* Отношения следователя и защитника в процессе собирания доказательств // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Сб. статей. Ч. 6 / под ред. В.А. Уткина. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2000. 326 с.
6. *Конвенция* о защите прав человека и основных свобод. (Заключена в г. Риме 04.11.1950) (с изм. от 13.05.2004) // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система.-Версия Проф, сетевая.-электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный (дата обращения 23 мая 2016 г.).
7. *Постановление* ЕСПЧ от 13.07.2006 г. Дело «Попов (Popov) против Российской Федерации» (жалоба № 26853/04) // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система.-Версия Проф, сетевая.-электр. дан. (39 кб.). М.: АО Консультант плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. Сеть Науч. Б-ки Том.гос. ун-та, свободный (дата обращения 23 мая 2016 г.).
8. *Уголовно-процессуальный* кодекс Республики Казахстан от 04.07.2014 г. № 231-V (с изменениями и дополнениями на 09.04.2016) [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://online.zakon.kz/ (дата обращения 23 мая 2016 г.).

THE REQUIREMENTS OF ADVERSARIALITY AND EQUALITY OF PARTIES AND THE DEFENSE PARTICIPATION IN PROVING: WHAT TO DO WITH THE MATERIALS SUBMITTED BY THE DEFENSE?

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 105–108. DOI 10.17223/23088451/7/16

Yaselskaya Veronika V., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation). E-mail: yaselskaya@mail.ru
Rozhkov Artyom S., Tomsk State University (Astana, Kazakhstan). E-mail: artyom_rozhkov_advokat@mail.ru

Keywords: adversariality principle, defense lawyer, presentation of evidence, permission for motions requests.

In accordance with the principle of adversariality when considering a criminal case in court, the parties should be able to bring their arguments and evidence to support them. The defense lawyer can realize the right to collect and present evidence by appropriate motions during the preliminary investigation or in court proceedings. The main reason for failure to satisfy the defense lawyer's motions is the imperfect order to permit them. Thus, a decision on a motion during the preliminary investigation depends entirely on the discretion of the representative of the prosecution, the investigator. On the stage of the proceedings, the court's discretion is less pronounced, but the law requires the defense lawyer to ensure the attendance of the people s/he surveyed before. In order to enable the use of data obtained by the defense in a criminal procedure, it is necessary to entrust the investigator and the court with a duty of providing assistance to the defense lawyer in the collection and presentation of materials in the RF Code of Criminal Procedure.

REFERENCES

1. Sheyfer, S.A. (2008) *Dokazatel'stva i dokazyvanie po ugolovnym delam: problemy teorii i pravovogo regulirovaniya* [Evidence and proof in criminal cases: problems of theory and legal regulation]. Moscow: Norma.
2. Konsul'tant Plyus. (2004) *Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 21.12.2004 N 467-O "On the complaint of citizen Pyatnichuk Petr Yefimovich on the violation of his constitutional rights in Articles 46, 86 and 161 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation"*. Moscow: AO Konsul'tant plyus.
3. Simancheva, L.V. (2007) [Problems of realization of procedural equality of the parties in adversarial proceedings in Russia]. *Pravo na zashchitu v sudebnom protsesse: Evropeyskie standarty i rossiyskaya praktika* [The right to protection in court proceedings: European and Russian practice]. Proceedings of the international scientific-practical conference. 20–22 September 2007. Tomsk. (In Russian).
4. Enikeev, M.I. & Chernykh, E.A. (1988) *Psikhologiya sledovatelya* [Psychology of the investigator]. Moscow.
5. Sviridov, M.K. (2000) Otnosheniya sledovatelya i zashchitnika v protsesse sobiraniya dokazatel'stv [Relationship of the investigator and the defense lawyer in the process of collecting evidence]. In: Utkin, V.A. (ed.) *Pravovye problemy ukrepleniya rossiyskoy gosudarstvennosti* [Legal problems of strengthening Russian statehood]. Vol. 6. Tomsk: Tomsk State University.
6. Konsul'tant Plyus. (1992) *Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (signed in Rome on 04.11.1950) (as amended on 13.05.2004).* Moscow: AO Konsul'tant plyus. (In Russian).
7. Konsul'tant Plyus. (2006) *The ECHR decision of 13.07.2006 on the case Popov v. the Russian Federation (complaint N 26853/04).* Moscow: AO Konsul'tant plyus.
8. Republic of Kazakhstan. (2014) The Code of Criminal Procedure of the Republic of Kazakhstan of 04.07.2014 N 231-V (as amended on 04.09.2016). [Online] Available from: http://online.zakon.kz/. (Accessed: 23 May 2016).

ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

УДК 343 DOI 10.17223/23088451/7/17

О.В. Садчикова

РАЗЛИЧНЫЕ ВИДЫ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЙ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ И ГАРАНТИИ ПРОТИВ ПОДОБНЫХ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЙ

Статья посвящена вопросам пробелов в регулировании оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации и ее соответствия международным обязательствам. Автор выделяет четыре проблемных области: санкционирование оперативных мероприятий и контроль за их проведением, использование агентов в оперативных мероприятиях и фиксация результатов ОРМ, доступ стороны защиты к делу оперучета и отмечает недостаточность существующего нормативного регулирования, порождающего безграничные возможности для злоупотреблений.

Ключевые слова: *провокация*, *санкционирование оперативных мероприятий*, *агенты*, *прокурорский надзор за ОРД*, *текущий судебный контроль над ОРМ.*

В течение довольно длительного периода времени в правовом регулировании проведения оперативно-розыскных мероприятий наблюдается неудовлетворительная ситуация.

Изменениями, внесенными ФЗ от 24.07.2007 года в ст. 5 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается: подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (провокация) и фальсифицировать результаты оперативно-розыскной деятельности.

Уголовная ответственность за фальсификацию результатов оперативно-розыскной деятельности была введена в Уголовный кодекс РФ только через 5 лет, когда ст. 303 УК РФ «Фальсификация доказательств» была дополнена частью 4 – фальсификация результатов оперативно-разыскной деятельности лицом, уполномоченным на проведение оперативно-разыскных мероприятий, в целях уголовного преследования лица, заведомо не причастного к совершению преступления, либо в целях причинения вреда чести, достоинству и деловой репутации.

Вместе с тем, как следует из п. 34 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2013 года. № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и иных коррупционных преступлениях» от преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ (провокация взятки), следует отграничивать подстрекательские действия сотрудников правоохранительных органов, спровоцировавших должностное лицо или лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации, на принятие взятки или предмета коммерческого подкупа. Как говорится в Постановлении Пленума, указанные действия совершаются в нарушение требований ст. 5 Федерального закона от 12 августа 1995 года № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» и состоят в передаче взятки или предмета коммерческого подкупа с согласия или по предложению должностного лица либо лица, выполняющего управленческие функции в коммерческой или иной организации, когда такое согласие либо предложение было получено в результате склонения этих лиц к получению ценностей при обстоятельствах, свидетельствующих о том, что без вмешательства сотрудников правоохранительных органов умысел на их получение не возник бы и преступление не было бы совершено.

Судебной практике известны случаи возбуждения уголовных дел и осуждения оперативных сотрудников по статьям «Злоупотребление должностными полномочиями» и «Провокация взятки либо коммерческого подкупа». Мониторинг прессы позволяет утверждать, что по сравнению с количеством случаев осуждения за получение взятки случаи привлечения к уголовной ответственности сотрудников правоохранительных органов являются единичными. Между тем при отсутствии общих гарантий от злоупотреблений на стадии проведения оперативно-розыскных мероприятий очевидно, что при наличии лишь только уголовной санкции злоупотребления будут происходить с регулярностью и лишь незначительная доля недобросовестных сотрудников правоохранительных органов будут привлечены к ответственности. А сколько людей будут осуждены в результате нераспознанных провокаций и фальсификаций?

О каких гарантиях идет речь?

Санкционирование оперативных мероприятий

В первую очередь речь идет о необходимости контроля над процессом получения санкции на проведение оперативных мероприятий. В настоящее

время этот вопрос отнесен к ответственности единственного должностного лица – руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, на которого в соответствии со ст. 8 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» возложена обязанность утверждения постановления о проведении проверочной закупки или контролируемой поставки предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативного эксперимента или оперативного внедрения должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а равно лиц, оказывающих им содействие.

Надзор за исполнением требований Федерального закона от 12 августа 1995 года «Об оперативно-розыскной деятельности» осуществляет прокуратура в соответствии с Приказом Генерального прокурора РФ от 15 февраля 2011 года № 33 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов при осуществлении оперативно-розыскной деятельности».

Согласно различным данным, проверки соблюдения требований ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» в поднадзорных органах осуществляются прокуратурами два раза в квартал, а по делам оперативного учета, заведенным с целью раскрытия тяжких и особо тяжких преступлений против личности, ежемесячно. Несмотря на эту важную работу, такая деятельность осуществляется по факту выполненных оперативных мероприятий, выборочно и носит преимущественно заявительный характер. То есть говорить о системной работе, а тем более прозрачной, предсказуемой и контролируемой процедуре получения санкции на проведение оперативных мероприятий не приходится. Максимальным образом эти гарантии могут быть реализованы лишь тогда, когда вопрос получения санкции на основе конкретных фактических данных будет решаться судом, то есть при наличии текущего судебного контроля. В Постановлении, вынесенном 30 апреля 2015 года «Сергей Лебедев и другие против Российской Федерации», Европейский суд по правам человека указал: «19. Суд повторяет, что отсутствие в Российской правовой системе четких и предсказуемых процедур принятия решений о возможности санкционирования проверочных закупок остается одной из структурных проблем, которая подвергает заявителей опасности произвольных действий полиции и не позволяет национальным судам производить эффективную судебную проверку доводов о провокации». Идентификация провокаций как структурного явления позволила Европейскому суду по правам человека рассматривать дела о провокации в упрощенном порядке как дела-клоны. В настоящее время максимальная длительность проведения оперативных мероприятий, кроме контроля телефонных переговоров, не регламентирована. В то же время лучшие практики других государств показывают, что на этапе санкционирования оперативного эксперимента устанавливается срок его проведения. Это означает, что если в течение установленного судом срока подозрения не подтвердились, оперативные мероприятия должны быть прекращены.

Использование агентов

Ряд дел, изученных на предмет наличия контроля за деятельностью агентов, свидетельствуют о том, что их деятельность либо не контролируется оперативными сотрудниками, либо оперативные сотрудники, осуществляя фактический контроль и инструктирование, не документируют инструктаж надлежащим образом и не заботятся о том, что бы действия агента не выходили за рамки «пассивного поведения». Во всех случаях совместная деятельность оперативного сотрудника и агента не может быть проверена никаким независимым органом в момент ее осуществления на соответствие требованиям о недопустимости подстрекательства. В таких делах в лучшем случае в материалах оперативно-розыскной деятельности имеется расписка о том, что лицу, участвующему в оперативном мероприятии, разъяснено о недопустимости провокации.

Инвазивные методы расследования сильно увеличивают риск перехода от пассивного наблюдения к активным подстрекательским действиям. Представляется, что агенты должны привлекаться только при невозможности прибегнуть к другим методам раскрытия преступлений, например в тех случаях, когда при наличии конкретной проверяемой информации о начавшейся преступной деятельности предполагаемые правонарушители используют методы конспирации, не позволяющие зафиксировать факт приготовления к совершению преступления и обычное наблюдение и контроль телефонных переговоров становятся малоэффективными. В то же время деятельность привлеченных агентов должна контролироваться так, чтобы обеспечить текущий или последующий независимый контроль. Следующим образом описывается ситуация из дела «Лагутин и другие против Российской Федерации», в которой ЕСПЧ установил нарушение права на справедливое судебное разбирательство в части, касающейся привлечения агента и контроля за его деятельностью оперативными сотрудниками: «С. (оперативный сотрудник) сообщил, что Х. (агент) было поручено внедриться в группу, но он не был обязан раскрывать методы своей секретной работы и не сообщал начальству о способах своей связи с заявителями до проверочных закупок и в перерывах между ними. В частности, С. не знал и не интересовался, как Х. достиг соглашения с заявителями по поводу приобретения наркотиков. Он не знал, был ли инициатором сделки Х. или один из заявителей».

Если рассматривать то, какие практики используются в других государствах, то мы увидим, что привлечение агентов сопряжено с необходимостью получения дополнительных разрешений от суда или прокурора. Кроме того, такие разрешения действу-

ют строго ограниченный период времени. На практике это означает, что инструктаж и контроль за деятельностью агента осуществляется судьей, а не оперативным сотрудником, и детально фиксируется в протоколе судебного заседания или иным образом.

В наиболее вопиющих известных случаях сотрудники правоохранительных органах вкупе с агентами не гнушаются подпаиванием своих жертв алкогольными напитками, манипулируют чувствами жалости и сострадания, заставляют лиц, которых они сами хотят видеть в качестве посредников для передачи взяток должностным лицам, искать незаконные пути решения проблем мнимых предпринимателей, мотивируя их тем, что многократно – даже в сотни раз завышая суммы предполагаемых взяток по сравнению с издержками при получении государственных и муниципальных услуг законным путем и аналогичных предложений на рынке, нацеливают своих жертв только на выбор незаконного пути поведения, загоняя их в ловушку обмана, шантажируют возможностью привлечения к уголовной ответственности близких родственников, осведомленных вольно или невольно о происходящем.

Не удивительно, что оперативные подразделения открещиваются от таких «агентов», а следователи, занимающиеся расследованием уголовных дел, не спешат устанавливать их личности и заниматься их поиском. С большой долей вероятности лицо, не установленное в рамках оперативных мероприятий и не установленное и не допрошенное в ходе следствия и не явившееся в суд, может быть скрытым агентом, как оно могло быть в ситуации, описанной в Постановлении ЕСПЧ по делу «Веселов и другие против России»: «110. Суд …учитывает факт, установленный в национальном разбирательстве, что заявитель контактировал с X. через посредника «Руслана». Несмотря на роль последнего в негласном мероприятии, это лицо не было допрошено в разбирательстве по делу заявителя, по-видимому, потому, что власти не смогли установить его личность». Соответственно важный элемент ускользнул от национальной оценки вопроса о предполагаемой провокации.

Аудио- и видеофиксация хода оперативного эксперимента

В ряде изученных дел имеется следующая картина: вся деятельность агента с самого начала не фиксируется, в том числе и после того момента как «появляется» его согласие на участие в оперативном эксперименте, под аудио и видеозапись проводится лишь последний этап оперативного мероприятия, собственно передача денег лицу, в отношении которого проводятся оперативные мероприятия. В такой ситуации риски утраты возможности принять объективное решение с учетом всех обстоятельств дела очень велики. Вместо объективной аудио и видеофиксации мы получаем доказательства, которые очень легко поддаются изменению- или в результате давления, или в результате страха такого давления- это свидетельские показания. Под страхом уголовного преследования такие свидетели- речь прежде всего идет о предполагаемых посредниках способны на какой угодно оговор, лишь бы улучшить свое положение. Единственное, что может быть противопоставлено оговору – это обьективная аудио и видеофиксация. Понимая это, должностные лица, хоть в какой-то мере ответственные за принятие каких-либо решений обеспечивают на рабочих местах полную аудио и видеофиксацию путем установки видеорегистраторов и камер видеонаблюдения, иногда даже и за свой счет, тайно от сотрудников и подчиненных, избегают любого общения на рабочие темы в нерабочей обстановке, устанавливают программы записи телефонных переговоров на свои мобильные и рабочие телефоны, что бы застраховать себя от возможных провокаций и оговора. Выход видится в очень ограниченном использовании в доказывании свидетельских показаний агентов и посредников, приоритет должен быть отдан аудио и видеозаписи. Использование же свидетельских показаний должно быть возможно только в исключительных случаях, когда при наличии другой конкретной и проверяемой информации лицо, в отношении которого проводятся оперативные мероприятия применяет методы конспирации. В некоторых случаях использование аудио и видеотехники в принципе невозможно или крайне затруднительно.

При проведении оперативных мероприятий с того момента, когда аудио и видеофикасация становится возможной, она должна быть инициирована и получены необходимые разрешения. Эта позиция вытекает из Постановления ЕСПЧ «Веселов и другие против России»: «123. ...Не фиксировалась начальная стадия операции, когда Z. звонила заявителю по указаниям милиционеров и в их присутствии и просила его продать ей наркотики, и их дальнейшие телефонные разговоры также не записывались. Результат данного упущения оказался таким же, как и в двух других случаях, то есть органы власти лишились возможности доказать наличие у заявителя умысла на совершение преступления» и п. 110. «…Кроме того, содержание телефонных разговоров «Руслана» с X. не принималось во внимание, так как они не были записаны. Не были записаны или иным образом зафиксированы переговоры участников сделки, прослушанные милицией во время проверочной закупки. Европейский суд учитывает необходимость санкционирования таких записей судом. Тем не менее из материалов дела не следует, что время на проверочную закупку было недостаточным или что существовали иные препятствия для получения подобного разрешения, тогда как полученные таким образом доказательства имели бы высокую доказательную силу для оценки наличия у заявителя умысла на совершение преступления».

Весь объем законно полученной информации должен быть в последующем представлен в материалы уголовного дела для того, чтобы суд в по-

следствии смог вынести справедливое решение, в том числе и проверив, не перешел ли агент-информатор грань и не превратился ли из пассивного участника оперативного мероприятия в агента-провокатора.

Мы неоднократно наблюдали ситуации, когда при наличии сведений об аудио- и видеофиксации оперативных мероприятий (они иногда обрывочные) в материалах уголовных дел не оказывается этих доказательств, сторона обвинения ссылается на то, что копии и оригиналы по каким-то причинам утрачены. Оперативные службы объясняют это, как правило, либо тем, что аудио- или видеофиксация не проводилась, хотя имеются доказательства обратного, либо носитель утрачен в связи с технической ошибкой. В тех случаях, когда по таким фактам не проводятся служебные проверки и виновные не привлекаются к ответственности, очевиден вывод о согласованности таких действий с руководством и службами, ответственными за сохранность аудио- и видеозаписей. Комплексный выход из этой ситуации возможен только один – службы, проводящие контроль записи телефонных переговоров, должны быть структурно отделены от организаций, которые осуществляют оперативные мероприятия и расследование. В случае же аудио- и видеозаписи оперативных мероприятий оригиналы записей немедленно после проведения каждого этапа оперативного эксперимента должны сдаваться на хранение в отдельную структуру. При возможностях современной техники он-лайн фиксация независимым органом также не представляет никакого труда.

Такой контроль необходим над всеми этапами оперативного эксперимента для недопущения удаления оправдательной информации.

Доступ к делу оперативного учета

Пока все эти гарантии на практике не реализуются, суды при рассмотрении уголовных дел должны иметь возможность изучать дела оперативного учета. Европейским судом по правам человека в постановлении «Лагутин и другие против России» указано: «...121. Во всех уголовных делах, где полиция ссылалась на засекреченную информацию от секретных источников, уличающих заявителей в торговле наркотиками, задачей национального суда является проверка такой информации до первого контакта между агентом под прикрытием и подозреваемым, суд также должен получить доступ к содержанию такой информации и решить, может она быть раскрыта защите или нет. В обстоятельствах настоящего дела, заявление о провокации не могло быть проверено без запроса всех относящихся к делу материалов, касающихся предыдущей «оперативной информации», уличающей заявителей до начала оперативных мероприятий и допрос агентов под прикрытием о более ранних стадиях их внедрения. Однако суды не предприняли никаких попыток проверить доводы наркополицейских и приняли их неподтвержденные заявления о том, что у них были достаточные причины для того, чтобы подозревать заявителей. Национальные суды отклонили заявление о провокации в нарушение их процессуальных обязанностей, указанных в прецедентном праве Суда (см., в частности, § 118 выше). Это упущение было особенно серьезным, учитывая важность юридического исследования заявлений о провокации, что является единственной гарантией против провокации, которую предусматривает российская система.

122. В таких делах, как рассматриваемые, решение вопроса о провокации неотделимо от вопроса вины заявителя и неспособность исследовать его компрометирует исход судебного процесса непоправимым образом. Это также не соответствует фундаментальным гарантиям права на справедливое судебное разбирательство, в частности принципам состязательного процесса и равенства оружия. Суды не обеспечили, чтобы сторона обвинения исчерпала обязанность бремени доказывания, доказав, что подстрекательство не имело место и неподобающим образом возложило обязанность доказывания на заявителей. Однако, поскольку «оперативная информация» не была раскрыта, заявителям было невозможно оспаривать его содержание и относимость, и это бремя невозможно было выполнить. Следовательно, заявители были поставлены в неравное положение со стороной обвинения, не имея аргументов для уравновешивания своего положения, восстановления принципа равенства оружия и достижения общей справедливости судебного процесса».

Несмотря на то, что законом предусмотрена обязанность оперативных служб предоставить дело оперативного учета по требованию судьи, и эта обязанность зачастую не исполняется со ссылкой на государственную тайну, а в тех случаях, когда она предоставляется суду, защита все равно не имеет возможности изучить материалы со ссылкой на государственную тайну. Таким образом, вся ключевая информация об оперативных мероприятиях от защиты скрыта, говорить о равенстве сторон обвинения и защиты в таком процессе не приходится.

Никакого прогресса в этой сфере с момента вынесения первых постановлений Европейским судом по правам человека в 2005 году и до настоящего времени не достигнуто.

4 декабря 2015 года Европейский суд вынес очередное постановление, которым признаны значительные пробелы в регулировании оперативно-розыскной деятельности. В деле Романа Захарова против Российской Федерации ЕСПЧ постановил, что российское законодательство содержит ряд гарантий против злоупотреблений, однако эти гарантии недостаточны. Хотя злоупотребления возможны при любой системе организации негласных наблюдений, их вероятность особенно высока в такой системе, как в России, где правоохранительные органы имеют с помощью технических средств прямой доступ ко всем мобильным телефонным переговорам.

В частности, ЕСПЧ пришел к выводу, что российское законодательство не предоставляет адекватных и эффективных правовых гарантий в следующих сферах: оно недостаточно четко определяет ситуации, в которых правоохранительные органы имеют право использовать негласные оперативно-розыскные мероприятия (например, прослушивание телефонных переговоров), и ситуации, в которых данные мероприятия должны быть прекращены, а собранные данные уничтожены; процедура выдачи разрешений на прослушивание телефонных переговоров не предоставляет достаточных гарантий того, что прослушивание проводится только в тех случаях, когда это оправданно и необходимо; надзор за законностью проведения негласных оперативно-розыскных мероприятий неэффективен; отсутствуют эффективные средства обжалования. ЕСПЧ особенно подчеркнул, что эффективность имеющихся средств обжалования подрывается тем, что они доступны только тем людям, которые могут представить доказательства прослушивания их телефонных переговоров. В отсутствие системы уведомления о прослушивании телефонных переговоров или возможности запросить информацию о прослушивании получить такие доказательства практически невозможно.

Подводя итог изложенному, необходимо заключить, что проблемы в регулировании оперативно-розыскной деятельности могут быть преодолены только комплексно при организации подлинно независимой судебной системы, которая сможет обеспечить уровень профессионализма и, одновременно, способность обеспечить надлежащую секретность делопроизводства при сохранении функции контроля за санкционированием и проведением оперативных мероприятий, включая начало проведения оперативного эксперимента, привлечение агентов и использование средств аудио- и видеозаписи. Очевиден и превентивный эффект последующего уведомления лица об оперативных мероприятиях, которые проводились в отношении него ранее.

VARIOUS FORMS OF ABUSE DURING OPERATIONAL SEARCH ACTIVITIES AND GUARANTEES AGAINST THEM

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 109–113. DOI 10.17223/23088451/7/17

Sadchikova Oksana V., Advocatory Chamber of Stavropol Krai, Council of Europe HELP (Stavropol, Russian Federation). E-mail: sadchikov99@mail.ru

Keywords: provocation, authorizing operational activities, agents, public prosecutor's supervision of operational search activities, current judicial control of operational search activities.

The author identifies the problem areas in the existing regulation of the operational activities: authorization of operational activities and monitoring of their implementation, the use of agents in operational activities, audio and video recording of the results of operational search activities, access of the defense to the operational records. Lack of existing regulations on the operational search activities in the Russian Federation generates endless possibilities for abuse, which has been stated in a number of European Court of Human Rights decisions. The author proposes a set of measures to improve enforcement practices, such as the current judicial control over the authorization and carrying out of operational activities, the limited use of agents and the preferential use of audio and video fixation. In addition, the author notes the inequality of the rights of the defense and the prosecution when accessing the operational records and states the special role of the court in ensuring the rights of the defense.

ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР

УДК 347.963 DOI 10.17223/23088451/7/18

А.В. Агутин

СОЦИОКУЛЬТУРНЫЕ ОСНОВАНИЯ ПРОКУРОРСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Статья посвящена осмыслению прокурорской деятельности с учетом её социокультурных оснований. Проанализированы подходы к понятию прокурорской деятельности, сформулированные профессорами Н.Н. Карповым и А.Ю. Винокуровым. Определена роль социокультурной системы российского народа в понимании прокурорской деятельности. Обращено внимание на увлеченность исследователей функциональным подходом при объяснении прокурорской деятельности. Обосновано влияние социокультурной системы российского народа на мышление прокуроров.

Ключевые слова: *российская культура*, *понятие*, *прокурорская деятельность*, *духовность российского народа*, *функции*, *личность*, *прокурор.*

В науке прокурорского надзора до настоящего времени вопрос о социокультурных основаниях прокурорской деятельности не поднимался. В основном исследователи сосредотачивали свои усилия на разработку понятия прокурорской деятельности, её функций, направлений, задач и целей. Первым термин «прокурорская деятельность» в оборот науки прокурорского надзора ввел профессор Н.Н. Карпов [1, с. 12–15]. В 2008 году он, анализируя положения ст. 1 Закона о прокуратуре, обоснованно пришел к выводу о целесообразности замены понятия «прокурорский надзор» на термин «прокурорская деятельность». Свой вывод профессор Н.Н. Карпов обосновывал невозможностью уложения многообразия функций, выполняемых органами прокуратуры, в рамки понятия «прокурорский надзор».

Предложение профессора Н.Н. Карпова о введении в научный оборот понятия «прокурорская деятельность» стало эпохальным для юридической науки. Оно являет собой формирование на базе науки прокурорского надзора совершенно иного её предмета. В данном случае мы ведем речь о предмете науки прокурорской деятельности. По своему содержанию он не относится к числу абстрактных. Предмет науки прокурорской деятельности конкретен. Конкретность предмета науки прокурорской деятельности состоит в том, что именно сама прокурорская деятельность является её предметом [2, с. 31–41]. Это вносит ясность и определенность в понятийный аппарат науки прокурорского надзора, способствует его устойчивости. В этом смысле суждения и выводы профессора Н.Н. Карпова нами в целом разделяются и поддерживаются.

У внимательного оппонента может возникнуть вопрос: «Почему в целом?» Наш ответ на данный вопрос таков. В целом, потому что любая весомая (фундаментальная) идея в юридической науке ценна именно своей целостностью, а не частностями, имеющими прикладной характер. Например, в 2008 году Н.Н. Карпов ставил вопрос о замене понятия «прокурорский надзор» на термин «прокурорская деятельность». В то время он так и писал: «…в настоящее время для характеристики деятельности прокуратуры понятие «прокурорский надзор» должно быть заменено термином «прокурорская деятельность»» [1, с. 12]. Так вот, с позиции частностей, имеющих прикладной характер, можно было автору задать вопрос: «Видит ли он разницу между научными понятиями и терминами?» В нашем случае научным понятием «прокурорский надзор» и термином «прокурорская деятельность». С позиции буквы юридической науки отождествление научных понятий с соответствующими терминами является недопустимым, однако с позиции её духа такое отождествление возможно.

На уровне духа юридической науки значение имеют не частности, а целостность. С последней в суждениях и выводах Н.Н. Карпова, связанных с раскрытием содержания прокурорской деятельности, вполне все убедительно. Тем более в последующих своих исследованиях [3, с. 7–11] профессор Н.Н. Карпов речь ведет именно о понятии «прокурорская деятельность». В частности, профессор Н.Н. Карпов пишет: «…в настоящее время традиционный термин «прокурорский надзор» не охватывает в полной мере все виды деятельности прокуратуры, необходимо ввести в служебный практический оборот понятие «прокурорская деятельность», которая представляет собой особый вид осуществляемой прокуратурой государственной деятельности, носит комплексный характер и разнообразные формы, осуществляется в соответствии с нормами Конституции и федерального законодательства посредством выполняющего главную составляющую часть этой деятельности надзора за исполнением конституционных и законодательных норм, уголовного преследования и выполнения других, возложенных

на прокуратуру функций и направлена на обеспечение верховенства закона, единства и укрепления законности, защиту прав и свобод человека и гражданина, охраняемых законом интересов общества и государства» [3, с. 9].

Приведенная дефиниция понятия «прокурорская деятельность» частично в свернутом, а частично в развернутом виде содержит в себе ряд признаков. В настоящей статье мы не будем их анализировать, а укажем лишь на то, что системообразующим из них являются функции, которые выполняются (реализуются) органами прокуратуры. Впрочем, сам автор приведенного нами определения понятия «прокурорская деятельность» непосредственно указывает на это, когда пишет: «Столь подробное рассмотрение вопроса о функциях и направлениях деятельности прокуратуры позволяют сделать несколько выводов, имеющих, как представляется, серьезное теоретическое и практическое значение» [3, с. 9]. Первым из этих выводов является вывод об авторской дефиниции понятия «прокурорская деятельность». Таким образом, в приведенном выше определении понятия «прокурорская деятельность» системообразующим его признаком является функции прокуратуры.

В науке прокурорского надзора (прокурорской деятельности) предложено разработанную Н.Н. Карповым дефиницию понятия «прокурорская деятельность» взять «за основу для формирования представления о сущности и последующего формулирования соответствующего понятия» [3, с. 19–20]. С подобным предложением мы не только согласны, но и солидарны. К сожалению, в последующем мы не видим в науке прокурорского надзора серьезных исследований, связанных с дальнейшей разработкой и формулированием определения понятия «прокурорская деятельность». Пожалуй, только за исключением одного исследования. Оно принадлежит профессору А.Ю. Винокурову, который, проанализировав авторское определение понятия «прокурорская деятельность» Н.Н. Карпова, обратил внимание на ряд его достоинств и, высказав некоторые частные замечания, предложил свое понимание прокурорской деятельности. В авторском обрамлении профессора А.Ю. Винокурова прокурорская деятельность понимается как *«совокупность осуществляемых прокурором Российской Федерации функций и иных направлений (участков) внешнефункциональной деятельности*, *реализуемых посредством применения прокурорами предусмотренных Конституцией Российской Федерации*, *международными договорами Российской Федерации*, *федеральными законами и иными легальными источниками права полномочий для достижения заявленных в Федеральном законе «О прокуратуре Российской Федерации» целей*» [4, с. 20].

Отдавая дань уважения автору данного определения, со своей стороны хотелось бы обратить внимание на то, что оно предварительно автором разработано не было. В последующем также не обнаруживаем того, что в юридической науке принято называть «разработкой понятия». В результате несколько непонятны мотивы, побудившие указанного автора для включения того или иного системообразующего признака в понятие «прокурорская деятельность». Хотя в целом представленное профессором А.Ю. Винокуровым авторское определение понятия «прокурорская деятельность» вносит дополнительную ясность и определенность в понимание того, что скрывается за тем явлением и процессом, которое обозначается словосочетанием «прокурорская деятельность».

На наш взгляд, без учета нюансов, в авторском определении понятия «прокурорская деятельность» профессора А.Ю. Винокуроа, как и в определении понятия «прокурорская деятельность» профессора Н.Н. Карпова, в качестве основного системообразующего признака избраны функции органов прокуратуры (у А.Ю. Винокурова совокупность осуществляемых прокурорами Российской Федерации функций). Авторские определения понятия «прокурорская деятельность» профессоров Н.Н. Карпова и А.Ю. Винокурова на сегодняшний день выступают в нашем исследовании в роли своеобразного рычага, опираясь на который, обратим внимание научной общественности на возможность рассмотрения прокурорской деятельности несколько под иным углом «зрения», а именно с позиции социокультурных оснований. Достаточно же скрупулезный анализ авторских определений понятий «прокурорская деятельность» осуществлен не ради удовлетворения праздного любопытства, а имеет конкретную цель. Она заключается в том, чтобы продемонстрировать методологическую основу, которая была положена в основу авторских суждений, связанных с формулированием определений понятия «прокурорская деятельность». Конечно, нам трудно судить, насколько успешно удалось продвинуться в достижении поставленной цели. Однако, во всяком случае, если непредвзято обратиться к осмыслению методологической основы авторских определений понятий «прокурорская деятельность», нетрудно увидеть то, что авторами был успешно реализован функциональный подход, который еще иногда называют функциональным анализом.

Возникает вопрос: «Позволил ли примененный научный метод достичь поставленной цели?» Ответ на поставленный вопрос не может быть однозначным. Ведь авторские определения понятия «прокурорская деятельность» существуют не абстрактно. Они приведены в статьях. Это позволяет исследователям обращаться к их осмыслению. В этом контексте поставленные авторами цели достигнуты. Однако остался неразрешенным вопрос относительно содержания деятельности. Ведь потенциалом функционального подхода (анализа) невозможно исследовать содержание прокурорской деятельности. Невозможность исследования содержательной стороны прокурорской деятельности можно объяснить так: во-первых, тем, что в рамках функционального под-

хода прокурорская деятельность рассматривается исключительно с позиции ее внешнего аспекта; во-вторых, рассматривая прокурорскую деятельность с позиции функций, мы отвлекаемся от ее внутреннего содержания (которое, как правило, исключительно разнородно по составу и природе протекающих процессов) и как бы целиком охватываем это разнообразие в его итоговом выражении [5, с. 7–8], а именно в прокурорской деятельности.

В методологии науки прокурорского надзора (прокурорской деятельности) на такую ограниченность потенциала функционального анализа не обращается внимания. В отличие от нее на уровне методологии науки в целом и на уровне юридической науки как таковой на это уже обращено внимание. В настоящей статье мы акцентируем внимание на методологический опыт известных в соответствующих кругах методологов науки, например Л.С. Выготского [6], А.А. Зиновьева [7], Т. Парсонса [8], Т. Куна [9], Р. Мертона [10] и ряда других, занимающихся проблемами исследования деятельности в социальных и культурных системах.

Прокурорская деятельность также осуществляется не в вакууме, она представляет собой не однолинейный процесс, а включает в себя и нелинейные процессы, обусловленные особенностями осуществляемого прокурорами познаний, например чувственного и творческого. Кроме того, содержательно в прокурорскую деятельность входят не только однородные компоненты (функции), но и разнородные, например особенности национального характера и менталитета прокуроров. Возникает вопрос: «Каким образом осуществляется упорядочивание прокурорской деятельности с учетом свойственных ей нелинейных процессов и неоднородных компонентов?»

В науке прокурорского надзора мы не найдем ответа на данный вопрос. Со своей стороны, хотелось бы сказать о том, что ответ на поставленный вопрос следует искать в научном опыте. Он же говорит нам: исследование прокурорской деятельности должно осуществляться с учетом накопленного знания о социальных и культурных системах. По своей структуре прокурорская деятельность (как и любая деятельность [11, с. 12]) является сложной деятельностью. На её формирование оказывают влияние многие факторы. Крупно, без учета нюансов и в исследовательских целях эти факторы можно объединить в одну систему. В нашем случае такое объединение целесообразно осуществить в рамках социокультурной системы российского народа.

Объединение факторов, оказывающих влияние на прокурорскую деятельность, в рамках социокультурной системы вовсе не означает утраты (свертывание) сложности как свойства. Наоборот, это свойство продолжает сохраняться и на уровне системы. Социокультурная система является открытой системой, а все открытые системы относятся к типу сложных саморегулирующих систем. Отсюда закономерен вывод: социокультурная система российского народа является сложной саморегулирующей системой. В них смысл понятий (категорий) иной, впрочем, как и иная категориальная (понятийная) сетка их освоения. Социокультурная система российского народа является не только открытой и сложной саморегулирующей системой, но и нелинейной системой.

Основным способом объяснения социокультурной системы является духовно-цивилизационный подход (метод). В рамках российской общности он обусловлен культурно-историческим наследием и духовно-нравственными основами нашего народа. Говоря языком представителей духовно-цивилизационного подхода, линейные и нелинейные процессы, однородные и разнородные компоненты образуют единое целое. Имя ему – «прокурорская деятельность». В рамках духовно-цивилизационного подхода прокурорская деятельность представляет собой единство духа российского народа и культурного фактора нашей общности (религия, миропонимание, мировоззрение, историческое развитие, особенности вмещающего ландшафта, своеобразие обычаев и др.). Под влиянием советской культуры в сознании российской общности [12, с. 8–14] сложился образ о единстве духа и культуры российского народа, опирающейся на его духовные ценности [13, с. 8–10]. Под духовными ценностями российского народа понимаются такие его ценности, опора на которые позволяла ему не только сохраняться, но развиваться, создавая свою собственную своеобразную культуру.

«Система ценностей, – пишет Н.А. Бенедиктов, – и есть то, что объединяет народ. Если она размывается, то внешне государство может сохраняться. Однако сотрясения грядут, и мощное государство рассеивается как дым. Рассыпается как карточный домик» [14, с. 18]. Духовно-цивилизационный подход в контексте настоящей статьи позволяет анализировать и объяснять явления (процессы), свойственные прокурорской деятельности, в её социокультурной обусловленности, как целостном нашем бытии. Культурная система российского народа включает социальную систему в качестве своей подсистемы. Внутренние связи культурной системы являются внешними связями для социальной системы. С позиции диалектики отношения между культурной системой и социальной системой являются отношениями между их объектами, «один из которых рассматривается в качестве системы, а другой – в качестве среды» [15, с. 77]. О.С. Капинус пишет: «Право и мораль, выполняя свои функции и пользуясь собственной методологией, призваны служить единой цели – упорядочивать поведение людей, исключая хаос и произвол» [16, с. 187]. Под воздействием культурной системы российского народа в ходе осуществления прокурорской деятельности они интегрируются в единое целое. Данное обстоятельство и дает нам основание исследовать место прокурорской деятельности в контексте социокультурной системы российского народа.

Содержательно термином «социокультурная система» мы обозначаем «взаимодействия множества действующих лиц, ориентирующихся на ситуа-

цию, где социальная система включает общепризнанную систему культурных символов» [17, с. 77]. Социокультурная система – это не только множество действующих лиц. Каждый «социальный индивид может рассматриваться в качестве социокультурной системы [18, с. 127] тогда, когда он включен в культуру. Ведь по своей сути культура [19, с. 100–103] проявляется в ценностях, убеждениях и поведении. Перечисленные элементы и формируют образ нашей жизни. В этом смысле культура [20, с. 5–24] является своеобразным мостом между прошлым и будущим.

В контексте прокурорской деятельности социокультурная система включает отношения друг к другу своих субъектов, которые «определяются и опосредуются системой общепринятых символов, являющихся элементами культуры» [8, с. 77]. В ходе осуществления прокурорской деятельности социокультурная система представляют собой единую целостность. По этой причине автономное рассмотрение прокурорской деятельности либо только на основании социальной системы, либо сугубо с позиции культуры разрывает целостное единство. Вследствие этого стратегически прокурорская деятельность способна утратить ряд целостных свойств, например, таких, как творческая сила и нравственность. В той ситуации, когда мы исследуем место прокурорской деятельности в социокультурной системе, прежде всего, акцентируем свой исследовательский взор на целостности. Социокультурная система представляет собой целостное единство культуры и социальной системы. В роли социокультурной системы в настоящем исследовании выступает прокурорская деятельность со свойственной ей системой мышления.

Социокультурная система мышления прокурорской деятельности проявляется в методологии мышления прокуроров. В основе методологического мышления прокуроров лежит методологическое знание. Методологическое знание – это, во-первых, знание о науке в целом; во-вторых, знание об инструментарии исследования прокурорской деятельности (например, о методах исследования прокурорской деятельности); в-третьих, знание о методах (способах) прокурорской деятельности. В своей совокупности эти три составляющие методологического знания образуют: во-первых, своеобразную научную программу исследования, обусловленную соответствующей парадигмой научного мышления; во-вторых, алгоритм прокурорской деятельности, детерминированный ментальными и мировоззренческими особенностями мышления прокуроров; в-третьих, систему принципов прокурорской деятельности.

По своей структуре методологическое знание о прокурорской деятельности неоднолинейно и неоднородно. В обобщенном виде оно может условно представлено в форме ментального уровня методологического знания о прокурорской деятельности и в форме мировоззренческого уровня методологического знания о прокурорской деятельности. Ментальный уровень методологического знания о прокурорской деятельности формирует ментальность прокуроров. Ментальность прокуроров – это образ мышления прокуроров, обусловленный общей их духовной настроенностью. Источником ментальности прокуроров «служат отчасти общественные нравы, отчасти культура, а отчасти – идеи взрослых людей, оказывающих на нас влияние в детстве» [21, с. 83]. В стратегическом аспекте ментальные модели [22, с. 6–23] придают смысл прокурорской деятельности. В этом и заключается постоянная черта прокурорской деятельности в рамках социокультурной системы российского народа – деятельность должна быть подчинена «смыслу и цели» [14, с. 18].

Формированием образа мышления прокуроров не ограничивается ментальный уровень методологического знания. На этом уровне знания формируется основа для теоретического мышления: методов (способов) и принципов прокурорской деятельности. Здесь происходит упорядочивание научного знания о прокурорской деятельности. В этом смысле ментальный уровень методологического знания является фундаментальным началам прокурорской деятельности. На этих фундаментальных началах и происходит формирование мировоззренческого (теоретического) уровня научного знания о методах исследования прокурорской деятельности, методах осуществления прокурорской деятельности и принципах прокурорской деятельности.

Принципы представляют собой совокупность духовно-нравственных ценностей [23, с. 12] и мировоззренческих идей, которые позволяют прокурорам подходить действенно к осуществлению прокурорской деятельности. Такая роль принципов прокурорской деятельности объясняется тем, что они, с одной стороны, являются теоретической основой прокурорской деятельности, а с другой – детерминантой и условием её развертывания. В этой ипостаси принципы прокурорской деятельности выступают одновременно в роли ментального уровня методологического знания и в роли мировоззренческого уровня методологического знания о прокурорской деятельности. Подобная двуликость принципов прокурорской деятельности нами объясняется нижеследующим.

Принципами прокурорской деятельности не ограничивается мировоззренческий уровень методологического знания о прокурорской деятельности. Наряду с ними в мировоззренческую систему методологического знания о прокурорской деятельности включаются методы её исследования. Они связаны с наукой прокурорского надзора (прокурорской деятельности) и направлены непосредственно на разработку теорий, концепций и теоретических моделей прокурорской деятельности. Например, гносеологическое мышление выступает в качестве основы методологического знания. На основе этого знания формируется аналитический метод познания, а в последующем уже на его основе могут формулиро-

ваться теории и концепции прокурорской деятельности.

Надо исходить из того, что прокурорская деятельность является предметом юридической науки. Одновременно она выступает в качестве огромной исследовательской программы, опирающейся на «метафизические принципы» [24, с. 461], одним из которых является сама прокурорская деятельность. В свою очередь, прокурорская деятельность обеспечивает взаимосвязь с социокультурной системой российского общности (народа). Прокурорская деятельность является не только ориентиром в научных исследованиях, но и обеспечивает связь между прокурорами и целями деятельности органов прокуратуры. Наряду с процессом в систему деятельности входит цель. Например, судя по авторскому определению понятия «прокурорская деятельность» профессора А.Ю. Винокурова, целью самой прокурорской деятельности является достижение целей, заявленных в Федеральном законе «О прокуратуре Российской Федерации». В таком представлении цель прокурорской деятельности обеспечивает связь между системой федерального законодательства и целями, закрепленными в Федеральном законе «О прокуратуре Российской Федерации».

В процессе исследования мировоззренческого уровня методологического знания о прокурорской деятельности надо исходить из того, что связи являются такими же компонентами [25, с. 6–27], как и другие элементы прокурорской деятельности. Их предназначение состоит в том, «чтобы скрепить, связать, стянуть части, полученные при разложении» [26, с. 251], выступая в качестве своеобразной точки приложения. В науковедении этой точке приложения дано наименование «принцип рычага» [20, с. 42–43]. В контексте наших размышлений таким искомым «рычагом» является цель прокурорской деятельности. На теоретическом (мировоззренческом) уровне цель является не единственной связью, свойственной прокурорской деятельности. Она является одним из компонентов системы её взаимосвязей. К примеру, нравственность и духовность российского народа обеспечивают связь прокурорской деятельности с социокультурной системой российского народа. Поэтому, если мы будем разрабатывать прокурорскую деятельность вне специфики российской нравственности и духовности, то эти наши искусственные конструкты будут вступать прямо или опосредованно в противоречие с тем, что собственно называется «жизнь».

ЛИТЕРАТУРА

1. *Карпов Н.Н.* Хорошая теория – залог успешной практики // Законность. 2008. № 7. С. 12–15.
2. *Даев В.Г.*, *Маршунов М.Н.* Основы теории прокурорского надзора. Л.: Изд-во ЛГУ, 1990. 136 с.
3. *Карпов Н.Н.* Прокуратура: надзор или деятельность? // Законность. 2014. № 8. С. 7–11.
4. *Винокуров А.Ю.* К вопросу о теоретических основах прокурорской деятельности // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2015. № 1. С. 19–20.
5. *Марков Ю.Г.* Функциональный подход в современном научном познании. Новосибирск: Наука, 1982. 182 с.
6. *Выготский Л.С.* Педагогическая психология / под ред. В.В. Давыдова. М.: Педагогика-Пресс, 2008. 671 с.
7. *Зиновьев А.А.* Запад: избранные сочинения / вступ. статья Г.В. Осипова; сост. Ю.Н. Солодухина. М.: Астрель, 2008. 512 с.
8. *Парсонс Т.* О социальных системах / под ред. В.Ф. Чесноковой и С.А. Беланского. М.: Академический проспект, 2002. 159 с.
9. *Кун Т.* Структура научных революций: пер. с англ. / сост. В.Ю. Кузнецов. М.: АСТ, 2003. 605 с.
10. *Мертон Р.* Социальная теория и социальная структура. М.: Прогресс, 2006. 873 с.
11. *Грегуар Н.*, *Пригожин И.* Познание сложного: Введение: пер. с англ / предисл. Г.Г. Малинецкого. 3-е изд., доп. М.: ЛКИ, 2008. –352 с.
12. *Адаменко И.Е.* К вопросу о философских основаниях советской концепции уголовного судопроизводства // Правовые проблемы укрепления российской государственности: сб. статей. Ч. 67 / отв. ред. М.К. Свиридов, Ю.К. Якимович; под ред. О.И. Андреевой, И.В. Чадновой. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2015. С. 8–14.
13. *Агутин А.В.*, *Агутина Н.В.* Теоретические и нравственные основания принципов в современном отечественном уголовном судопроизводстве. М.: Изд-во Моск. гуманит. ун-та, 2009. 184 с.
14. *Бенедиктов Н.А.* Особенности русского правосознания // Социально-гуманитарные аспекты современного российского правосудия: материалы Всерос. заочной науч.-практич. конф., Н. Новогород, 17 октября 2014 г. Н. Новгород: ПФ ФГБОУВО «РГУП», 2016. С. 18–22.
15. *Леханова Е.С.* Судебно-экономические знания в юридической науке и практике раскрытия преступлений: монография / под ред. С.П. Голубятникова. Н. Новгород, 2011. С. 202.
16. *Капинус О.С.* Эвтаназия как социально-правовое явление. Монография. М.: Буквоед, 2006. 400 с.
17. *Акофф Р.*, *Эмери Ф.* О целеустремлённых системах. М.: Сов. радио, 1974. 272 с.
18. *Масионис Дж.* Социология. 9-е изд. СПб.: Питер, 2004. 752 с.
19. *Агутин А.В.*, *Трошкин Е.З.*, *Паньшин В.И.* Организационно-правовой механизм обеспечения национальной безопасности ресурсами уголовного судопроизводства: монография. М.: Юрлитинформ, 2014. 186 с.
20. *О'Коннор Д.*, *Макдермот И.* Искусство системного мышления. Необходимые знания о системах и творческом подходе к решению проблем. М.: Альпина Паблишер. 254 с.
21. *Агутин А.В.*, *Адаменко И.Е.*, *Бажанов А.И.* Организационно-правовой механизм формирования внутреннего убеждения в отечественном уголовном судопроизводстве: ценностно-мировоззренческие основания и методология / под ред. В.Н. Григорьева. Краснодар: Изд-во Краснодар. ун-та МВД России, 2013. 218 с.

22. *Агутин А.В.* Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании: автореф. дис. … докт. юрид. наук. Н. Новгород, 2005. 52 с.
23. *Лакатос И.* История науки и ее рациональные реконструкции // Кун Т. Структура научных революций: пер. с англ. / сост. В.Ю. Кузнецов. М.: ЮНИТИ-ДАН, 2003. С. 461–465.
24. *Адаменко И.Е.* Уголовно-процессуальная деятельность: социокультурные основания и сложившиеся концепции. Краснодар: Изд-во Краснодар. ун-та МВД России, 2014. 156 с.
25. *Щедровицкий Г.П.* Начала системно-структурного исследования взаимоотношений в малых группах: курс лекций / Из архива Г.П. Щедровицкого. Т. 3. М.: Путь, 1999. 351 с.
26. *Щедровицкий Г.П.* Избранные труды. М.: Шк. Культ. Полит, 1995. 800 с.

SOCIO-CULTURAL FOUNDATIONS OF THE PROSECUTOR'S ACTIVITIES

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 114–120. DOI 10.17223/23088451/7/18

Agutin Aleksandr V., Academy of the Prosecutor General's Office of the Russian Federation (Moscow, Russian Federation). E-mail: agutin_av@ya.ru

Keywords: Russian culture, concept, prosecutor's activities, spirituality of the Russian people, functions, identity, prosecutor.

In the context of the prosecutor's activities, the socio-cultural system includes the attitude of its subjects to each other which is determined and mediated by the system of conventional symbols, elements of culture. In the implementation of the prosecutor's activities, the socio-cultural system is an integrity. For this reason, considering the prosecutor's activities as parts of merely social or cultural systems breaks the integrity. As a result, the prosecutor's activities can strategically lose a number of holistic properties, such as the creative force and morality. When examining the place of the prosecutor's activities in the socio-cultural system, first and foremost, the focus is on the integrity. The socio-cultural system is an integral unity of culture and the social system. The socio-cultural system in the present study is the prosecutor's activities, with its particular system of thinking.

The socio-cultural system of thinking of the prosecutor's activities manifests itself in the methodology of the prosecutor's thinking. The basis of methodological thinking of the prosecutors is methodological knowledge. Methodological knowledge is, first of all, knowledge about science in general; secondly, knowledge of research tools of the prosecutor's activities (for example, methods of research of the prosecutor's activities); thirdly, knowledge of the methods of the prosecutor's activities. Taken together, these three components of methodological knowledge form: 1) a kind of a scientific research program set by the corresponding paradigm of scientific thinking; 2) the algorithm the prosecutor's activities determined by the worldview and mental features of the prosecutor's thinking; 3) the system of the principles of the prosecutor's activities.

REFERENCES

1. Karpov, N.N. (2008) Khoroshaya teoriya – zalog uspeshnoy praktiki [A good theory: the key to successful practice]. *Zakonnost'*. 7. pp. 12-15.
2. Daev, V.G. & Marshunov, M.N. (1990) *Osnovy teorii prokurorskogo nadzora* [Fundamentals of the theory of public prosecutor's supervision]. Leningrad: Leningrad State University.
3. Karpov, N.N. (2014) The public prosecution service: supervision or activities? *Zakonnost'*. 8. pp. 7-11. (In Russian).
4. Vinokurov, A.Yu. (2015) On the theoretical bases of the prosecutor's activity. *Vestnik Akademii General'noy prokuratury Rossiyskoy Federatsii*. 1. pp. 19-20. (In Russian).
5. Markov, Yu.G. (1982) *Funktsional'nyy podkhod v sovremennom nauchnom poznanii* [The functional approach to modern scientific knowledge]. Novosibirsk: Nauka.
6. Vygotskiy, L.S. (2008) *Pedagogicheskaya psikhologiya* [Educational psychology]. Moscow: Pedagogika-Press.
7. Zinov'ev, A.A. (2008) *Zapad: izbrannye sochineniya* [The West: Selected Works]. Moscow: Astrel'.
8. Parsons, T. (2002) *O sotsial'nykh sistemakh* [About social systems]. Translated from English. Moscow: Akademicheskiy prospekt.
9. Kun, T. (2003) *Struktura nauchnykh revolyutsiy* [The Structure of Scientific Revolutions]. Translated from English. Moscow: AST.
10. Merton, R. (2006) *Sotsial'naya teoriya i sotsial'naya struktura* [Social Theory and Social Structure]. Translated from English. Moscow: Progress.
11. Gregoire, N. & Prigogine, I. (2008) *Poznanie slozhnogo: Vvedenie* [Exploring Complexity: An Introduction]. Translated from English. 3rd ed. Moscow: LKI.
12. Adamenko, I.E. (2015) K voprosu o filosofskikh osnovaniyakh sovetskoy kontseptsii ugolovnogo sudoproizvodstva [On the philosophical foundations of the Soviet concept of criminal justice]. In: Sviridov, M.K. & Yakimovich, Yu.K. (eds) *Pravovye problemy ukrepleniya rossiyskoy gosudarstvennosti* [Legal problems of strengthening Russian statehood]. Vol. 67. Tomsk: Tomsk State University.
13. Agutin, A.V. & Agutina, N.V. (2009) *Teoreticheskie i nravstvennye osnovaniya printsipov v sovremennom otechestvennom ugolovnom sudoproizvodstve* [Theoretical and moral foundations in the principles of modern domestic criminal proceedings]. Moscow: Moscow State University for the Humanities.
14. Benediktov, N.A. (2016) [Features of Russian legal conscience]. *Sotsial'no-gumanitarnye aspekty sovremennogo rossiyskogo pravosudiya* [Social and humanitarian aspects of modern Russian justice]. Proceedings of the all-Russian distance scientific-practical conference. 17 October 2014. Nizhny Novgorod: RGUP. pp. 18-22. (In Russian).
15. Lekhanova, E.S. (2011) *Sudebno-ekonomicheskie znaniya v yuridicheskoy nauke i praktike raskrytiya prestupleniy* [Forensic and economic expertise in legal science and practice of disclosing of crimes]. Nizhny Novgorod: NA MVD Rossii.
16. Kapinus, O.S. (2006) *Evtanaziya kak sotsial'no-pravovoe yavlenie* [Euthanasia as a socio-legal phenomenon]. Moscow: Bukvoed.

17. Ackoff, R. & Emery, F. (1974) *O tseleustremlennykh sistemakh* [On purposeful systems]. Translated from English. Moscow: Sovetskoe radio.
18. Masionis, J. (2004) *Sotsiologiya* [Sociology]. Translated from English. 9th ed. St. Petersburg: Piter.
19. Agutin, A.V., Troshkin, E.Z. & Pan'shin, V.I. (2014) *Organizatsionno-pravovoy mekhanizm obespecheniya natsional'noy bezopasnosti resursami ugolovnogo sudoproizvodstva* [Organizational and legal mechanism of national security by criminal justice resources]. Moscow: Yurlitinform.
20. O'Connor, J. & McDermott, I. (2008) *Iskusstvo sistemnogo myshleniya. Neobkhodimye znaniya o sistemakh i tvorcheskom podkhode k resheniyu problem* [The Art of Systems Thinking. Necessary knowledge of systems and creative approach to problem solving]. Translated from English. Moscow: Al'pina Biznes Buks.
21. Agutin, A.V., Adamenko, I.E. & Bazhanov, A.I. (2013) *Organizatsionno-pravovoy mekhanizm formirovaniya vnutrennego ubezhdeniya v otechestvennom ugolovnom sudoproizvodstve: tsennostno-mirovozzrencheskie osnovaniya i metodologiya* [Organizational and legal mechanism of inner conviction formation in the national criminal proceedings: axiological and ideological foundations and methodology]. Krasnodar: Krasnodar University of the Russian Interior Ministry.
22. Agutin, A.V. (2005) *Mirovozzrencheskie idei v ugolovno-protsessual'nom dokazyvanii* [World outlook ideas in criminal procedure proving]. Nizhny Novgorod.
23. Lakatos, I. (2003) Istoriya nauki i ee ratsional'nye rekonstruktsii [The history of science and its rational reconstructions]. In: Kuhn, T. *Struktura nauchnykh revolyutsiy* [The Structure of Scientific Revolutions]. Translated from English. Moscow: YuNITI-DAN.
24. Adamenko, I.E. (2014) *Ugolovno-protsessual'naya deyatel'nost': sotsiokul'turnye osnovaniya i slozhivshiesya kontseptsii* [Criminal procedure activity: socio-cultural foundations and established concepts]. Krasnodar: Krasnodar University of the Russian Interior Ministry.
25. Shchedrovitskiy, G.P. (1999) Nachala sistemno-strukturnogo issledovaniya vzaimootnosheniy v malykh gruppakh: Kurs lektsiy [Fundamentals of the system-structural study of relationships in small groups: Lectures]. In: Shchedrovitskiy, G.P. *Iz arkhiva G.P. Shchedrovitskogo* [From the archive of G.P. Shchedrovitsky]. Vol. 3. Moscow: Put'.
26. Shchedrovitskiy, G.P. (1995) *Izbrannye trudy* [Selected Works]. Moscow: Shk. Kul't. Polit.

СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

УДК 343 DOI 10.17223/23088451/7/19

Е.С. Мазур, И.В. Иванов

ВОЗМОЖНОСТИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗНАНИЙ В РАСКРЫТИИ И РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Рассматриваются возможности использования специальных знаний в раскрытии и расследовании преступлений. Приведены примеры использования традиционных и нетрадиционных методов исследования, применяемых в криминалистике и судебной медицине.

Ключевые слова: *специальные знания, раскрытие преступлений, расследование преступлений, традиционные методы исследования, нетрадиционные методы исследования, эксперт, судебная экспертиза, криминалистика, судебно-медицинская экспертиза.*

В настоящее время в современной науке и практике не ослабевает интерес к появлению новых возможностей использования специальных знаний для раскрытия и расследования преступлений. Вопрос практического применения последних достижений научного знания для решения криминалистических задач всегда остается актуальным и перспективным. Процесс практического освоения новых научных методов в криминалистической деятельности сопровождается, в частности, увеличением объема ежегодно выполняемых идентификационных экспертиз неопознанных и расчлененных трупов для расследования убийств, в том числе для расследования гибели людей при неизвестных обстоятельствах, а также в связи с катастрофами природного, техногенного и социального характера. Для современной практики судебно-экспертной деятельности характерно также возрастание требований к качеству заключения эксперта [1, с. 3–5; 2, с. 33].

Практике расследования различного рода преступлений известны случаи, когда идентификация личности затруднена или невозможна. Это означает наличие потребности в усовершенствовании имеющихся и разработке комплекса новых специальных методов и средств, которые могут быть организационно и методически приспособлены для решения криминалистических задач. Следовательно, правоохранительные органы нуждаются в специальных знаниях из конкретных областей современной науки и техники. В связи с этим представляется важной задачей распространение практики максимально широкого использования передовых научно-технических достижений для всестороннего и объективного исследования обстоятельств, которые подлежат установлению и доказыванию по уголовному делу. Дознаватель, следователь и суд при этом обращаются за помощью к лицам, которые, в силу своих профессиональных обязанностей, не только владеют специальными знаниями, но и используют их в своей деятельности [3, с. 98–99].

Одним из частных случаев криминалистической идентификации является установление личности погибшего на основе анализа определенных признаков (например, конституциональных и внешне-опознавательных признаков человека). Вместе с тем даже уникально-индивидуальные особенности строения тела человека, а также традиционный комплекс необходимых для идентификации признаков не позволяют получить исчерпывающе полную информацию о нем. Традиционно осуществляемая идентификация личности погибшего имеет узкую направленность и, в первую очередь, сориентирована на поиск индивидуальной для каждого человека совокупности физических особенностей: пол, возраст, раса, анатомо-морфологические и психологические особенности, измерительные показатели, свойства антигена, наличие редких или характерных заболеваний, признаки разнообразных повреждений, рубцы, татуировки и т.д. [4, с. 416–420].

В процессе отождествления личности (оперативно-розыскного, следственного или экспертного) ключевую роль выполняют разнообразные внешние проявления человека, в частности проявление его биологических свойств [5, с. 29]. Информация о биологических свойствах человека может быть установлена в ходе осмотра места происшествия, получена при допросе, а также добыта по результатам проведения других следственных действий. Использование информации о физиогномических признаках человека, содержащей достаточную совокупность анатомо-морфологических характеристик внешности, позволяет оперативно выявить искомого человека среди других людей, внешне с ним схожих. Отражение биологических свойств внешнего облика можно обнаружить, например, в папиллярных узорах рук или ног человека. Кроме того, определенное поисковое значение имеет информация о его устойчивых привычках, жестах и навыках [6, с. 557].

Внешний облик человека образуется его наружным видом, представляющим собой совокупность признаков, «элементов», воспринимаемых зрительно. Понятие «элемент» в данном случае имеет достаточно широкий смысл: это и отдельные части тела (кисть, ступня и др.), и различные анатомические области (грудь), и разнообразные части целого (рот, подбородок и т. п.), и функциональные признаки, а также предметы и детали одежды, другие сопутствующие предметы [7, с. 73–74].

Наиболее распространенными традиционными методами идентификации личности являются портретная, портретная фототехническая и портретная видеотехническая экспертизы. Они назначаются при необходимости идентификации человека по результатам исследования признаков внешности, зафиксированных на фотографических снимках и на видеозаписях. Данные виды экспертиз в случаях, когда на исследование представлены не только фотоснимки и видеозаписи, но и слепки, рентгенографические снимки лица и черепа, проводятся в экспертно-криминалистических центрах либо комплексно, с привлечением судебно-медицинских экспертов, либо самостоятельно сотрудниками медико-криминалистических подразделений.

Положительный результат установления личности экспертом-криминалистом по фотоизображениям и видеозаписям во многом зависит от надлежащей подготовки материала, представленного на экспертизу или исследование. Наиболее результативными будут выводы, если на экспертизу предоставлены высококачественные снимки и записи лиц, произведенные с незначительным разрывом во времени и в сходных условиях (освещение, отдельные элементы внешности). Иными словами, важным требованием, предъявляемым к снимкам и записям, подлежащим сравнению, является требование их сопоставимости. В отношении объектов исследования, как правило, ставится вопрос: одно и то же или разные лица изображены на представленных эксперту фотоснимках и видеозаписях [8, с. 358].

На сегодняшний день, несмотря на значительный опыт выполнения портретной, портретной фототехнической и портретной видеотехнической экспертизы, последняя является одним из наиболее сложных видов экспертиз. В связи с этим, как правило, она проводится с помощью таких методов, как: сравнительный, измерительный, графический, математический, статистический и аналитический и других, обеспечивающих тщательное исследование количественных параметров и качественных характеристик изображений на сравниваемых объектах.

Вместе с тем при выполнении портретной, портретной фототехнической и портретной видеотехнической экспертизы необходимо учитывать возможные изменения идентификационных признаков внешности, обусловленные различными ракурсами съемки, а также неодинаковыми условиями освещения при выполнении нескольких фотосъемок и видеозаписей в разный период времени [9, с. 304].

Одним из эффективных средств установления личности в связи с раскрытием и расследованием преступления является организация и производство предъявления для опознания. Оно может проводиться в том случае, когда личность погибшего не установлена, в частности отсутствуют документы, удостоверяющие его личность.

Следующим возможным этапом в установлении личности неопознанного трупа является назначение судебных криминалистических и медицинских экспертиз. Основания для назначения судебной криминалистической и (или) медицинской экспертизы по установлению личности неустановленного трупа можно условно разделить на прямые – те, которые сами по себе уже достаточны для назначения экспертизы, и косвенные – такие, которые могут служить основанием лишь в совокупности с другими обстоятельствами.

Кроме того, при идентификации личности могут быть назначены следующие традиционные виды экспертиз: реконструкция по черепу, фотосовмещение, остеологическая, планктоноскопическая, молекулярно-генетическая, стоматологическая, дактилоскопическая и т.д.

Остеологический метод исследования. Этот вид медико-криминалистической экспертизы представляет собой сложный и трудоемкий процесс. В то же время правильное организационно-методическое обеспечение, выполнение и надлежащее соблюдение методологии исследования представленных на экспертизу костных останков человека позволяет получить объем информации, необходимый и достаточный для установления личности погибшего, и дать ответ либо в вероятной, либо категоричной форме, а в ряде случаев – идентифицировать его. В настоящее время классическая остеологическая экспертиза позволяет установить: пол, возраст, расу, длину тела, давность наступления смерти и сроки нахождения останков во внешней среде, наличие различного рода аномалий развития костей и их патологические процессы, последствия заболеваний и травм и другие признаки.

К числу идентификационных экспертиз относится и экспертиза фотосовмещения. Фотосовмещение – это сопоставление путем наложения друг на друга фотоизображений черепа и головы разыскиваемого лица с бесспорно принадлежавшей лицу прижизненной фотографией. Важное требование к материалам, направляемым для производства соответствующего вида экспертизы: фотоизображения объектов должны быть выполнены в едином масштабе. Кроме того, положение головы человека на фотоизображениях должно быть одинаковым.

Реконструкция по черепу. Для воссоздания внешности человека по его черепу может применяться метод «скульптурного портрета Герасимова» – реконструкция по черепу. Данный метод считается достаточно эффективным, поскольку детали лицевого скелета подлежат реконструкции на основе зна-

ния точных размеров представленного на экспертизу черепа.

Рентгенографический метод идентификации. Одним из методов экспертизы неопознанных трупов является судебно-медицинская идентификация личности человека путем рентгенографии костных останков, которая представляет собой наиболее сложное направление экспертной деятельности отделений и лабораторий медицинской криминалистики. Одним из важнейших требований при исследованиях такого рода является стандартизация проекции и условий фотосъемки. Выбор ракурса не должен носить формальный характер, поскольку в итоге проекция определяется именно конкретным ракурсом съемки на первичной сравниваемой рентгенограмме. Так же тщательно должно устанавливаться расстояние до снимаемого объекта. При выборе условий съемки ответственность значительно возрастает при сравнении аксиальных снимков, рентгенограмм с прямым увеличением изображения, а также во всех случаях, когда требуется количественная оценка результатов рентгенографиического исследования [10, с. 329–34]. Рассматриваемые способы характеризуются не только достаточной точностью, достоверностью получаемых результатов, быстротой и низкой стоимостью измерений минеральной плотности кости, но и невысокой степенью облучения, которое получает человек [11, с. 4–6].

Перечисленные методы исследования целесообразно применять для идентификации неопознанных трупов при наличии базы данных, содержащей прижизненные снимки. Данная методика весьма проста и заключается в сравнении предоставленных рентгеновских снимков с полученными при рентгенографии обнаруженными неопознанными объектами.

Таким образом, среди традиционных методов идентификации неопознанных трупов можно выделить опознание по совокупности признаков, портретную, портретную фототехническую и портретную видеотехническую экспертизы, где в основе отождествления личности лежит сравнительное исследование ее признаков. Кроме того, для идентификации неопознанных трупов можно выделить метод отождествления по костным останкам – сложный, но весьма информативный.

Следует признать, что широко применяемые на практике традиционные методы идентификации личности не всегда приводят к конкретному результату. В целях раскрытия и расследования преступлений может потребоваться научная разработка и внедрение новых, ранее не использованных методов, которые в настоящее время получили название нетрадиционных, то есть не являющихся общепризнанными методами идентификации личности. Так, нетрадиционные методы идентификации все чаще используются при раскрытии и расследовании преступлений, тем самым расширяя перечень возможных экспертных исследований. Следственной практике известно немало примеров применения нестандартных методов идентификации, которые способствовали раскрытию и расследованию преступлений [12, с. 141–142].

Так, из нетрадиционных, пока не являющихся общепризнанными методов отождествления человека можно выделить электрокардиографию [13, с. 15–18], абдоминальную идентификацию [14, с. 254], дерматоглифику [2, с. 3–5], а также методы, в которых объектом исследования являются ногтевые пластинки пальцев рук [15, с. 15–19], нижняя челюсть [16, с. 34–40], слизистая оболочка твердого неба [17, с. 24–26], тыльная поверхность языка [18, с. 10–13] и др.

Проанализируем некоторые из них. *Электрокардиография.* Методы объективной оценки совокупности признаков электрокардиограмм позволяют с достаточно высокой степенью вероятности судить об объекте исследования. Например, при сумме «баллов тождества», равной 27 и менее, ЭКГ достоверно принадлежит разным лицам. При сумме баллов более 85 – одному и тому же лицу [4, с. 15–18].

Абдоминальная идентификация. Данный вид идентификации позволяет использовать живот как объект идентификационного исследования. Указанный факт поясняется тем, что для каждого человека характерна свойственная только ему форма и параметры живота, которые определяют индивидуальный профиль формирования, а также его половую и возрастную принадлежность. Живот как существенная по площади и объему часть тела (до 30 %), с одной стороны, ограничен со всех сторон костным каркасом, с другой – одновременно он представляет собой хорошо вариабельную по форме и размерам, сложную в анатомо-морфологическом и функциональном плане объемную систему. В этой так называемой системе мягкие ткани передней брюшной стенки находятся в тесном взаимоотношении как с костным каркасом, так и внутренними органами. Следовательно, в системе живота и передней брюшной стенке можно отметить стабильную (толщина п/жировой клетчатки, поясничный изгиб и т.д.), индивидуальную (площади, форма и т.д.) и переменную составляющую (объемные параметры, соотношения с поясничным изгибом и т.д.) лапарометрического профиля. Эти элементы профиля живота и передней брюшной стенки можно отобразить в численном выражении и проследить возникающие соотношения и взаимозависимости между лапарометрическими параметрами при тех или иных ситуациях. При исследовании вышеописанных составляющих абдоминального профиля и их соотношений возможна идентификация личности по сопоставлению элементов, параметров живота неизвестного трупа и предполагаемой прижизненной фотографии. Выполненные исследования области живота как живых лиц, так и трупов мужского и женского пола свидетельствуют о возможности использования живота как объекта с целью абдоминальной идентификации личности [5, с. 254].

С целью идентификации личности в качестве объекта исследования возможно использование ши-

рины и толщины ногтевой пластинки верхних конечностей. Так, доказано, что с учетом измерения ширины ногтевых пластинок верхних конечностей, а также по итогам вычисления суммарной и средней их величины возможно определение половой принадлежности. Толщина ногтевых пластинок всех пальцев одной руки также позволяет диагностировать пол. Кроме того, средние величины разности ширины ногтей пальцев обеих рук как мужчин, так и женщин можно использовать при нахождении отдельных пальцев рук для воспроизведения ширины ногтевых пластинок недостающих пальцев с целью установления их половой принадлежности. Различия между средней шириной, а также толщиной ногтей правой и левой рук соответственно более 1,0 и 0,5 мм позволяют сделать вывод о том, что исследуемые кисти рук не могут принадлежать одному лицу [15, с. 15–19].

В настоящее время наиболее распространенным методом идентификации является дерматоглифика, которая уже больше века остается не только предметом дискуссий, но и стала самостоятельным перспективным для криминалистики и судебной медицины научным направлением.

Развитие дерматоглифики как науки, изучающей внешнее строение папиллярного рельефа, доказало ее крайне высокую информативность, что, в практическом плане, в настоящий момент позволяет решать широкий круг задач криминалистики и судебной медицины.

Известно, что структура папиллярных узоров рук и ног человека не зависит от воздействия окружающей среды и существенно не изменяется в течение всей жизни. Вместе с тем существует взаимосвязь структуры папиллярных узоров и расовой и половой принадлежностью. Особенности строения папиллярных узоров передаются от родителей к детям.

В практике криминалистики и судебной медицины дерматоглифика используется для идентификации личности при массовом поступлении неопознанных трупов, при экспертизах спорного отцовства, диагностике заболеваний и предрасположенности к ним, в анализе родственных связей между популяциями и людьми [2, с. 6–8].

В аспектах частного и общего изучения человека, его особенностей, возможностей и потенциала развития все большее место отводится пониманию индивидуальности организма человека. В связи с этим особую актуальность приобретает изучение специфических признаков и особенностей, которые и отличают конкретного индивида от других представителей человечества. Проще говоря, все большую важность приобретают те индивидуальные проявления, которые отличаются изначальной устойчивостью и могут служить критерием при оценке индивидуальной вариабельности человека на ранних этапах онтогенеза. Это имеет существенное значение для теории и практики криминалистики и судебной медицины, а также антропологии, психологии, медицины, педагогики, физической культуры и спорта и др. [2, с. 12].

Конституциональные, соматометрические и внешне-опознавательные особенности – это устойчивая основа интегральной индивидуальности человека, т.е. единство анатомо-морфологических и функциональных свойств, врожденных и приобретенных, относительно стабильных во времени, связанных с темпами индивидуального развития, особенностями реактивности организма и физическими способностями.

Так, дерматоглифика изучает систему признаков, которые являются отдельной составляющей в системе общей целостности организма индивидуума. На основе исследования дерматоглифических признаков, выступающих как фенетический маркер, в случае установления его информативности, возможно прогнозирование проявлений индивидуальных признаков человека во всем разнообразии конституциональных, соматометрических и внешне-опознавательных показателей [2, с. 13–15].

Расширение ранее существовавших программ описания дерматоглифической картины за счет внедрения методов решения новых практических задач является одной из наиболее заметных тенденций экспертных исследований последнего времени. Так, на сегодняшний день значительно модернизирована система описания узоров дистальных, средних и основных фаланг пальцев рук и ног, а также ладонных и подошвенных поверхностей. При этом исследователям удалось достичь максимальной объективизации признакового описания, его формализации, необходимой для автоматизированной обработки результатов экспертизы и выработки на этой основе новых методик экспертного исследования. В связи с этим, необходимо отметить особое значение тех научных трудов, которые посвящены определению расовой и половой принадлежности по моделям дискриминантного анализа и логистической регрессии, а также исследованиям по выявлению взаимосвязей дерматоглифики с физиогномическими и соматометрическими признаками человека. Известны и положительные результаты совместных исследований в области нейробиологии, психиатрии и дерматоглифики в изучении психических особенностей личности [2, с. 34–35].

В частности, многомерный статистический анализ позволяет разрабатывать научно обоснованные методики диагностики конституциональных (пол, типы пропорции тела), внешне-опознавательных (цвет кожи, профиль лица, степень выраженности скул и надбровных дуг, форма волос и бровей, цвет и форма волос, скошенность лба, ширина глаз (межглазья) и толщина губ), а также физических (длина тела, высота верхнегрудинной, позвоночной, плечевой, лучевой, шиловидной, пальцевой и верхнеберцовой точек, поперечный диаметр головы, обхваты груди и голени) показателей человека.

Для установления дифференциации проявления конституциональных, соматометрических и физиог-

номических признаков человека на основе папиллярных узоров кистей рук с целью идентификации личности с достоверностью от 66,0 до 98,0 % разработаны диагностические уравнения (более 55 для мужчин и 35 – для женщин). Причем у лиц женского пола, по сравнению с лицами мужского пола, количество признаков, играющих значимую роль в прогнозировании, меньше, но при этом процент достоверности прогноза существенно выше.

При этом особо значимые показатели диагностики физического развития (95,0–98,0 %) у лиц как мужского, так и женского пола установлены при оценке высотных размеров: длины тела, поперечного диаметра головы, высоты верхнегрудинной, позвоночной, плечевой, лучевой, шиловидной, пальцевой и верхнеберцовой точек, – и частично обхватных: обхвата груди и голени.

По итогам анализа результатов исследования физиогномических показателей у мужчин преимущественно высокие результаты (90,0–98,0 %) получены при диагностике цвета (оттенка) кожи, степени выраженности скул и надбровья, формы волос, профиля лица, ширины глаз (межглазья) и толщины губ. Что касается женщин, то преимущественно высокие показатели получены при диагностике цвета (оттенка) кожи, степени выступания скул, формы бровей, цвета и формы волос, степени скошенности лба [2, с. 53–79].

Таким образом, несмотря на имеющийся достаточно мощный арсенал традиционных методов идентификации личности, можно прийти к заключению, что для решения проблемы эффективного использования разработанных традиционных методов идентификации необходимо их сочетание с новыми, нетрадиционными методами идентификации. Что касается дерматоглифики, то она обладает признаками новизны, нетрадиционности, неинвазивности и экономичности. Использование дерматоглифических методов в криминалистической и судебно-медицинской деятельности для идентификации личности имеет широкие перспективы.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Божченко А.П.*, *Толмачев И.А.*, *Моисеенко С.А. и др.* Возможности и перспективы судебно-медицинской дерматоглифики // Судебно-медицинская экспертиза. 2009. № 3. С. 33–35.
2. *Мазур Е.С.* Дерматоглифика в исследованиях личности: криминалистический и судебно-медицинский аспекты / под ред. В.Н. Звягина. Томск: Издательский Дом ТГУ, 2014. 150 с.
3. *Возняк Г.Н.* Возможности судебной экспертизы в российском уголовном судопроизводстве // Методологическая основа и современный технологический инструментарий судебно-экспертной деятельности: материалы Междунар. науч.-практич. конф. Иркутск, 23–24 мая 2013 г. / Вост.-Сиб. фил. ФГБОУ ВПО «РАП». Иркутск: Изд-во ИГУ, 2013. 282 с.
4. *Судебная* медицина: учебник для юрид. вузов / под общ. ред. проф. В.Н. Крюкова. М.: Норма, 2009. 432 с.
5. *Зинин А.М.* Проблемы криминалистического установления личности // Вестник криминалистики / под ред. А.Г. Филиппова. Вып. 4 (8). М., 2003. С. 29.
6. *Подволоцкий И.Н.* Соотношение понятий «элемент внешнего облика человека» и «признак внешнего облика человека» в габитоскопии // LEX RUSSICA (Научные труды МГЮА). 2011. № 3. С. 555–565.
7. *Самищенко С.* Система современной габитоскопии // Уголовное право. 2002. № 4. 269 с.
8. *Савельева М. В.*, *Смушкин А. Б.* Криминалистика. М.: Издательский дом Дашков и К, 2009. 358 с.
9. *Мальцев О.А.* Криминалистика: конспект лекций. М.: Феникс, 2005. 304 с.
10. *Колкутин В.В.*, *Абрамов С.С. и др.* Особенности идентификации фрагментированных тел в случаях их массового поступления // Суд.-мед. эксперт. 2003. № 2. С. 29–34.
11. *Московский С.Н.*, *Конев В.П.* Перспективы оценки индивидуальных характеристик личности по рентгенологической плотности кости челюстей // Омский научный вестник. 2008. № 2 (71). С. 4–6.
12. *Воропаев Г.С.* Проблемы идентификации неопознанных трупов в криминалистике: дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2001. 196 с.
13. *Томилин В.В.*, *Семчуков Ю.Б.*, *Соседко Ю.И. и др.* О возможности использования электрокардиограммы (ЭКГ) при судебно-медицинской идентификации личности // Судебно-медицинская экспертиза. 1987. № 3. С. 15–18.
14. *Чикун В.И.* Закономерности изменчивости живота, его передней стенки и их значение в судебно-медицинской идентификации: дис. ... д-ра мед. наук. Красноярск, 2009. 254 с.
15. *Каукаль В.Г.* Половой диморфизм ногтей рук // Судебно-медицинская экспертиза. 1973. № 4. С. 15–19.
16. *Коровянский О.П.*, *Найнис Й.-В. Й.*, *Федосюткин Б.А.* Диагностика половой принадлежности и формы лица индивидуума по нижней челюсти // Судебно-медицинская экспертиза. 1984. № 3. С. 34–40.
17. *Беляева Е.В.* Изучение особенностей рельефа слизистой оболочки неба при гнилостной трансформации трупа // Судебно-медицинская экспертиза. 1993. № 1 – С. 24–26.
18. *Бишарян М.С.*, *Ромодановский П.О.*, *Баринов Е.Х.* Исследование анатомо-топографических особенностей рисунка слизистой оболочки тыльной поверхности языка в ближайшем и отдаленном постмортальном периоде // Судебно-медицинская экспертиза. 2012. № 2. С. 10–13.

USE OF SPECIAL KNOWLEDGE IN INVESTIGATION OF CRIMES

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 121–126. DOI 10.17223/23088451/7/19

Mazur Ekaterina S., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation). E-mail: eksm2@mail.ru
Ivanov Igor V., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation). E-mail: iiv500@mail.ru

Keywords: expertise; detection of crimes; investigation of crimes; traditional methods of investigation; unconventional methods of investigation; expert; forensic examination; criminology; forensic-medical examination.

The traditional methods of identification of unidentified bodies include identification by a set of attributes, portrait, portrait phototechnical and portrait videotechnical examination, where the basis for the identification of the person is a comparative study of their features. In addition, the identification of unidentified bodies can also include identification by skeletal remains – a complex, but very informative method.

It should be recognized that the widely used traditional methods of identification does not always lead to concrete results. Investigation of crimes may require scientific development and introduction of new methods that are currently referred to as unconventional, i.e. non-recognized methods of person's identification. Thus, unconventional methods of identification are increasingly used for the detection and investigation of crimes, thereby expanding the range of possible expert studies. Investigation practice knows many examples of non-standard identification methods that contributed to the detection and investigation of crimes.

Unconventional human identification methods include electrocardiography, abdominal identification, dermatoglyphics, as well as methods in which the objects of study are nail plates of the fingers, the lower jaw, the mucous membrane of the hard palate, the back surface of the tongue and others.

Thus, in spite of having a sufficiently powerful arsenal of traditional methods of identification of the person, it can be concluded that in order to solve the problem of the effective use of the developed traditional identification methods, they must be used along with the new unconventional methods of identification. With regard to dermatoglyphics, it is new, non-traditional, non-invasive and cost-effective. Using dermatoglyphics methods in forensic activities for human identification has broad prospects.

REFERENCES

1. Bozhchenko, A.P. et al. (2009) Potentials and prospects of forensic dermatoglyphics. *Sudebno-meditsinskaya ekspertiza*. 3. pp. 33-35. (In Russian).
2. Mazur, E.S. (2014) *Dermatoglifika v issledovaniyakh lichnosti: kriminalisticheskiy i sudebno-meditsinskiy aspekty* [Dermatoglyphics in personality research: criminalistic and forensic aspects]. Tomsk: Tomsk State University.
3. Voznyak, G.N. (2013) [Features of forensics in the Russian criminal procedure]. *Metodologicheskaya osnova i sovremennyy tekhnologicheskiy instrumentariy sudebno-ekspertnoy deyatel'nosti* [Methodological basis and modern technology tools of forensic activity]. Proceedings of the international scientific-practical conference. Irkutsk. 23-24 May 2013. Irkutsk: Irkutsk State University.
4. Kryukov, V.N. (ed.) (2009) *Sudebnaya meditsina* [Forensic Medicine]. Moscow: Norma.
5. Zinin, A.M. (2003) Problemy kriminalisticheskogo ustanovleniya lichnosti [Problems of forensic identification]. *Vestnik kriminalistiki.* 4 (8).
6. Podvolotskiy, I.N. (2011) Sootnoshenie ponyatiy «element vneshnego oblika cheloveka» i «priznak vneshnego oblika cheloveka» v gabitoskopii [Correlation of the concepts "element of human appearance" and "sign of human appearance" in habitoscopy]. *LEX RUSSICA*. 3. pp. 555-565.
7. Samishchenko, S. (2002) *Sistema sovremennoy gabitoskopii* [Modern habitoscopy system] *Ugolovnoe pravo*. 4.
8. Savel'eva, M.V. & Smushkin, A.B. (2009) Kriminalistika [Forensics]. Moscow: Izdatel'skiy dom Dashkov i K.
9. Mal'tsev, O.A. (2005) *Kriminalistika: konspekt lektsiy* [Forensics: lecture notes]. Moscow: Feniks.
10. Kolkutin, V.V. et al. (2003) Osobennosti identifikatsii fragmentirovannykh tel v sluchayakh ikh massovogo postupleniya [Features of identification of fragmented bodies in cases of massive inflow]. *Sudebno-meditsinskaya ekspertiza*. 2. pp. 29-34.
11. Moskovskiy, S.N. & Konev, V.P. (2008) Prospects of estimation of individual characteristics of a person by radiological density of his jaw bone. *Omskiy nauchnyy vestnik – Omsk Scientific Bulletin*. 2 (71), 2008. pp. 4-6. (In Russian).
12. Voropaev, G.S. (2001) *Problemy identifikatsii neopoznannykh trupov v kriminalistike* [Problems of identification of unidentified bodies in forensic science]. Law Cand. Diss. Vladivostok.
13. Tomilin, V.V. et al. (1987) O vozmozhnosti ispol'zovaniya elektrokardiogrammy (EKG) pri sudebno-meditsinskoy identifikatsii lichnosti [On the possibility of using an electrocardiogram (ECG) during forensic identification]. *Sudebno-meditsinskaya ekspertiza*. 3. pp. 15-18.
14. Chikun, V.I. (2009) *Zakonomernosti izmenchivosti zhivota*, *ego peredney stenki i ikh znachenie v sudebno-meditsinskoy identifikatsii* [Laws of changes in stomach and its front wall, and their importance in the forensic identification]. Law Dr. Diss. Krasnoyarsk.
15. Kaukal', V.G. (1973) Polovoy dimorf izm nogtey ruk [Sexual dimorphism of fingernails]. *Sudebno-meditsinskaya ekspertiza*. 4. pp. 15-19.
16. Korovyanskiy, O.P., Naynis Y.-V.Y. & Fedosyutkin, B.A. (1984) Diagnostika polovoy prinadlezhnosti i formy litsa individuuma po nizhney chelyusti [Diagnosis of individual's sex and face form by the lower jaw]. *Sudebno-meditsinskaya ekspertiza*. 3. pp. 34-40.
17. Belyaeva, E.V. (1993) Izuchenie osobennostey rel'efa slizistoy obolochki neba pri gnilostnoy transformatsii trupa [The study of the mucous membrane of the palate with putrid corpse transformation]. *Sudebno-meditsinskaya ekspertiza*. 1 pp. 24-26.
18. Bisharyan, M.S., Romodanovskiy, P.O. & Barinov, E.Kh. (2012) Investigations into anatomical and topographical peculiarities of the mucosal pattern on the dorsal surface of the tongue in the immediate and late postmortem periods. *Sudebno-meditsinskaya ekspertiza*. 2. pp. 10-13. (In Russian).

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ РЕШЕНИЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

УДК 343.00 DOI 10.17223/23088451/7/20

О.И. Андреева

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ МЕР БЕЗОПАСНОСТИ В ОТНОШЕНИИ ЛИЦ, СОДЕЙСТВУЮЩИХ ПРАВОСУДИЮ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ[1]

Рассмотрены проблемные вопросы обеспечения безопасности лиц, содействующих правосудию, в уголовном процессе. Обращено внимание на необходимость соблюдения баланса обеспечения безопасности лиц, содействующих правосудию, и защиты прав и законных интересов лица, обвиняемого в совершении преступления. Сформулированы предложения, направленные на оптимизацию применения мер безопасности в отношении лиц, содействующих правосудию.

Ключевые слова: *обеспечение безопасности лиц, содействующих правосудию, государственная защита, меры безопасности, баланс частных и публичных интересов, злоупотребление правом, злоупотребление полномочиями.*

Является признанным, что работа правоохранительных органов и судов напрямую зависит от помощи со стороны населения в расследовании преступлений, изобличении лиц, их совершивших. Между тем в литературе отмечается, что примерно в 10–25 % случаев расследования и рассмотрения уголовных дел об особо тяжких и тяжких преступлений на потерпевших, свидетелей и других участников уголовного судопроизводства оказывается открытое либо скрытое противоправное воздействие посредством угроз убийством, причинением телесных повреждений или уничтожением (повреждением) имущества как в отношении самих указанных лиц, так и в отношении их близких [1, 2]. В этих условиях является особенно важным создание механизма, в том числе уголовно-процессуального, обеспечивающего возможность реализации участниками процесса их прав и выполнения обязанностей в обстановке безопасности и государственной защиты.

В последние годы проблемам обеспечения безопасности лиц, содействующих уголовному судопроизводству, уделяется достаточное внимание со стороны как отечественных, так и зарубежных ученых [3–9]. Разработки ученых легли в основу изменений уголовно-процессуального законодательства, предусмотревшего механизм процессуальной защиты свидетелей и иных лиц, оказывающих помощь расследованию преступлений, изобличению лиц в совершении преступлений, содействующих правосудию.

Следует отметить ежегодный рост количества лиц, содействующих предварительному расследованию и правосудию, в отношении которых были применены меры государственной защиты. В 2011 г. таких лиц в целом по Российской Федерации было 2434, в 2012 г. – 2856, в 2013 г. – 3320, в 2014 г. – 3401, в 2015 г. – 3196.

Между тем анализ норм УПК РФ, научной литературы и практики приводит к выводу, что механизм обеспечения безопасности лиц, содействующих правосудию, нуждается в совершенствовании. Для надлежащего функционирования правоохранительных органов и судов и осуществления назначения уголовного процесса является важным установление механизма, предусматривающего гарантии обеспечения, в том числе процессуальной безопасности лиц, содействующих правосудию. При этом полагаем, что в основе процессуальных гарантий должен находиться принцип приоритета прав человека и гражданина. Между тем сам механизм должен обеспечивать баланс как частных, так и публичных интересов.

Законодатель определил круг лиц, подлежащих защите, ограничив их лицами, содействующими правосудию, их близкими родственниками, родственниками и близкими лицами. Однако противоправному воздействию с целью оказания давления на свидетеля или иным образом заставить его отказаться от содействия расследованию преступлений могут быть подвергнуты и иные лица, например сослуживцы, соседи и иные, не относящиеся к категории «близкие», но с которыми свидетель непосредственно общается в служебной и частной жизни. В связи с этим, как представляется, является необоснованным определение круга лиц, подлежащих защите. УПК РФ должен обеспечивать безопасность

[1] Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта РГНФ, проект № 16-03-00413.

любого лица, нуждающегося в процессуальной защите в связи с оказанием помощи в расследовании преступления и содействии осуществлению правосудия.

Обязанность обеспечения безопасности лиц, содействующих правосудию (в широком значении этого слова) должна быть распространена на все стадии уголовного судопроизводства. Так, например, определяя общий порядок подготовки к судебному заседанию, необходимо закрепить обязанность судьи выяснить по поступившему в суд уголовному делу (ст. 228 УПК РФ), есть ли необходимость обеспечения безопасности участников процесса, в том числе свидетеля, его близких родственников, родственников, близких и иных лиц. Помимо этого, должна быть установлена ответственность должностных лиц за наступившие последствия при отказе в принятии необходимых мер либо ненадлежащем их принятии. Часть 4 ст. 11 УПК РФ предусматривает, что вред, причиненный лицу в результате нарушения его прав и свобод судом, а также должностными лицами, осуществляющими уголовное преследование, подлежит возмещению в порядке, установленным УПК РФ. В настоящее время УПК РФ не предусматривает порядка возмещения вреда лицу, содействующему осуществлению правосудия, в случае причинения ему вреда в результате действия или бездействия должностных лиц, не обеспечивших или ненадлежащим образом обеспечивших им или их имуществу процессуальную безопасность.

В УПК РФ указано, что при наличии достаточных данных о том, что свидетелю, а также его близким родственникам, родственникам или близким лицам угрожают убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением их имущества либо иными опасными противоправными деяниями, суд, прокурор, руководитель следственного органа, следователь, орган дознания, начальник органа дознания, начальник подразделения дознания и дознаватель принимают в пределах своей компетенции в отношении указанных лиц меры безопасности, предусмотренные ст.ст. 166 ч. 9, 186 ч. 2, 193 ч. 8, 241 п. 4 ч. 2 и 278 ч. 5 УПК РФ, а также иные меры безопасности, предусмотренные законодательством Российской Федерации.

Представляется, что законодатель, отдав на усмотрение должностных лиц принятие решения об обеспечении безопасности и не установив ответственность за наступившие последствия в случае отказа в принятии необходимых мер, тем самым ограничил права лиц, вызванных для дачи показаний, и не оградил от злоупотребления процессуальными полномочиями. Полагаем, что на должностное лицо должна быть возложена *обязанность* при необходимости обеспечить безопасность свидетеля, его близких родственников, родственников и близких лиц. В случае непринятия мер по обеспечению безопасности лицо должно иметь права отказаться от дачи показаний. Между тем если показания имеют особое значение для расследования преступления, то на лицо должна быть возложена обязанность к даче показаний при условии обеспечения безопасности его или его близких, а также, если государством гарантировано возмещение всех понесенных расходов и убытков, если таковые имеют место.

Кроме того, следует согласиться с предложением Н.В. Новиковой в том, что в определенных ситуациях меры безопасности «должны носить превентивный характер и профилактировать возможность возникновения угрозы их безопасности». При этом под возможностью возникновения угрозы предлагается рассматривать «некие условия, под воздействием которых возникает угроза вследствие сознательной деятельности лиц, преследующих определенную цель, а именно: оказание противоправного воздействия на участников уголовного судопроизводства в целях воспрепятствования осуществлению правосудия» [10, с. 16].

По общему правилу все доказательства должны быть представлены в публичном судебном заседании, в присутствии обвиняемого, с целью обеспечения состязательного обсуждения [11, 12]. Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 года (пп. «е» п. 3 ст. 14) и Конвенция о защите прав человека и основных свобод (пп. «d» п. 3 ст. 6) предусматривают в качестве одного из обязательных условий справедливого судебного разбирательства право обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей или требовать, чтобы эти свидетели были допрошены, иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него.

Между тем Европейский суд по правам человека в постановлении по делу Лаукканен и Маннинен против Финляндии» (Laukkanen and Manninen v. Finland) отметил, что подпункт «d» пункта 3 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод не гарантирует подсудимому неограниченного права на обеспечение явки свидетелей в суд [13]. Государство вправе устанавливать исключения из общего правила, но они не должны нарушать право на защиту.

Как следствие, возникает вопрос, как быть в ситуации, когда потерпевший, свидетель, вызванные для дачи показаний, злоупотребляя своим правом, отказываются являться, ссылаясь на то, что опасаются за свою или близких лиц жизнь, здоровье, имущество?

Анализируя, являлось ли судебное разбирательство справедливым, Европейский суд по правам человека по делу «Полуфакин и Чернышев (Polufakin and Chernyshev) против Российской Федерации» [12] отметил, что организация потерпевших является относимым фактором, который должен приниматься во внимание для целей ст. 6 Конвенции. Таким образом, заявление свидетелей, потерпевших об опасении за свою жизнь, свободу или безопасность и отказ в этой связи от явки по вызову суда должно быть надлежащим образом исследовано.

Кроме того, Европейский суд по правам человека обратил внимание на то, что «С целью обеспечения права обвиняемого на справедливое судебное разбирательство любые затруднения, причиненные защите ограничением ее прав, должны быть уравновешены процессуальными действиями судебных органов» [14]. Как следствие, суд обязан проанализировать причины неявки вызванных на допрос лиц и установить, насколько имеющиеся опасения реальны, а также установить, являются ли показания вызванных на допрос лиц значимыми для установления обстоятельств дела.

По общему правилу допрос, в том числе свидетелей, производится по месту производства следственного действия. В то же время следователь вправе, если признает это необходимым, провести допрос в месте нахождения допрашиваемого. Представляется, что вопрос о месте проведения допроса, в том числе с целью обеспечения безопасности, должен быть разрешен с учетом мнения лица, подлежащего допросу.

Уделено внимание и особенностям составления протоколов следственных действий при необходимости обеспечить безопасность свидетеля в ходе уголовного судопроизводства. В соответствии со ст. 166 УПК РФ при необходимости обеспечить безопасность в том числе свидетеля, их близких родственников, родственников и близких лиц следователь, дознаватель вправе в протоколе следственного действия, в котором участвуют свидетель, не приводить данные о его личности. В этом случае выносится постановление, в котором излагаются причины принятия решения о сохранении в тайне этих данных, указывается псевдоним участника следственного действия и приводится образец его подписи, которые он будет использовать в протоколах следственных действий, произведенных с его участием. По данным, приводимым А.А. Тимошенко, на стадии предварительного расследования обеспечение конфиденциальности сведений о защищаемом лице является основной мерой безопасности (применяется в 80 % случаев) [15, с. 5].

При этом законодатель постарался учесть как частные интересы защищаемого лица (свидетеля), так и интересы лица, обвиняемого в совершении преступления, предусмотрев, что в случае заявления сторонами обоснованного ходатайства о раскрытии подлинных сведений о лице, дающем показания, в связи с необходимостью осуществления защиты подсудимого либо установления каких-либо существенных для рассмотрения уголовного дела обстоятельств суд вправе предоставить сторонам возможность ознакомления с указанными сведениями (ст. 278 УПК РФ). Полагаем, что установленное правило имеет большое значение как для проверки достоверности показаний и расследования уголовного дела в целом, так и обеспечения права на защиту, однако, на наш взгляд, его применение возможно только при обеспечении гарантий безопасности свидетеля. Подлинные сведения о лице, дающем показания, могут быть сообщены адвокату – защитнику обвиняемого лица, при условии предупреждения его о неразглашении указанных данных, в том числе своему подзащитному.

В соответствии со ст. 241 УПК РФ закрытое судебное разбирательство допускается на основании определения (постановления) суда в случаях, когда этого требуют интересы обеспечения безопасности участников судебного разбирательства, их близких родственников, родственников и близких лиц. В этом случае на основании определения (постановления) суда могут оглашаться только вводная и резолютивная части приговора.

Полагаем, что установленные правила являются полумерой, так как законом предусмотрено, что в случае провозглашения только вводной и резолютивной частей приговора суд обязан разъяснить участникам судебного разбирательства порядок ознакомления с его полным текстом (ст. 310 УПК РФ), а также в порядке, установленном законом, вручить участникам процесса его копии. Кроме того, УПК РФ предусматривает, что описательно-мотивировочная часть обвинительного приговора должна содержать доказательства, на которых основаны выводы суда, при этом особо не оговаривается, как быть в том случае, если в ходе судебного разбирательства были применены меры обеспечения безопасности, в том числе в отношении лиц, содействующих уголовному судопроизводству.

На основании изложенного полагаем, что законодатель должен подходить к вопросу гарантий обеспечения процессуальной безопасности лиц, содействующих осуществлению правосудия, комплексно, исходя из принципа приоритета прав человека и гражданина, учитывая баланс как частных, так и публичных интересов.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Авдеев М.А.* Теоретические и правовые основы обеспечения личной и имущественной безопасности участников уголовного судопроизводства: автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2009. 29 с.
2. *Хрипченко С.Н.* Анализ Федерального закона «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» // Вестник Оренбургского государственного университета. 2005. № 3. С. 127–131.
3. *Зайцев О.А.* Степень научной разработанности проблем государственной защиты участников уголовного судопроизводства в Российской Федерации // Уголовная юстиция. 2014. № 2(4). С. 18–23.
4. *Зайцев О.А.* Теоретические и правовые основы государственной защиты участников уголовного судопроизводства в Российской Федерации: дис. … докт. юрид. наук. М., 1999. 446 с.
5. *Брусницын Л.В.* Правовое обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию. М.: Спарк, 1999. 108 с.

6. *Брусницын Л.В.* Теоретико-правовые основы и мировой опыт обеспечения безопасности лиц, содействующих правосудию: дис. … докт. юрид. наук. М., 2002. 520 с.
7. *Епихин А.Ю.* Концепция обеспечения безопасности личности в сфере уголовного судопроизводства. Сыктывкар: Сыктывкарский государственный университет, 2004. 460 с.
8. *Андреева О.И.* Пределы проявления диспозитивности в уголовном судопроизводстве. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2000. 133 с.
9. Weder U. Das Opfer, sein Schutz und seine Rechte im Strafverfahren unter besonderer Beriicksichtigung des Kantons Zurich // Scweizerische Zeitschrift fiir Strafrecht. Bem. 1995. Bd. 113. H. l. S. 39–55.
10. *Новикова М.В.* Обеспечение безопасности участников уголовного судопроизводства как гарантия осуществления правосудия в современных условиях: автореф. дис. … канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. 25 с.
11. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Красники (Krasniki) против Чехии» от 28 февраля 2006 г. (жалоба № 51277/99). Доступ из спр.-правовой системы «КонсультантПлюс».
12. *Постановление* ЕСПЧ от 25.09.2008 г. по делу «Полуфакин и Чернышев (Polufakin and Chernyshev) против Российской Федерации» (жалоба N 30997/02). Доступ из спр.-правовой системы «КонсультантПлюс».
13. *Постановление* Европейского суда от 3 февраля 2004 г. по делу «Лаукканен и Маннинен против Финляндии» (Laukkanen and Manninen v. Finland), жалоба N 50230/99, § 35). Доступ из спр.-правовой системы «Консультант Плюс».
14. *Постановление* Европейского суда от 20 декабря 2001 г. по делу «P.S. против Germany» (P.S. v. Germany) (жалоба N 33900/96, § 23). Доступ из спр.-правовой системы «КонсультантПлюс».
15. *Тимошенко А.А.* Сохранение в тайне данных о личности потерпевшего и свидетеля как мера безопасности в уголовном процессе: монография. М.: Юрлитинформ, 2012. 224 с.

SOME PROBLEMS OF APPLYING SECURITY MEASURES TO PERSONS PROMOTING JUSTICE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 127–131. DOI 10.17223/23088451/7/20
Andreeva Olga I., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation). E-mail: univer-tgu@rambler.ru

Keywords: ensuring security of persons promoting justice, public defense, security measures, balance of private and public interests, abuse of rights, abuse of power.

The legislator determined the circle of persons to be protected by limiting them to those who promote justice, their family members, relatives and close persons. However, other persons, for example, co-workers, neighbors and other people not belonging to the “close persons” category, the witness interacts with directly at work and in private life can be subject to unlawful influence to exert pressure on witnesses or to otherwise force them to refuse to assist in the investigation of crimes. In this context, the circle of persons to be protected appears to be unreasonable. The RF Code of Criminal Procedure is to ensure the security of any person in need of remedial protection in connection with the provision of assistance in the investigation of a crime and the promotion of justice.

The duty to ensure the security of persons promoting justice (in the broadest sense of the word) should be extended to all stages of criminal proceedings. For example, when determining a common procedure for the preparation for the trial, it is necessary to fix the duty of the judge to find out whether there is a need to ensure the security of the participants of a criminal case, including witnesses, their family members, relatives, close and other persons (Article 228 of the RF Code of Criminal Procedure). In addition, liability of officials should be established for the consequences of a failure to take necessary measures or their improper use. Part 4 of Article 11 of the RF Code of Criminal Procedure provides that damage caused to persons as a result of a violation of their rights and freedoms by the court, as well as by officials carrying out criminal prosecution, shall be compensated for in accordance with the procedure established by the RF Code of Criminal Procedure. Currently, The RF Code of Criminal Procedure does not provide for the order of reimbursement of harm to a person promoting justice when harm is caused as a result of actions or lack of actions of officials who did not secure or improperly secured the procedural safety of a person or their property.

REFERENCES

1. Avdeev, M.A. (2009) *Teoreticheskie i pravovye osnovy obespecheniya lichnoy i imushchestvennoy bezopasnosti uchastnikov ugolovnogo sudoproizvodstva* [Theoretical and legal bases of maintenance of personal and property security of participants in criminal proceedings]. Abstract of Law Cand. Diss. Moscow.
2. Khripchenko, S.N. (2005) Analiz Federal’nogo zakona “O gosudarstvennoy zashchite poterpevshikh, svideteley i inykh uchastnikov ugolovnogo sudoproizvodstva” [Analysis of the Federal Law “On state protection of victims, witnesses and other participants in criminal proceedings”]. *Vestnik Orenburgskogo gosudarstvennogo universiteta*. 3. pp. 127–131.
3. Zaytsev, O.A. (2014) The state protection for the participants of criminal proceedings in the Russian Federation (the level of scientific development). *Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law*. 2(4). pp. 18–23. (In Russian).
4. Zaytsev, O.A. (1999) *Teoreticheskie i pravovye osnovy gosudarstvennoy zashchity uchastnikov ugolovnogo sudoproizvodstva v Rossiyskoy Federatsii* [Theoretical and legal foundations of the state protection of participants in criminal proceedings in the Russian Federation]. Law Dr. Diss. Moscow.
5. Brusnitsyn, L.V. (1999) *Pravovoe obespechenie bezopasnosti lits, sodeystvuyushchikh ugolovnomu pravosudiyu* [Legal security of persons promoting criminal justice]. Moscow: Spark.
6. Brusnitsyn, L.V. (2002) *Teoretiko-pravovye osnovy i mirovoy opyt obespecheniya bezopasnosti lits, sodeystvuyushchikh pravosudiyu* [Theoretical and legal foundations and international experience of ensuring the security of persons promoting justice]. Law Dr. Diss. Moscow.

7. Epikhin, A.Yu. (2004) *Kontseptsiya obespecheniya bezopasnosti lichnosti v sfere ugolovnogo sudoproizvodstva* [The concept of security of a person in the field of criminal justice]. Syktyvkar: Syktyvkar State University.
8. Andreeva, O.I. (2000) *Predely proyavleniya dispozitivnosti v ugolovnom sudoproizvodstve* [Limits of manifestations of optionality in criminal proceedings]. Tomsk: Tomsk State University.
9. Weder, U. (1995) Das Opfer, sein Schutz und seine Rechte im Strafverfahren unter besonderer Beriicksichtigung des Kantons Zurich [The victim, his protection and his rights in criminal proceedings under special reference to the Canton Zurich]. *Scweizerische Zeitschrift fiir Strafrecht*.113:l. pp. 39–55.
10. Novikova, M.V. (2006) *Obespechenie bezopasnosti uchastnikov ugolovnogo sudoproizvodstva kak garantiya osushchestvleniya pravosudiya v sovremennykh usloviyakh* [Security of participants in criminal proceedings as a guarantee of justice in the modern world]. Abstract of Law Cand. Diss. Yekaterinburg.
11. Konsul'tantPlyus. (2006) *The ECHR resolution in Krasniki v. the Czech Republic of 28 February 2006 (complaint 51277/99)*. (In Russian).
12. Konsul'tantPlyus. (2006) *The ECHR resolution of 25.09.2008 in Polufakin and Chernyshev v. Russia (complaint 30997/02)*. (In Russian).
13. Konsul'tantPlyus. (2004) *The European Court resolution of 3 February 2004 in Laukkanen and Manninen v. Finland, complaint 50230/99, § 35)*. (In Russian).
14. Konsul'tantPlyus. (2001) *The European Court resolution of 20 December 2001 in P.S. v. Germany (complaint 33900/96, § 23)*. (In Russian).
15. Timoshenko, A.A. (2012) *Sokhranenie v tayne dannykh o lichnosti poterpevshego i svidetelya kak mera bezopasnosti v ugolovnom protsesse* [The secrecy of data about the identity of the victim and the witness as a security measure in a criminal trial]. Moscow: Yurlitinform.

УДК 343.137 DOI 10.17223/23088451/7/21

О.В. Качалова

ОГЛАШЕНИЕ ПОКАЗАНИЙ ОТСУТСТВЮЩЕГО СВИДЕТЕЛЯ И СПРАВЕДЛИВОСТЬ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА: ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ ЕСПЧ

Рассматриваются случаи возможного оглашения показаний отсутствующего в судебном заседании потерпевшего и свидетеля, анализируются подходы ЕСПЧ к проблемам соблюдения справедливости судебного процесса в целом при наличии нарушений права обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него.

Ключевые слова: *правовые позиции ЕСПЧ, оглашение показаний отсутствующего потерпевшего и свидетеля, справедливость судебного процесса, права обвиняемого.*

Информация от участников уголовно-процессуальной деятельности может быть получена, в первую очередь, вербальным способом – путем получения объяснений (ч. 1 ст. 144 УПК РФ) и допроса подозреваемого, обвиняемого, свидетеля, эксперта, специалиста, потерпевшего. В результате этих действий в уголовном процессе появляются следующие виды доказательств: 1) показания подозреваемого; 2) показания обвиняемого; 3) показания свидетеля; 4) показания потерпевшего; 5) показания эксперта; 6) показания специалиста; 7) объяснения лица, которые могут быть использованы в процессе доказывания как иной документ. В ряде случаев при рассмотрении уголовного дела возникают ситуации, при которых непосредственный допрос свидетелей, потерпевших и иных участников процесса в силу объективных либо субъективных причин становится затруднительным либо невозможным. Вместе с тем право обвиняемого, предусмотренное п. d ч. 3 ст. 6 Европейской конвенции – допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него, – является неотъемлемой частью права на справедливое судебное разбирательство и его нарушение может повлечь за собой признание судебного процесса несправедливым. Рассматривая случаи возможного ограничения вышеуказанного права, следует отметить, что использование в качестве доказательств данных в ходе предварительного расследования показаний участников процесса должно разрешаться, в первую очередь, в общем контексте допустимости либо недопустимости доказательств.

Традиционно считается, что не все нарушения норм УПК РФ в ходе проведения следственных и иных процессуальных действий влекут признание полученных доказательств недопустимыми. Данной позиции придерживаются многие современные процессуалисты [1, с. 189–190; 2, с. 302]. Недопустимыми будут являться те доказательства, при получении которых в ходе следственных и иных процессуальных действий были нарушены важнейшие права и свободы участников уголовного судопроизводства и имели место существенные нарушения уголовно-процессуального закона.

К таким нарушениям относятся нарушения, связанные а) с лишением или ограничением прав участников уголовного судопроизводства; б) с несоблюдением процедуры судопроизводства; в) нарушениями, которые иным путем повлияли или могли повлиять на постановление законного приговора, определения или постановления. Степень существенности каждого нарушения определяется в зависимости от особенностей самого уголовного дела.

Уголовно-процессуальный закон определяет случаи возможного отсутствия свидетелей и потерпевших в судебном заседании и возможность оглашения их показаний.

Осознание необходимости обеспечения на национальном уровне права обвиняемого, предусмотренного п. d ч. 3 ст. 6 Европейской конвенции, привело к внесению известных изменений в ст. 281 УПК РФ (Федеральный закон от 02.03.2016 г. № 40-ФЗ «О внесении изменений в ст. 281 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»), регламентирующую вопросы оглашения показаний отсутствующего в судебном заседании потерпевшего или свидетеля. Отсутствие свидетелей в судебном заседании и оглашение их показаний, данных на предыдущих этапах производства по делу, стало предметом многочисленных жалоб российских граждан, рассмотренных ЕСПЧ.

В соответствии с положениями ст. 281 УПК РФ при неявке в судебное заседание потерпевшего или свидетеля суд вправе по ходатайству стороны или по собственной инициативе при отсутствии согласия другой стороны принять решение об оглашении ранее данных ими показаний и о воспроизведении видеозаписи или киносъемки следственных действий, производимых с их участием, в случаях смерти потерпевшего или свидетеля; тяжелой болезни, препятствующей явке в суд; отказа потерпевшего или свидетеля, являющегося иностранным гражданином, явиться по вызову суда; стихийного бедствия или иных чрезвычайных обстоятельств, препятствующих явке в суд; если в результате принятых мер ус-

тановить место нахождения потерпевшего или свидетеля для вызова в судебное заседание не представилось возможным. В этих случаях (за исключением случаев смерти) решение об оглашении показаний потерпевшего или свидетеля и о воспроизведении видеозаписи или киносъемки следственных действий, производимых с их участием, может быть принято судом при условии предоставления обвиняемому (подсудимому) в предыдущих стадиях производства по делу возможности оспорить эти доказательства предусмотренными законом способами. Заявленный в суде отказ потерпевшего или свидетеля от дачи показаний не препятствует оглашению его показаний, данных в ходе предварительного расследования, если эти показания получены в соответствии с требованиями закона.

В соответствии с ч. 6 ст. 281 УПК РФ оглашение показаний несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля, ранее данных при производстве предварительного расследования или судебного разбирательства, а также демонстрация фотографических негативов и снимков, диапозитивов, сделанных в ходе допросов, воспроизведение аудио- и видеозаписи, киносъемки допросов осуществляются в отсутствие несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля без проведения допроса. Повторный допрос несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля допускается по ходатайству сторон или по собственной инициативе только на основании мотивированного решения суда.

В связи с этим заслуживает пристального внимания позиция ЕСПЧ по вопросу о возможном оглашении показаний отсутствующих свидетелей. В первую очередь, следует отметить, что ЕСПЧ рассматривает в данном контексте не только лиц, имеющих процессуальный статус свидетеля, но также и любых иных лиц, которые могут быть допрошены в суде (потерпевшего, эксперта и т.д.).

Разрешая вопрос о данного рода нарушениях, ЕСПЧ исходит из того, что вопросы, связанные с отсутствием свидетеля в судебном заседании, не могут быть разрешены одинаковым образом в разных уголовных делах, поскольку каждое дело уникально, а суд должен оценивать общую справедливость процесса в целом. При принятии решения об оглашении данных в ходе досудебного производства показаний отсутствующих свидетелей, с позиций ЕСПЧ суд должен выяснить, была ли в ходе досудебного производства у стороны защиты реальная практическая возможность задать вопросы свидетелю. Очевидно, что в наибольшей степени эта возможность может быть реализована при проведении на предварительном расследовании очной ставки.

Для определения того, нарушило ли оглашение показаний в суде право обвиняемого на справедливое судебное разбирательство, ЕСПЧ применяет условный трехступенчатый тест, апробированный в деле Аль-Хавайя и Тахири против Соединенного Королевства (2011), а также используемый в ряде других дел [3, 4]:

1. Были ли надлежащие причины для отсутствия свидетеля в судебном заседании и приняли ли власти разумные меры для обеспечения явки свидетеля в суд? В качестве надлежащих причин ЕСПЧ рассматривает смерть свидетеля, его страх (суд должен проанализировать, насколько обоснован этот страх), психологическую травму (нахождение в одном помещении потерпевшего и подсудимого), пребывание за границей, состояние здоровья, препятствующее явке в суд. При этом суд должен принять разумные усилия с тем, чтобы обеспечить явку свидетеля в процесс для дачи показаний.

2. Имели ли показания свидетеля исключительное или решающее значение?

3. Далеко не всегда решающим свидетелем выступает очевидец преступления. Решающими показания свидетеля признаются в том случае, если они способны сдвинуть баланс в доказательственной массе в ту или иную сторону.

Имелись ли достаточные уравновешивающие факторы, включая прочные процессуальные гарантии, чтобы суд в целом мог считаться справедливым, какие меры приняты судом для этого?

Суд должен предоставить стороне защиты, которая не может допросить свидетеля, представить дополнительные процедурные гарантии, процессуальные возможности с тем, чтобы защита могла поставить под сомнение оглашенные показания (удовлетворить дополнительные ходатайства защиты, исследовать дополнительные материалы, допустить дополнительных свидетелей со стороны защиты, содействовать в предоставлении материалов, ставящих под сомнение оглашенные показания и т. п.) с тем, чтобы обеспечить равенство сторон в процессе.

Вопросы этого теста не имеют иерархии, суд оценивает справедливость процесса в целом, исходя из баланса интересов сторон и публичного интереса в эффективном отправлении правосудия. Как было отмечено в решении по делу Аль-Хавайя и Тахири против Соединенного Королевства (2011), «даже если показания с чужих слов являлись исключительным или решающим доказательством против обвиняемого, его принятие в качестве доказательства не являлось бы автоматическим нарушением. В каждом деле вопрос заключается в том, имеются ли достаточные уравновешивающие факторы, включая наличие мер, допускающих справедливую и надлежащую оценку достоверности доказательств».

Если в деле допрашивается «анонимный свидетель», суд должен определить, обоснованно ли он засекречен. В случае, если свидетель не допрашивается в суде, ЕСПЧ рекомендует по возможности исследовать в судебном заседании видеозапись допроса, сделанную в ходе досудебного производства по делу.

В любом случае, оглашая показания отсутствующего свидетеля, суд должен указать причину, по которой эти показания оглашаются, а также развернуто объяснить участникам судебного разбирательства, почему справедливость процесса не пострадает, если свидетель не будет допрошен.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Уголовный* процесс: учебник. 4-е изд., перераб. и доп. / под общ.ред. А.В. Смирнова. М.: Кнорус, 2008. 768 с.
2. *Уголовно-процессуальное* право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2009. 1072 с.
3. *Постановление* ЕСПЧ «Аль-Хавайя и Тахири против Соединенного Королевства» (2011) [Электронный ресурс]. URL: http://online.zakon.kz/. Дата обращения: 31.05.2016.
4. *Постановление* ЕСПЧ «Александр Казаков против России» (2014) [Электронный ресурс]. URL: http://online.zakon.kz/. Дата обращения: 31.05.2016.

ABSENT WITNESS EVIDENCE AND A FAIR CRIMINAL TRIAL: THE ECHR LEGAL POSITIONS

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 132–134. DOI 10.17223/23088451/7/21

Kachalova Oksana V., Russian State University of Justice (Moscow, Russian Federation). E-mail: oksana_kachalova@mail.ru

Keywords: ECHR legal positions, absent victim and witness evidence, fairness of trial, rights of the accused.

The right of the accused under Subsection D Part 3 Article 6 of the European Convention – to question witnesses against him, or to have the right to have the witnesses questioned, and to have the right to the attendance and examination of witnesses for the defense under the same conditions as witnesses against him – is an integral part of the right to a fair trial, and its violation may result in the recognition of the trial unfair.

Resolving the issue of potential violations in this area, the ECHR bases on the fact that issues related to the absence of witnesses at the hearing cannot be resolved in the same way in different criminal cases, because each case is unique, and the court must evaluate the overall fairness of the whole process. To determine whether the absent witness evidence in court violates the defendant's right to a fair trial, the ECHR applies a conventional three-step test approved in Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom (2011) and also used in several other cases:

1. Have there been adequate reasons for the absence of the witness at the hearing, and have the authorities taken reasonable steps to ensure the attendance of the witness in court?

2. Is the witness evidence exceptional or critical?

3. Have there been sufficient balancing factors, including strong procedural guarantees, for the trial as a whole to be considered fair, what measures has the court taken for this?

These questions do not have a hierarchy, the court assesses the fairness of the trial as a whole, on the basis of the balance of interests of the parties and the public interest in the effective administration of justice. If an "anonymous witness" is interrogated in the case, the court must determine whether s/he is reasonably classified. If the witness is not questioned in court, the ECHR recommends to study the interrogation video made in pre-trial proceedings during the court session.

In any case, when presenting the absent witness evidence, the court must specify the reasons for it and explain to the participants of the trial that the fairness of the trial will not suffer if the witness is not questioned.

REFERENCES

1. Smirnov, A.V. (ed.) (2008) *Ugolovnyy protsess* [Criminal procedure]. 4th ed. Moscow: Knorus.
2. Lupinskaya, P.A. (ed.) (2009) *Ugolovno-protsessual'noe pravo Rossiyskoy Federatsii* [The Criminal Procedure Law of the Russian Federation]. 2nd ed. Moscow: Norma.
3. ECHR. (2011) *The ECHR resolution in Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom".* [Online] Available from: http://online.zakon.kz/. (Accessed: 31st May 2016). (In Russian).
4. ECHR. (2014) *The ECHR resolution in Alexander Kazakov v. Russia.* [Online] Available from: http://online.zakon.kz/. (Accessed: 31st May 2016). (In Russian).

УДК 343 DOI 10.17223/23088451/7/22

Т.В. Трубникова

ПРОБЛЕМЫ ДОКАЗЫВАНИЯ В СПРАВЕДЛИВОМ СУДЕБНОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ И ИХ ОТРАЖЕНИЕ В ПРАВОВЫХ ПОЗИЦИЯХ ЕСПЧ: ВЫЗОВЫ ДЛЯ РОССИЙСКОЙ НАУКИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ[1]

Автор анализирует правовые позиции Европейского суда по вопросам, связанным с доказыванием, демонстрирует их существенное отличие от подходов, сложившихся в науке, законодательстве и правоприменении РФ, а также отсутствие в УПК РФ и правоприменительной практике достаточных гарантий от злоупотребления участниками процесса своими субъективными правами или дискреционными полномочиями. Делаются предложения, направленные на создание в уголовном процессе РФ механизма реализации права на справедливое судебное разбирательство, противодействие злоупотреблению правом в уголовном процессе.

Ключевые слова: *право на справедливое судебное разбирательство, доказывание в уголовном процессе, допустимость доказательств, злоупотребление правом, злоупотребление полномочиями.*

Российская Федерация, ратифицировав Конвенцию о защите прав человека и основных свобод Федеральным законом № 54-ФЗ от 30.03.1998 г., добровольно приняла на себя обязательство обеспечивать возможность реализации прав, закрепленных в Конвенции, всем лицам, находящимся на ее территории. В этих целях она должна не только исполнять конкретные Постановления ЕСПЧ, принятые по жалобам, поданным против нее, но и создать *системный механизм*, использование которого позволяло бы гражданам РФ реализовывать такие права непосредственно, без предварительного обращения с жалобой в Европейский суд.

Создание такого механизма может оказаться делом не таким уж простым, даже при наличии доброй воли органов государственной власти РФ, поскольку, как будет показано далее, правовые позиции, формулируемые ЕСПЧ по тем или иным вопросам, зачастую существенным образом расходятся с устоявшейся отечественной правовой доктриной, российским законодательством или сложившейся практикой его применения. Поэтому первым шагом в процессе создания такого механизма должно стать обнаружение подобного рода расхождений, уяснение существа правовых позиций ЕСПЧ по соответствующим вопросам и логики их обоснования Европейским судом, адекватное восприятие их юридической наукой. Далее обнаруженные расхождения должны стать предметом самого пристального внимания и обстоятельного анализа с точки зрения того, создает ли российское законодательство (в частности, уголовно-процессуальное) достаточные гарантии реализации права на справедливое судебное разбирательство, не содержит ли оно «пробелов» и «лазеек», создающих возможности для беспрепятственного злоупотребления участниками процесса своими субъективными правами или дискреционными полномочиями. При этом правовые позиции ЕСПЧ особенно значимы постольку, поскольку коллективный опыт судей, представляющих различные правовые системы, принадлежащих государствам, в которых уголовный процесс выстроен технически различными способами, позволяет при рассмотрении конкретных жалоб определять те границы (в том числе те пределы дискреционного усмотрения), при выходе за пределы которых нарушается право на справедливое судебное разбирательство *в любом государстве*, вне зависимости от типа его правовой системы и особенностей его уголовного процесса. Это определяет тот «коридор», который доступен для создания индивидуального, свойственного только России баланса охраняемых ценностей, такого конкретного соотношения публичных и состязательных начал, пределов дискреционных полномочий субъектов процесса, который позволял бы эффективно реализовывать предназначение уголовного процесса, предоставляя каждому его участнику и обществу в целом действенные гарантии реализации его права на судебную защиту. В результате перед российской юридической наукой могут встать проблемы корректировки ранее сформировавшихся подходов и концепций, задачи адекватного «встраивания» правовых позиций ЕСПЧ в ткань отечественной правовой доктрины, актуализируется необходимость разработки проектов изменений нормативно-правового регулирования того или иного вопроса или предложений по корректировке правоприменительной практики.

Обратимся к тем из правовых позиций ЕСПЧ, которые, как нам кажется, ставят наиболее серьезные вызовы перед российской юридической наукой и правоприменительной практикой, обнаруживают наиболее явные проблемы в российской правоприменительной практике, «вскрывают» существенные нарушения прав участников процесса, ставшие, фактически, «обыкновениями» правоприменительной практики. Большая часть этих правовых позиций имеет непосредственное отношение к пробле-

[1] Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта РГНФ, проект № 16-03-00413.

мам доказывания и принятия решений в уголовном судопроизводстве.

1. ЕСПЧ о цели доказывания и средствах ее достижения. Европейский суд по правам человека не рассматривал никогда специально вопрос о целях доказывания. Право на справедливое судебное разбирательство понимается им исключительно как право на должную (справедливую) правовую процедуру, но не включает в себя право на получение благоприятного судебного решения [1, с. 276–277]; [2, с. 11–12] Тем не менее ряд положений, содержащихся в различных Постановлениях ЕСПЧ, свидетельствует о том, что для Европейского суда представляется бесспорным то обстоятельство, что уголовный процесс вообще и судебная деятельность в частности *предназначены для установления истины* [3–9]. Л.М. Ашировой в ее работе приводятся примеры аналогичных правовых позиций ЕСПЧ [10, с. 11–13]. Стремление к достижению истины в ходе уголовного судопроизводства является для ЕСПЧ чем-то бесспорным, что действует *a priori* и не требует отдельного обоснования. При этом подходе самостоятельная ценность процедурных и организационных правил, включаемых в содержание права на справедливое судебное разбирательство, видится в том, что они в своей совокупности регламентируют такую процедуру, реализация которой позволяет обеспечить установление истины, принятие правосудного судебного решения в подавляющем большинстве случаев, одновременно гарантируя при этом реализацию прав участников (в частности, права на защиту, права на безопасность, права не подвергаться жестокому обращению), а также соблюдение принципа «мало того, чтобы правосудие осуществлялось, должно быть видно, что оно осуществляется». Таким образом, справедливое судебное разбирательство – такое, в котором имеется определенный минимально необходимый «набор инструментов», позволяющих уголовной юстиции действовать в целях одновременного достижения всех вышеперечисленных требований, уравновешивания конкурирующих интересов защиты, потерпевшего и свидетелей и публичного интереса в эффективном отправлении правосудия [11]. В число таких «инструментов» Европейский суд включает, в частности, принцип состязательности и принцип равенства сторон, рассматривая состязательность не как начало, противоположное установлению объективной истины по делу, а как средство установления истины в ходе уголовного судопроизводства.

Однако в принцип состязательности при этом Европейский суд вкладывает содержание, диаметрально отличающееся от понимания состязательности, даваемого Конституционным Судом РФ и закрепленного в УПК РФ. С точки зрения ЕСПЧ разделение процессуальных функций и недопустимость выполнения судом функции обвинения – вещи очень важные для обеспечения справедливости судебного разбирательства, но не имеющие прямого отношения к принципу состязательности. Ситуации, в которых судебные органы принимали на себя реализацию функции обвинения, Суд рассматривал не с точки зрения реализации принципа состязательности, а в аспекте вопроса о беспристрастности такого суда [12, 13]. Согласно правовой позиции Европейского суда по правам человека, «принцип состязательности означает, что стороны *в уголовном или гражданском* процессе вправе знакомиться со всеми доказательствами или замечаниями, приобщенными к делу, комментировать их» [14]. «Право на состязательный процесс в уголовном деле означает, что как обвинению, так и защите должна быть дана возможность знать и комментировать поданные заявления и представленные доказательства другой стороны» [15]. Состязательность, по мнению ЕСПЧ, предполагает также:

- право сторон представлять любые замечания и *обязанность суда их рассмотреть* [16];
- разумную возможность *эффективно оспаривать предположения и доводы противоположной стороны* [17], в том числе путем обеспечения стороне возможности отыскивать и представлять в суд собственные доказательства.

В то же время Европейский суд не видит опасности для состязательности в ситуации, когда отдельные доказательства собираются по инициативе суда, он лишь считает, что с целью обеспечения состязательного процесса все доказательства обычно должны представляться в присутствии обвиняемого в открытом судебном заседании [18].

Принцип равенства сторон ЕСПЧ считает самостоятельным и отдельным от принципа состязательности и видит его суть в том, чтобы каждой из сторон в разбирательстве была гарантирована разумная возможность представить свое дело в таких условиях, которые не ставят ее в существенно менее благоприятное положение в сравнении с оппонентом**.**

Таким образом, состязательность ЕСПЧ рассматривает как обеспечение стороне *действительной возможности* знакомиться с доводами противоположной стороны, оспаривать представляемые ею доказательства (в том числе лично допрашивая ее свидетелей или участвуя в их допросе), представлять свои доказательства и доводить до суда свою позицию по делу, которую суд был бы вправе и обязан учесть при вынесении решения по делу, т.е. как обеспечение *действительной возможности спора* между сторонами.

Представляется, что в настоящее время понимание состязательности **только** как разделения процессуальных функций (плюс равноправие сторон), вытекающее из формулировок действующего УПК РФ, начинает приносить существенный вред обеспечению справедливости судопроизводства, обеспечению реальной возможности стороны защиты возражать против обвинения, не гарантирует от злоупотреблений дискреционными полномочиями со стороны следователя, прокурора и суда. В качестве такого рода злоупотреблений, как нам кажется, следует рассматривать:

- отказы ряда следователей собирать оправдательные доказательства, поскольку они «действуют на стороне обвинения»;

- случаи возложения судом на сторону защиты обязанности самостоятельно обеспечивать явку в суд свидетелей (в том числе из числа перечисленных в обвинительном заключении), о допросе которых защита ходатайствует (поскольку «в условиях состязательности суд не должен брать на себя функции сторон»);

- необоснованные отказы суда в удовлетворении ходатайств стороны защиты о приобщении к делу собранных ею материалов, ограничения в допросах привлеченных стороной защиты специалистов, не дающие стороне защиты реальной возможности оспаривать предъявленное обвинение (хотя теоретически права сторон равны).

Легко увидеть, что все эти явления прямо противоречат состязательности, понимаемой как инструмент установления истины по делу и направленной на обеспечение реальной возможности спора между сторонами. В этих условиях возникает необходимость пересмотреть и скорректировать отечественное понимание принципа состязательности, с тем, чтобы оно, как минимум, включало в себя те элементы, которые ЕСПЧ считает его неотъемлемыми признаками.

2. «Автономное» определение Европейским судом ряда терминов. Речь идет о широком понимании ЕСПЧ содержания терминов «обвиняемый», «свидетель», «эксперт», «показания свидетеля (обвиняемого)».

В частности, давая автономное определение термину «свидетель», Европейский суд понимает под свидетелем любое лицо (в том числе – потерпевшего), чьи показания, зафиксированные органами следствия, используются национальными судами в качестве доказательств по делу, вне зависимости от того, в какой форме имела место такая фиксация [13]. Таким образом, разного рода «документы» и протоколы следственных действий, содержанием которых по существу является запись показаний конкретного лица (в конкретных российских уголовных делах это могут быть объяснения, протокол опознания, протокол освидетельствования, протокол очной ставки [19] и т.п.), следует, с учетом этой позиции, рассматривать именно как показания свидетеля, распространяя на такие ситуации право обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей. Эта правовая позиция ЕСПЧ приобретает в настоящее время особое значение, с учетом изменений, внесенных в УПК РФ ФЗ от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ, согласно которым, в частности, объяснения, полученные до возбуждения уголовного дела, могут в дальнейшем быть использованы в качестве источника доказательств, «при условии соблюдения положений статей 75 и 89» УПК РФ. Поскольку уголовно-процессуальный закон не устанавливает конкретных требований, которые должны соблюдаться при получении объяснений, очень остро встает проблема определения критериев, при условии соблюдения которых сведения, содержащиеся в объяснениях, полученных в ходе проверки сообщения о преступлении, могут приобрести статус допустимого доказательства, решать которую необходимо с учетом правовых позиций ЕСПЧ относительно допустимости показаний свидетеля.

В то же время ЕСПЧ полагает, что нельзя рассматривать в качестве «свидетеля» сообвиняемого (даже если он не участвует в качестве обвиняемого при рассмотрении конкретного дела). По его мнению, к оценке показаний обвиняемого следует подходить иначе, чем к оценке показаний незаинтересованных свидетелей, его признание вины действительно только для него одного, для остальных обвиняемых оно – рядовое доказательство (более того, вызывающее дополнительные сомнения): «…положение сообщников, дающих показания, отличается от положения обычных свидетелей. Они не дают показаний под присягой, то есть правдивость их сведений не имеет никаких гарантий, позволяющих привлечь их к ответственности за умышленную дачу ложных показаний». Поэтому «…при решении вопроса о допустимости признания вины сообвиняемым такое признание может быть принято только при установлении факта совершения преступления признающим свою вину лицом, но не заявителем…» [20, с. 90–118]. Такую правовую позицию Европейского суда по правам человека необходимо учитывать, например, при анализе достаточности гарантий реализации права на справедливое судебное разбирательство в производстве по принятию судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве.

Понятие «обвинение» с точки зрения ЕСПЧ также является автономной концепцией, применяемой независимо от определения «обвинения», существующего в национальном праве. По мнению ЕСПЧ «обвинение» можно в целях ст. 6 п. 1 определить как официальное уведомление лица компетентным органом государственной власти о наличии предположения о том, что этим лицом совершено уголовно наказуемое правонарушение [21]. В сочетании с широким толкованием понятия «показания», а также с правилом, согласно которому доступ к адвокату должен быть предоставлен с первого допроса подозреваемого полицией [22] (с последствием в виде запрета на использование для обоснования обвинительного приговора компрометирующих заявлений, сделанных во время полицейского допроса без доступа к адвокату), это означает недопустимость использования в качестве обвинительного доказательства разного рода «явок с повинной», «объяснений» и записей о признании своей вины, сделанных, например, в протоколе осмотра места происшествия [23], если они составлялись в условиях отсутствия у лица доступа к помощи своего адвоката.

Стоит отметить, что Конституционный Суд РФ в своем Определении от 14 октября 2004 г. № 326-О пришел к выводу об обязательности применения

правил ст. 75 УПК РФ при оглашении в ходе судебного следствия сделанного заявления о явке с повинной. Однако российская правоприменительная практика, к сожалению, идет по иному пути. Так, например, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ своим кассационным определением от 8 апреля 2008 г. по делу № 88-О07-52 оставила без изменения приговор Томского областного суда от 9 июня 2006 года, основанный (два обвинения из трех) практически исключительно на «явках с повинных», данных обвиняемым Б. в отсутствие защитника, несмотря на то, что от показаний, изложенных в этих «явках с повинной», обвиняемый отказался. При этом первая «явка с повинной» была написана им через 9 часов после его фактического задержания, вторая – на следующий день, в ходе «работы» с ним оперативных сотрудников, также без участия защитника (хотя к этому моменту у Б. имелось даже *два защитника*: защитник по назначению и защитник по соглашению)[1].

Еще один термин, автономное понимание которого Европейским судом существенно отличается от его понимания в российском уголовном процессе, – это термин «эксперт». Европейский суд не «разводит» процессуальные фигуры «эксперта» и «специалиста», объединяя обоих этих участников (если они привлекаются для дачи заключений по вопросам, входящим в круг их специальных познаний) понятием «эксперт». В Постановлении по делу «Матыцина (Matytsina) против Российской Федерации» ЕСПЧ сформулировал широкое понимание «экспертных доказательств», оговорив, что понимает под ними любые «источники информации, которые не описывают конкретных фактов дела, но содержат научный, технический и иной сходный анализ данных фактов (которые могут также определяться как «показания-мнения»)» [24]. С учетом этого, ЕСПЧ полагает, что:

- является нарушением права обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей ситуация, в которой стороне защиты не была предоставлена возможность допросить эксперта стороны обвинения [25];

- принцип равенства сторон нарушается, если «эксперты» стороны защиты и стороны обвинения существенно отличались по своему статусу и «весу» их выводов для суда [26, с. 15];

- «...оспаривание заключения эксперта в отсутствие помощи другого эксперта в соответствующей сфере может быть затруднительным. Таким образом, одного лишь права стороны защиты просить суд о назначении другой экспертизы не является достаточным. Чтобы реализовать это право эффективно, сторона защиты должна иметь ту же возможность представления собственных «экспертных доказательств», что и сторона обвинения» [24, § 187]; [25, § 731].

Это означает, в частности, что нормы УПК РФ в той части, в какой их можно истолковать как запрещающие стороне защиты получать письменные суждения специалистов иначе как через сторону обвинения или суд, равно как разъяснения Пленума Верховного Суда РФ [27], согласно которым роль специалиста и значение его суждения не идентичны «экспертным», создают базу для злоупотребления судом своими дискреционными полномочиями, в результате чего на практике в России крайне ограничивается возможность использования в доказывании по уголовным делам заключения специалиста, приглашенного стороной защиты.

Например, по уголовному делу по обвинению Р. в совершении иных действий сексуального характера в отношении малолетней [28], одним из решающих доказательств обвинения послужило «заключение психолога» С.А. Бурлуцкой, сотрудника ЗАО «Центр семейных и социальных технологий «Институт семьи», выданное по запросу следователя. Суд в своем приговоре признал это «заключение» *медицинским документом* и сослался на него при обосновании обвинения. В то же время в судебное заседание было представлено «консультационное заключение специалиста-психолога», выполненное по запросу защитника Р. доктором психологических наук, профессором, зав. лабораторией психологической экспертизы Томского гос. университета Э.И. Мещеряковой. Из данного «консультационного заключения», в частности, следовало, что «заключение психолога» «не содержит обоснованных выводов», в нем «не отражена научно-обоснованная методика», «текст заключения неграмотен не только в психологическом, но и в общекультурном аспекте». Также в данном «консультационном заключении» исследовался протокол допроса потерпевшей и был сделан вывод о том, что текст показаний потерпевшей с учетом возрастной психологии «не выглядит ее собственным, детским, произвольным и спонтанным, и в этом контексте сомнительно достоверен». В судебном заседании стороне защиты дважды отказано в удовлетворении ходатайства о приобщении к материалам дела «консультационного заключения», так как «в нарушение ст. 80 УПК РФ вопросы поставлены перед специалистом исключительно стороной защиты, сторона обвинения в постановке вопросов не участвовала». Ходатайство стороны защиты о допросе Э.И. Мещеряковой в качестве специалиста суд «удовлетворил частично», запретив задавать ей вопросы, для ответа на которые необходимо проведение исследования, а также касающиеся «оценки имеющихся в деле доказательств». Также суд отказал стороне защиты в удовлетворении ходатайства о производстве дополнительной психологической экспертизы, «так как для нее нет оснований». Анализируя данные обстоятельства с учетом правовой позиции ЕСПЧ относительно понятия «эксперт», нетрудно заметить, что, согласно ей: а) экспертами

[1] В настоящий момент дело «Белугин против РФ» находится на рассмотрении в ЕСПЧ. URL: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111096 Дата обращения: 06.05.2016 г.

являлись и С.А. Бурлуцкая (эксперт стороны обвинения) и Э.И. Мещерякова (эксперт стороны защиты) и б) эксперты со стороны защиты и обвинения существенно отличались по своему статусу и «весу» их выводов для суда. Более того, стороне защиты по данному делу не была гарантирована разумная возможность представить свое дело в таких условиях, которые не ставят ее в существенно менее благоприятное положение в сравнении с оппонентом: сторона обвинения использовала для обоснования обвинения заключение «своего эксперта», тогда как стороне защиты не только не была предоставлена возможность ссылаться на заключение «своего эксперта», но она была лишена и возможности опровергать достоверность соответствующих доказательств стороны обвинения.

3. Подход Европейского суда к решению вопроса о допустимости доказательств. Европейский суд исходит из того, что вопросы допустимости доказательств, в первую очередь, разрешаются на основе внутригосударственных правовых норм, и в основном именно национальные суды должны оценивать собранные материалы с точки зрения их допустимости. В то же время Суд допускает отдельные высказывания по вопросам допустимости доказательств. Анализ таких высказываний позволяет заметить два подхода, которые, как представляется, ставят перед отечественной теорией (и практикой) доказывания серьезные методологические и практические проблемы.

А) «Безусловно» и «условно» недопустимые доказательства.

Статья 75 УПК РФ указывает, что являются недопустимыми любые доказательства, полученные с нарушением требований Кодекса, не ставя исключение доказательств в зависимость от характера допущенных нарушений закона. Это положение не соблюдается на практике[2] и прямо не воспринимается либо критикуется многими учеными [29, с. 2–5; 30, с. 244; 31, с. 37–38]. Некоторые авторы считают, что недопустимость должна быть разграничена на «абсолютную и относительную» [32], относя к последней возможность сохранения доказательств, вследствие «устранимого» характера нарушений уголовно-процессуальной формы. Другие предлагают нарушения закона дифференцировать на «безусловно презюмируемые, т.е. влекущие признание доказательств недопустимыми без каких-либо дополнительных условий» и «условно-оценочные», т.е. такие, вывод о недопустимости которых можно сделать только по итогам их проверки и оценки [30, с. 244]. Однако и согласно таким предложениям система деления доказательств на допустимые и недопустимые предстает имеющей довольно строгий «двоичный» характер: каждое доказательство по своим свойствам либо допустимо (или может таким стать, если восполнить допущенные нарушения), либо безусловно недопустимо. Единственное исключение из этого правила регламентировано п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ: одни и те же показания обвиняемого, подозреваемого, данные в досудебном производстве в отсутствие защитника, могут быть допустимым или недопустимым доказательством, в зависимости от соблюдения конкретного условия – подтвердил ли их подсудимый в суде или нет.

Практика же рассмотрения дел Европейским судом привела его к формированию несколько более сложной системы, в которой нашлось место: доказательствам безусловно недопустимым, доказательствам, в отношении которых существует презумпция их недопустимости, доказательствам, которые могут стать допустимыми в силу обстоятельств их исследования, доказательствам, которые являются допустимыми, если подтверждена их достоверность, а также доказательствам, допустимость/недопустимость которых будет определяться судом в зависимости от ряда условий, в числе которых могут быть как обстоятельства их получения и исследования, так и «сила» данных доказательств. Признаем, что приведенный перечень доказательств предстает несколько «эклектичным», трудно собираемым в единую систему. Применительно к Европейскому суду это объяснимо: он не создает научные теории, он формулирует правила, применимые для конкретных ситуаций, ставших предметом его рассмотрения. Тем большим вызовом для российской юридической науки станет исследование этих отдельных правил, классификация их и систематизация, создание научной теории, учитывающей эти правила при формулировании применимых в российской практике требований к доказательствам и условий и порядка признания их недопустимыми.

В частности, Европейский суд по правам человека выделяет:

1) Однозначно (безусловно) недопустимые доказательства.

Таковыми Суд считает:

- доказательства, полученные в результате применения пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения (так как использование такого доказательства вызывает, по его мнению, серьезные вопросы относительно справедливости такого разбирательства, даже если принятие такого доказательства не имело решающего значения при осуждении лица) [33, 34];

- признательные показания, полученные в ходе допроса в полиции без доступа к адвокату. Согласно правовой позиции ЕСПЧ, отраженной в Постановлении по делу «Шамардаков против РФ», право на защиту безвозвратно утрачивается, когда призна-

[2] Более того, на практике в некоторых случаях даже формальное признание доказательства недопустимым еще не означает, что суд не будет основывать на нем свое внутреннее убеждение и даже приговор! Сошлемся здесь на исследование А.В. Пиюка, который обнаружил в ряде изученных приговоров формулировки типа «несмотря на то, что протоколы признаны недопустимыми доказательствами, сведения, изложенные в них, подтверждают версию обвинения». См.: Пиюк А.В. Роль внутреннего убеждения судьи в решении вопросов допустимости уголовно-процессуальных доказательств // Российская юстиция. 2012. № 4. С. 39–42.

тельные показания, сделанные во время допросов в полиции без доступа к адвокату, используются для осуждения [34]. При этом, напомним, ЕСПЧ понимает под «показаниями» любые «документы» и протоколы любых следственных действий, содержанием которых является запись показаний конкретного лица, в том числе объяснения и явку с повинной [35]. Более того, Европейский суд полагает возможным в некоторых ситуациях сделать вывод об отсутствии юридической помощи при допросе и в том случае, когда не проводилось собственно следственных или иных процессуальных действий, отсутствует письменная фиксация показаний лица. Так, по делу «Павленко против России» Европейский суд счел, что имеются серьезные основания полагать, что заявитель несколько раз допрашивался в отсутствие эффективной юридической помощи. В частности, он указал в своем Постановлении по этому делу: «Как следует из журнала посетителей, представленного заявителем в суд и Европейский суд, различные сотрудники милиции посещали заявителя в изоляторе временного содержания поочередно и практически ежедневно. Существенно то, что не получено убедительное объяснение несоответствию времени посещения заявителя сотрудниками и следователями, с одной стороны, и присутствия или отсутствия в следственном изоляторе защитника Д., с другой стороны. Защитник присутствовал только для целей допроса следователем или совершения определенных следственных действий, например опознания по фотографии. Отсутствуют данные о том, что заявитель действительно отказался от своего права на помощь защитника для целей вышеупомянутых «бесед» с сотрудниками. Европейский суд не имел средств удостовериться в том, что «беседы» не затрагивали преступления, в которых заявитель впоследствии сознался. По сути, государство-ответчик не пыталось разъяснить природу этих «бесед», чтобы устранить сомнения в их ненадлежащем характере...» [36].

Отсутствие в уголовно-процессуальном законе РФ или разъяснениях Пленума Верховного Суда РФ указаний на конкретные последствия недопуска (непредоставления) защитника лицу, лишенному свободы до суда (в том числе в результаты неоформленного процессуального фактического задержания), ведет к возможности злоупотреблений со стороны сотрудников правоохранительных органов, не создает достаточных гарантий обеспечения права на защиту, а значит, ведет к нарушению права на справедливое судебное разбирательство.

2) Доказательства, использование которых создает сильную презумпцию несправедливости судебного разбирательства.

К ним ЕСПЧ относит, в частности, показания, полученные от обвиняемого, вопреки его праву на свободу от самооговора, признания «сделанные под давлением». Суд, рассматривающий доказательства, вправе (но не обязан) исключать такие доказательства и должен принимать соответствующее решение, взвесив все интересы участников» [37. 2008. № 11. С. 15–17; 2009. № 3. С. 11–12].

3) Доказательства, полученные с нарушением права на уважение частной и семейной жизни, закрепленного в ст. 8 Конвенции. Такие доказательства по мнению ЕСПЧ могут быть использованы в доказывании, если нет сомнений в их достоверности. [38, с. 109–147].

4) Доказательства, которые хотя и получены с (другими) нарушениями закона, тем не менее могут использоваться в доказывании (при условии, что заявитель имел возможность оспаривать доказательства и возражать против их использования, а сами такие доказательства не вызывали сомнений в их достоверности) [39].

5) Доказательства «условно допустимые» – возможность их использования зависит от соблюдения/несоблюдения целого ряда условий, сформулированных ЕСПЧ. К их числу Суд относит два вида доказательств:

а) доказательства, полученные с нарушением права обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей (оглашение показаний свидетелей, допрошенных в досудебном производстве, показания анонимных свидетелей);

б) результаты оперативно-розыскных мероприятий, относительно которых сторона защиты заявила, что они получены в результате провокации.

Ограниченность объема данной статьи не позволяет рассмотреть подробно перечень условий, соблюдение которых позволяет пользоваться «условно допустимыми» доказательствами, тем более что мы приводили его в других работах [40, № 10, с. 26–35, № 12, с. 44–52; 41, № 3, с. 36–45]. Однако представляется необходимым отметить здесь, что ЕСПЧ уточнил свою правовую позицию относительно возможности использования показаний отсутствующего свидетеля в Постановлении Большой Палаты по делу «Schatschaschwili против Германии» от 15.12.2015 г. [42]. Согласно данному Постановлению, при решении вопроса о допустимости таких показаний необходимо учесть три группы обстоятельств:

- имелась ли уважительная причина («хороший повод») для отсутствия свидетеля в суде или для соблюдения его анонимности и предприняты ли все возможные усилия, чтобы обеспечить явку этого свидетеля;

- какова сила доказательства (является ли оно единственным или решающим доказательством или имеет значительный вес для осуждения подсудимого);

- наличие достаточных факторов, «уравновешивающих» сложности, возникающие у стороны защиты в связи с невозможностью допросить свидетеля в суде.

При этом чем больше «вес» доказательства, тем большее уравновешивающих факторов необходимо обеспечить, чтобы гарантировать общую справедливость судебного разбирательства. В совокупности

они должны позволить осуществить справедливую и надлежащую оценку надежности непроверенных в суде свидетельских показаний.

В качестве уравновешивающих факторов при этом могут выступать:

- правила оценки доказательств (показания отсутствующего свидетеля могут иметь меньший вес);
- обеспечение стороне защиты допросить данного свидетеля в ходе предварительного расследования (например, в ходе очной ставки, или путем предоставления возможности стороне защиты наблюдать допрос малолетнего потерпевшего и задавать ему вопросы через следователя);
- осуществление видеозаписи допроса отсутствующего свидетеля и ее просмотр в судебном заседании с участием суда и сторон, с тем, чтобы суд мог наблюдать поведение свидетеля при допросе и сформировать собственное впечатление о его надежности;
- предоставление стороне защиты дополнительных возможностей поставить под сомнение доверие к отсутствующим свидетелям, например, путем исследования в суде мотивов, которые свидетель мог иметь для лжи.

В свете этих правовых позиций ЕСПЧ представляется затруднительным однозначно оценить последние изменения УПК РФ относительно возможности исследования в суде показаний отсутствующего свидетеля. С одной стороны, кажется скорее положительным правило, включенное в ч. 2.1 ст. 281 УПК РФ, в соответствии с которым решение об оглашении показаний потерпевшего или свидетеля и о воспроизведении видеозаписи или киносъемки следственных действий, производимых с их участием, может быть принято судом при условии предоставления обвиняемому (подсудимому) в предыдущих стадиях производства по делу *возможности оспорить эти доказательства предусмотренными законом способами*, поскольку его можно расценить как указание на необходимость создания тех самых уравновешивающих факторов, на необходимость которых указывает и ЕСПЧ. Однако в то же время данная формулировка отличается крайней неопределенностью: ни законодатель, ни правоприменительная практика не обозначили в настоящее время способы, с помощью которых обвиняемый на досудебных стадиях может оспорить показания свидетеля. Двояко можно оценить и изменения, внесенные в ст. 191 УПК РФ. С одной стороны, следует поддержать правило, согласно которому в ходе следственных действий с участием несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля обязательно применение видеозаписи или киносъемки, поскольку потенциально оно создает больше гарантий и возможностей для последующей проверки достоверности таких показаний. В то же время представляется необъяснимой и содержащей возможности для злоупотребления правом оговорка, согласно которой видеозапись не производится, если несовершеннолетний потерпевший или свидетель либо его законный представитель против этого возражает. Особенно негативным это обстоятельство может стать с учетом современной редакции ч. 6 ст. 281 УПК РФ, в соответствии с которой: «оглашение показаний несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля, ранее данных при производстве предварительного расследования или судебного разбирательства, …осуществляются в отсутствие несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля без проведения допроса. По ходатайству сторон или по собственной инициативе суд выносит мотивированное решение о необходимости допросить несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля повторно». Данная норма, как представляется, резко ухудшает положение обвиняемого, безосновательно ограничивая его право допрашивать показывающих против него свидетелей. В нарушение положений ст. 6 Конвенции, в ее официальном толковании, данной ей Европейским судом по правам человека, данная норма УПК РФ рассматривает оглашение показаний в качестве общего правила, а допрос свидетеля – в качестве исключения из него, которое необходимо мотивировать. Тем самым на суд законодателем не возлагается обязанность проверить в конкретной ситуации, имеется ли наличие уважительных причин для ограничения права обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей. Кроме того, данная норма распространяется вообще на все случаи допроса несовершеннолетних, а не только на оглашение показаний несовершеннолетних – потерпевших от преступлений сексуального характера, выходя, тем самым, за рамки возможных уважительных причин для ограничения рассматриваемого права обвиняемого, определенных правовыми позициями ЕСПЧ.

Б) Асимметрия требований к допустимости доказательств.

Вопрос о необходимости асимметрии правил о допустимости доказательств не является новым для российской уголовно-процессуальной науки [43, с. 303; 44, с. 184; 45, с. 17–195]. Законодателем он, по-существу, разрешен в отрицательной форме – УПК РФ не предусматривает различных требований к допустимости доказательств защиты и обвинения. Что же касается практики, то она не просто не склонна предъявлять более «мягкие» требования к допустимости оправдательных доказательств, по сравнению с доказательствами обвинительными, напротив, требования к обвинительным доказательствам на практике бывают *ниже,* чем требования к доказательствам защиты.

Между тем правовые позиции ЕСПЧ требуют от нас вновь вернуться к вопросу об асимметрии требований к допустимости доказательств. Так, в Постановлении по делу «Мирилашвили против России» Европейский суд рассмотрел ситуацию, в которой показания трех ключевых свидетелей обвинения, являвшихся гражданами Грузии и не явившихся в суд, были оглашены (тогда как защита не имела возможности участвовать в их допросе), а ре-

зультаты опроса тех же свидетелей адвокатами заявителя (в которых они отказались от своих предыдущих показаний, указав, что дали их под давлением) суд отказался приобщить к делу и огласить, ссылаясь на положения УПК РФ. В своем постановлении Суд указал, что, представляя результаты опросов, защита стремилась не только представить оправдательные доказательства, но и оспорить данные, собранные против заявителя. Данные, представленные адвокатами, являлись относимыми и существенными. В этой ситуации отказ приобщить к делу показания, полученные защитой, не был оправданным, а положение законодательства, на основании которого результаты опроса были отвергнуты как недопустимые, «не выглядело преследующим какой-либо существенный законный интерес» [46].

4. Правовые позиции ЕСПЧ по вопросу оценки доказательств и обоснованности решений, принимаемых в ходе уголовного судопроизводства. Европейский суд полагает, что: «Для того, чтобы разбирательство было справедливым, суд должен надлежащим образом изучить замечания, доводы и доказательства, представленные сторонами, без предвзятости при оценке их применимости к его решению… Пункт 1 статьи 6 Конвенции требует, чтобы суды приводили мотивацию своих решений» [47].

Отсюда возникает как минимум два важных вопроса, требующих своего адекватного разрешения в российской уголовно-процессуальной науке и правоприменительной практике.

Первый из них касается обеспечения беспристрастности, непредвзятости самого субъекта, производящего оценку доказательств. Причем когда речь идет о беспристрастности суда, Европейский суд рассматривает «беспристрастность» как нечто большее, чем отсутствие предубеждения и заинтересованности в исходе дела. ЕСПЧ неоднократно подчеркивал, что в демократическом обществе важно, чтобы суды внушали доверие населению [48]. Поэтому необходимо не только, чтобы судьи были действительно беспристрастны, но и чтобы они выглядели таковыми. С учетом этого ЕСПЧ при проверке беспристрастности судей разделяет субъективный подход, отражающий личные убеждения данного судьи по конкретному делу, и объективный подход, который определяет, имелись ли достаточные гарантии, чтобы исключить какие-либо сомнения по этому поводу [49, т. 1. с. 417–421]. Для того чтобы констатировать нарушение **объективного основания** беспристрастности, по мнению ЕСПЧ не требуется достоверно устанавливать, что судья был предубежден или имел личную заинтересованность в определенном исходе дела. Судьи должны вести себя так, чтобы у участников процесса и присутствующих не возникало объективных оснований для возникновения сомнений в беспристрастности суда [50]. Причем при решении вопроса о том, имелись ли в данном деле законные основания опасаться, что конкретный судья небеспристрастен, по мнению ЕСПЧ, точка зрения лиц, утверждающих это, важна, но не имеет решающего значения. Решающее значение имеет вопрос о том, можно ли считать данное опасение объективно оправданным [12].

Представляется, что в уголовно-процессуальном законодательстве РФ содержится недостаточный объем процессуальных гарантий выявления обоснованных сомнений в беспристрастности судьи и обеспечения отвода судьи, в отношении которого такие сомнения появились. В частности, в УПК РФ, в отличие от арбитражно-процессуального законодательства, в настоящее время не регламентирован порядок распределения дел между судьями, а также основания и порядок передачи дела от одного состава суда другому. В результате отсутствует прозрачность в распределении дел, не исключена произвольная, немотивированная (и многократная) передача дела от одного судьи другому, что (особенно в условиях невозможности обжалования соответствующего решения) само по себе способно вызвать обоснованные сомнения в независимости и беспристрастности суда [51, 52]. Кроме того, существующий перечень оснований и порядок разрешения заявленного отвода судьи, закрепленный в УПК РФ, не гарантирует возможности устранения от рассмотрения дела судей, в отношении которых у объективного наблюдателя может сложиться обоснованное основание для сомнений в их небеспристрастности.

Второй вопрос связан с мотивированностью и обоснованностью судебных решений. Как практика ЕСПЧ, так и изучение материалов уголовных дел свидетельствуют о том, что принимаемые на практике в уголовном судопроизводстве России судебные (и несудебные) решения в этом смысле далеко не безупречны. Так, ЕСПЧ неоднократно обнаруживал отсутствие в итоговом судебном решении оценки доводов сторон и представленных ими доказательств. Например, по делу «Красуля (Krasulya) против Российской Федерации» Европейский суд пришел к выводу, что поскольку заключение эксперта, на приобщении которого настаивал заявитель, было важным доказательством, которое подкрепляло позицию защиты, избранную заявителем, и могло быть решающим при рассмотрении вопроса об уголовном характере деяний, совершенных заявителем, а довод заявителя в суде кассационной инстанции о том, что заключение эксперта было незаконно отклонено судом первой инстанции, был сформулирован им ясно и четко, то этот довод требовал точного и ясного ответа. Полное молчание суда кассационной инстанции по вопросу законности отказа в приобщении к доказательствам по делу заключения эксперта является несовместимым с концепцией справедливого судебного разбирательства, заложенной в основу статьи 6 Конвенции [47]. К сожалению, российские суды иначе относятся к обязанности мотивировать свои решения и оценивать доводы и доказательства защиты. Так, в кассационном определении по уголовному делу по обвинению Р. (ссылка на которое уже приводилась в

данной статье), отвечая на довод кассационной жалобы относительно того, что в приговоре суда отсутствует оценка показаний допрошенной в качестве специалиста по ходатайству защиты Э.И. Мещеряковой, чьи показания опровергали достоверность обвинительных доказательств, суд указал: «с учетом достаточности доказательств, и при условии их согласованности, отсутствие отдельной оценки показаниям специалиста Э.И. Мещеряковой не может свидетельствовать о нарушении судом норм уголовно-процессуального закона». Очевиден совершенно иной подход, при котором отсутствие оценки показаний, имеющих существенное значение для опровержения доказательств обвинения, не рассматривается в качестве сколько-нибудь серьезного недостатка обвинительного приговора.

Выяснение причин такого положения вещей и выработка мер, направленных на преодоление столь «легкого» отношения к обоснованию судебного решения, – вот еще одна проблема, требующая рассмотрения ее в уголовно-процессуальной науке и выработки комплекса решений, направленных на ее преодоление.

Таким образом, Постановления ЕСПЧ, принятые по жалобам граждан РФ, не только становятся основанием для возникновения у Российской Федерации обязанностей по исправлению конкретной ситуации заявителя, но и помогают обнаружить «проблемы» уголовно-процессуального закона, создающие возможности для злоупотребления участниками процесса своими субъективными правами или дискреционными полномочиями, обнаружить распространенные ситуации таких злоупотреблений, и ставят перед российской уголовно-процессуальной наукой и правоохранительной практикой множество новых (или старых) вопросов, настоятельно требующих всестороннего исследования и реализации новых, зачастую непривычных для нас подходов.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Микеле де Сальвиа*. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. 1072 с.
2. *Трубникова Т.В.* Право на справедливое судебное разбирательство: правовые позиции Европейского суда по правам человека и их реализация в уголовном процессе Российской Федерации. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2011.
3. *Постановление* по делу «Бекос и Кутрулопус (Bekos and Koutropoulos) против Греции» от 13.12.2005 (жалоба № 15250/02) П.69. URL: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-71594 (дата обращения 06.05.2016).
4. *Постановление* по делу «Рудаков (Rudakov) против Российской Федерации» от 28.10.2010 (жалоба № 43239/04). П.60. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
5. *Постановление* по делу «Максимов (Maksimov) против Российской Федерации» от 18.03.2010 (жалоба № 43233/02). П.87. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
6. *Информация* о решении по делу «Маршиани (Marchiani) против Франции» от 27.05.2008 (жалоба № 30392/03). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
7. *Постановление* по делу «Поляков (Polyakov) против Российской Федерации» от 29.01.2009 (жалоба № 77018/01). П.31. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
8. *Постановление* по делу «Банникова (Bannikova) против Российской Федерации» от 04.11.2010 (жалоба № 18757/06). П.70. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
9. *Постановление* по делу «Айдарич (Ajdaric) против Хорватии» от 13.11.2011 (жалоба № 20883/09). П.51. URL: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107989 (дата обращения 06.05.2016)
10. *Аширова Л.М.* Объективная истина как элемент справедливого судебного разбирательства по уголовному делу // Библиотека криминалиста. 2012. № 4(5). С. 11–13.
11. *Информация* о Постановлении по делу «Аль-Хавайя и Тахири (Al-Khawaja and Tahery) против Соединенного Королевства» от 15.12.2011 (жалобы № 26766/05 и 22228/06). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
12. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Озеров (Ozerov) против Российской Федерации) от 18 мая 2010 г. (жалоба № 64962/01). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
13. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Кривошапкин (Krivoshapkin) против Российской Федерации» от 27.01.2011 (жалоба № 42224/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
14. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Вермюлен (Vermeulen) против Бельгии» от 20.02.1996 (жалоба № 58/1994) // Европейский суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. Т. 2. М.: Норма, 2000. С. 174–177.
15. *Постановление* Большой Палаты ЕСПЧ по делу «Оджалан (Ocalan) против Турции» от 12.05.2005 (жалоба № 46221/99), п.146. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
16. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Перес (Perez) против Франции» от 12.02.2004 (жалоба № 47287/99). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
17. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Попов (Popov) против Российской Федерации» от 13.07.2006 (жалоба № 26853/04), п. 183. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
18. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Зайцев (Zaytsev) против Российской Федерации» от 16.11.2006 (жалоба № 22644/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
19. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Вожигов (Vozhigov) против Российской Федерации» от 26.04.2007 (жалоба № 5953/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
20. *Постановление* по делу «Владимир Романов против Российской Федерации» от 24.07.2008 // Бюллетень ЕСПЧ. 2009. № 3.
21. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Девеер (Deweer) против Бельгии» от 27.02.1980 (жалоба № 6903/75). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

22. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Салдуз (Salduz) против Турции» от 27.11.2008 (жалоба № 36391/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
23. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Александр Зайченко (Aleksandr Zaichenko) против России» от 18.02.2010 (жалоба № 39660/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
24. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Матыцина (Matytsina) против Российской Федерации» от 27.03.2014 (жалоба № 58428/10). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
25. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Ходорковский и Лебедев (Khodorkovskiy and Lebedev) против Российской Федерации» от 25.07.2013 г. (жалобы N 11082/06 и 13772/05). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
26. *Информация* о Постановлении по делу Бениш (Bonisch) против Австрии от 06.05.1985 // Европейский судебный вестник. 2001.
27. *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2010 № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 2.
28. *Уголовное* дело № 1-511/11. Архив Кировского районного суда г. Томска.
29. *Лупинская П.А.* Основания и порядок принятия решений о недопустимости доказательств // Российская юстиция. 1994. № 11.
30. *Балакшин В.С.* Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания. Монография. Екатеринбург: ООО «Изд-во УМЦ УПИ», 2004.
31. *Яцишина О.Е.* Внутреннее убеждение как основание свободы оценки доказательств в российском уголовном процессе: Монография. Челябинск: Изд-во ООО «Полиграф-Мастер», 2006. 168 с.
32. *Гришина Е.П., Саушкин С.А., Абросимов И.В.* Дискуссионные проблемы допустимости доказательств в науке уголовно-процессуального права (теории «беспощадного исключения доказательств», «плодов отравленного дерева» и «асимметрии правил допустимости») // Мировой судья. 2008. № 1.
33. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Яллох (Jalloh) против Германии» от 11.07.2006 (жалоба № 54810/00). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
34. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Шамардаков (Shamardakov) против Российской Федерации» от 30.04.2015 (жалоба № 13810/04). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
35. *Постановлении* ЕСПЧ от 13.07.2010 по делу «Лопата (Lopata) против России» (жалоба № 72250/01). URL: http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-99898 (дата обращения 06.05.2016).
36. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Павленко (Pavlenko) против Российской Федерации» от 01.04.2010 (жалоба № 42371/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
37. *Информация* о Постановлении по делу «Гефген против Германии» от 30.06.2008 (жалоба № 22978/05) // Бюллетень ЕСПЧ. 2008. № 11. С. 15–17; 2009. № 3. С. 11–12.
38. *Постановление* Большой Палаты ЕСПЧ по делу «Быков (Bykov) против России» от 10.03.2009 (жалоба № 4378/02) //Бюллетень ЕСПЧ. 2009. № 6.
39. *Информация* о Постановлении по делу «Ли Дейвис (Lee Davies) против Бельгии» от 28.07.2008 (жалоба № 18704/05) // Бюллетень ЕСПЧ. 2009. № 12. С. 29–30.
40. *Трубникова Т.В.* Отграничение провокации от правомерного оперативно-розыскного мероприятия в практике ЕСПЧ и судов РФ // Уголовный процесс. 2012.
41. *Трубникова Т.В.* Право обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей: подход ЕСПЧ // Уголовный процесс. 2014.
42. *Постановление* Большой Палаты ЕСПЧ по делу «Schatschaschwili против Германии» от 15.12.2015 (жалоба № 9154/10) URL: http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-159566 (дата обращения 06.05.2016).
43. *Стецовский Ю.И., Ларин А.М.* Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. М.: Наука, 1988. 320 с.
44. *Савицкий В.М.* Последние изменения в УПК: продолжение демократизации судопроизводства (вступительная статья к УПК РСФСР). УК РСФСР. УПК РСФСР. М., 1994.
45. *Кипнис Н.М.* Спорные вопросы теории и практики допустимости доказательств // Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / под ред. В.А. Власихина. М.: Юристъ, 2000. 272 с.
46. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Мирилашвили (Mirilashvili) против России» от 11.12.2008 (жалоба № 6293/04) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2009. № 4. С. 22–23.
47. *Постановление* по делу «Красуля (Krasulya) против Российской Федерации» от 22.02.2007 (жалоба № 12365/03). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
48. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Клейн (Kleyn) и другие против Нидерландов» от 06.05.2003г., п. 196. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
49. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Пьерсак (Piersack) против Бельгии» от 01.10.1982 (жалоба № 8692/79), п.30 // Европейский суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. М.: Норма, 2000.
50. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Бусчеми (Buscemi)против Италии», от 16.09.1999 (жалоба № 29569/95) // URL: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58304 (дата обращения: 08.02.2013 г.).
51. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Моисеев (Moiseyev) против Российской Федерации» от 09.10.2008 (жалоба № 62936/00). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
52. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Сутягин (Sutyagin) против Российской Федерации» от 03.05.2011 (жалоба № 30024/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

PROBLEMS OF PROOF IN A FAIR TRIAL AND THEIR REFLECTION IN THE LEGAL POSITIONS OF THE ECHR: CHALLENGES FOR THE RUSSIAN SCIENCE OF THE CRIMINAL PROCEDURE AND LAW ENFORCEMENT PRACTICE

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 135–147. DOI 10.17223/23088451/7/22

Trubnikova Tatiana V., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation). E-mail: trubn@mail.ru

Keywords: right to fair trial, proof in criminal trial, admissibility of evidence, abuse of rights, abuse of powers.

The author proceeds from the fact that by ratifying the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Russian Federation has made a commitment to establish a systematic mechanism to implement in Russia the rights enshrined in the Convention, including the right of the accused to a fair trial. The development of such a mechanism in practice is complicated by the fact that the legal position set forth by the European Court of Human Rights on specific issues often significantly diverges from the established domestic legal doctrine, the Russian legislation or the established practice of its application. Russian laws and Russian law enforcement practice often do not create sufficient guarantees against the abuse of subjective rights or discretionary powers by trial participants. Therefore, the legal science faces the task not only of an adequate perception of the ECHR legal positions, but also of rethinking of the domestic legal doctrine on their basis.

Further, the author gives examples of the ECHR legal positions on the issues of proof, of opinions that differ most from those habitual to the Russian criminal procedure science, as well as from existing law enforcement practices, on the need to establish the truth in a trial, on the content of competition and equality of the parties in a trial, on the criteria of admissibility / inadmissibility of certain evidence, on the requirement of the court impartiality and of the motivation of its decisions, compares them with the Russian legislation and law enforcement practice, demonstrates the problems of criminal procedural law that create opportunities for the abuse of right.

The author proposes to: a) refine the domestic understanding of the adversariality of criminal proceedings; b) introduce changes that take into account the autonomous definitions of “witness”, “charge”, “expert” the ECHR formed to the Russian legislation and law enforcement practice; c) revise theoretical principles of the criminal procedure science for proof, so that the criteria for the admissibility of evidence in Russia take into account the ECHR legal positions, and the requirement to use only admissible evidence does not exclude the possibility for the defense to argue their case; d) address the issue of ensuring the impartiality of judges, as well as the problem of ensuring motivation of judicial decisions.

REFERENCES

1. Salvia, M. de. (2004) *Pretsedenty Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka. Rukovodyashchie printsipy sudebnoy praktiki, otnosyashcheysya k Evropeyskoy konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod. Sudebnaya praktika s 1960 po 2002 g.* [Precedents of the European Court of Human Rights. Guidelines of jurisprudence relating to the European Convention on Human Rights. Litigation from 1960 to 2002]. St. Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press.
2. Trubnikova, T.V. (2011) *Pravo na spravedlivoe sudebnoe razbiratel’stvo: pravovye pozitsii Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka i ikh realizatsiya v ugolovnom protsesse Rossiyskoy Federatsii* [The right to a fair trial: legal positions of the European Court of Human Rights and their implementation in the criminal trial of the Russian Federation]. Tomsk: Tomsk State University.
3. ECHR. (2005) *Resolution in Bekos and Koutropoulos v. Greece of 13.12.2005 (complaint15250/02) P. 69*. [Online] Available from: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-71594. (Accessed: 06th May 2016). (In Russian).
4. Konsul’tantPlyus. (2010) *Resolution in Rudakov v. Russia of 8.10.2010 (complaint 43239/04). P. 60*. (In Russian).
5. Konsul’tantPlyus. (2010) *Resolution in Maksimov v. Russia of 18.03.2010 (complaint 43233/02). P. 87*. (In Russian).
6. Konsul’tantPlyus. (2008) *Information on the resolution in Marchiani v. France of 27.05.2008 (complaint 30392/03)*. (In Russian).
7. Konsul’tantPlyus. (2009) *Resolution in Polyakov v. Russia of 29.01.2009 (complaint 77018/01). P. 31*. (In Russian).
8. Konsul’tantPlyus. (2010) *Resolution in Bannikova v. Russia of 04.11.2010 (complaint 18757/06). P. 70*. (In Russian).
9. ECHR. (2011) *Resolution in Ajdaric v. Croatia of 13.11.2011 (complaint 20883/09). P. 51*. [Online] Available from: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107989. (Accessed: 06th May 2016). (In Russian).
10. Ashirova, L.M. (2012) Ob”ektivnaya istina kak element spravedlivogo sudebnogo razbiratel’stva po ugolovnomu delu [Objective truth as an element of a fair trial in the criminal case]. *Biblioteka kriminalista*. 4(5). pp. 11–13.
11. Konsul’tantPlyus. (2010) *Information on the resolution in Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom” of 15.12.2011 (complaints 26766/05 and 22228/06)*. (In Russian).
12. Konsul’tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Ozerov v. Russia of 18 May 2010 (complaint 64962/01)*. (In Russian).
13. Konsul’tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Krivoshapkin v. Russia of 27.01.2011 (complaint 42224/02)*. (In Russian).
14. ECHR. (2000) Postanovlenie ESPCh po delu “Vermyulen (Vermeulen) protiv Bel’gii” ot 20 fevralya 1996 g. (zhaloba № 58/1994) [Resolution of the ECHR in Vermeulen v. Belgium of 20 February 1996 (complaint 58/1994)]. In: *Evropeyskiy sud po pravam cheloveka. Izbrannye resheniya: V 2 t.* [The European Court of Human Rights. Selected resolutions: In 2 vols]. Vol. 2. Moscow: Norma.
15. Konsul’tantPlyus. (2010) *Resolution of the Grand Chamber of the ECHR in Ocalan v. Turkey of 12.05.2005 (complaint 46221/99). P. 146*. (In Russian).
16. Konsul’tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Perez v. France of February 12, 2004 (complaint 47287/99)*. (In Russian).
17. Konsul’tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Popov v. Russia of 13 July 2006 (complaint 26853/04). P. 183*. (In Russian).
18. Konsul’tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Zaytsev v. Russia of 16 November 2006 (complaint 22644/02)*. (In Russian).

19. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Vozhigov v. Russia of 26 April 2007 (complaint 5953/02)*. (In Russian).
20. Byulleten' ESPCh. (2009) Postanovlenie po delu "Vladimir Romanov protiv Rossiyskoy Federatsii" ot 24.07.2008 g. [Resolution in Vladimir Romanov v. Russia of 24.07.2008]. *Byulleten' ESPCh*. 3.
21. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Deweer v. Belgium of 27 February 1980 (complaint 6903/75)*. (In Russian).
22. Konsul'tantPlyus. (2008) *Resolution of the ECHR in Salduz v. Turkey of 27 November 2008 (complaint 36391/02)*. (In Russian).
23. Konsul'tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Aleksandr Zaichenko v. Russia of 18.02.2010 (complaint 39660/02)*. (In Russian).
24. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Matytsina v. Russia of 27.03.2014 (complaint 58428/10)*. (In Russian).
25. Konsul'tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia of 25.07.2013 (complaint 11082/06 and 13772/05)*. (In Russian).
26. Evropeyskiy sudebnyy vestnik. (2001) Informatsiya o Postanovlenii po delu Benish (Bonisch) protiv Avstrii ot 06 maya 1985 g. [Information on the resolution in Bonisch v. Austria on May 6, 1985]. *Evropeyskiy sudebnyy vestnik*.
27. Byulleten' Verkhovnogo Suda RF. (2011) Postanovlenie Plenuma Verkhovnogo Suda RF ot 21.12.2010 № 28 "O sudebnoy ekspertize po ugolovnym delam" [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of 21.12.2010 N 28 "On judicial expertise in criminal cases"]. *Byulleten' Verkhovnogo Suda RF*. 2.
28. Archive of the Kirov District Court of Tomsk. *Criminal case 1-511/11*. (In Russian).
29. Lupinskaya, P.A. (1994) Osnovaniya i poryadok prinyatiya resheniy o nedopustimosti dokazatel'stv [The grounds and procedure for the decision-making on the inadmissibility of evidence]. *Rossiyskaya yustitsiya — Russian Justitia*. 11.
30. Balakshin, V.S. (2004) *Dokazatel'stva v teorii i praktike ugolovno-protsessual'nogo dokazyvaniya* [Evidence in the theory and practice of criminal procedure proof]. Yekaterinburg: UMTs UPI.
31. Yatsishina, O.E. (2006) *Vnutrennee ubezhdenie kak osnovanie svobody otsenki dokazatel'stv v rossiyskom ugolovnom protsesse* [Inner conviction as the foundation of freedom of evaluation of evidence in the Russian criminal trial]. Chelyabinsk: Poligraf-Master.
32. Grishina, E.P., Saushkin, S.A. & Abrosimov, I.V. (2008) Diskussionnye problemy dopustimosti dokazatel'stv v nauke ugolovno-protsessual'nogo prava (teorii "besposhchadnogo isklyucheniya dokazatel'stv", "plodov otravlennogo dereva" i "asimmetrii pravil dopustimosti") [Controversial issues of admissibility of evidence in the science of criminal procedure law (the theory of the "ruthless exclusion of evidence", "fruit of the poisonous tree" and "asymmetry of the rules of admissibility")]. *Mirovoy sud'ya – Magistrate Judge*. 1.
33. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Jalloh v. Germany of 11.07.2006 (complaint 54810/00)*. (In Russian).
34. Konsul'tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Shamardakov v. Russia of 30.04.2015 (complaint 13810/04)*. (In Russian).
35. ECHR. (2010) *The ECHR resolution of 13.07.2010 in Lopata v. Russia*. [Online] Available from: http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-99898. (Accessed: 06th May 2016). (In Russian).
36. Konsul'tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Pavlenko v. Russia of 01.04.2010 (complaint 42371/02)*. (In Russian).
37. Byulleten' ESPCh. (2008) Informatsiya o Postanovlenii po delu "Gefgen protiv Germanii" ot 30 iyunya 2008 g. (zhaloba № 22978/05) [Information on the resolution in Gefgen v. Germany of 30 June 2008 (complaint 22978/05)]. *Byulleten' ESPCh*. 11. pp. 15–17.
38. Byulleten' ESPCh. (2009) Postanovlenie Bol'shoy Palaty ESPCh po delu "Bykov (Bykov) protiv Rossii" ot 10 marta 2009 g. (zhaloba № 4378/02) [The resolution of the Grand Chamber of the ECHR in Bykov v. Russia of 10 March 2009 (complaint 4378/02)]. *Byulleten' ESPCh*. 6.
39. Byulleten' ESPCh. (2009) Informatsiya o Postanovlenii po delu "Li Deyvis (Lee Davies) protiv Bel'gii" ot 28 iyulya 2008 g. (Zhaloba № 18704/05) [Information on the resolution in Lee Davies v. Belgium of 28 July 2008 (complaint 18704/05)]. *Byulleten' ESPCh*. 12. pp. 29–30.
40. Trubnikova, T.V. (2012) Otgranichenie provokatsii ot pravomernogo operativno-rozysknogo meropriyatiya v praktike ESPCh i sudov RF [Delimitation of provocation from legitimate operational-search activities in the practice of the ECHR and Russian courts]. *Ugolovnyy protsess*.
41. Trubnikova, T.V. (2014) Pravo obvinyaemogo doprashivat' pokazyvayushchikh protiv nego svideteley: podkhod ESPCh [The right of the accused to question witnesses against him: the approach of the ECHR]. *Ugolovnyy protsess*.
42. ECHR. (2015) *The judgment of the Grand Chamber of the ECHR in Schatschaschwili v. Germany of 15.12.2015 (complaint 9154/10)*. [Online] Available from: http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-159566. (Accessed: 06th May 2016). (In Russian).
43. Stetsovskiy, Yu.I. & Larin, A.M. (1988) *Konstitutsionnyy printsip obespecheniya obvinyaemomu prava na zashchitu* [The constitutional principle of the defendant's right to protection]. Moscow: Nauka.
44. Savitskiy, V.M. (1994) Poslednie izmeneniya v UPK: prodolzhenie demokratizatsii sudoproizvodstva (vstupitel'naya stat'ya k UPK RSFSR) [Latest changes to the Criminal Procedure Code: the continuation of the democratization of justice (the introduction to the RSFSR Code of Criminal Procedure)]. In: *UK RSFSR. UPK RSFSR* [RSFSR Criminal Code. RSFSR Code of Criminal Procedure]. Moscow.
45. Kipnis, N.M. (2000) Spornye voprosy teorii i praktiki dopustimosti dokazatel'stv [Controversial questions of the theory and practice of the admissibility of evidence]. In: Vlasikhin, V.A. (ed.) *Dokazyvanie v ugolovnom protsesse: traditsii i sovremennost'* [Proof in criminal proceedings: tradition and modernity]. Moscow: Yurist".
46. Byulleten' Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka. (2009) Postanovlenie ESPCh po delu "Mirilashvili (Mirilashvili) protiv Rossii" ot 11 dekabrya 2008 g. (zhaloba № 6293/04) [The ECHR resolution in Mirilashvili v. Russia of 11 December 2008 (complaint 6293/04)]. *Byulleten' Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka*. 4. pp. 22–23.
47. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution in Krasulya v. Russia of 22 February 2007 (complaint 12365/03)*. (In Russian).
48. Konsul'tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Kleyn and Others v. the Netherlands of 06.05.2003. P. 196*. (In Russian).

49. ECHR. (2000) Postanovlenie ESPCh po delu “P’ersak (Piersack) protiv Bel’gii” ot 1 oktyabrya 1982 g. (zhaloba № 8692/79), p. 30 [The ECHR resolutionin Piersack v. Belgium of 1 October 1982 (complaint 8692/79), p. 30]. In: *Evropeyskiy sud po pravam cheloveka. Izbrannye resheniya: V 2 t.* [The European Court of Human Rights. Selected resolutions: In 2 vols]. Vol. 2. Moscow: Norma.
50. ECHR. (1999) *Resolution of the ECHR in Buscemi v. Italy of 16 September 1999 (complaint 29569/95)*. [Online] Available from: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58304. (Accessed: 08th February 2013). (In Russian).
51. Konsul’tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Moiseyev v. Russia of 09.10.2008 (complaint 62936/00)*. (In Russian).
52. Konsul’tantPlyus. (2011) *The ECHR resolution in Sutyagin v. Russia of 03.05.2011 (complaint 30024/02)*. (In Russian).

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Агутин А.В. – профессор кафедры прокурорского надзора за исполнением законов в оперативно-розыскной деятельности и участия прокурора в уголовном судопроизводстве Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации (г. Москва). E-mail: agutin_av@ya.ru

Александрова Л.А. – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса Уральского государственного юридического университета (г. Екатеринбург). E-mail: ml1970@yandex.ru

Андреева О.И. – заведующая кафедрой уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности ЮИ НИ ТГУ (г. Томск), д.ю.н., доцент. E-mail: univer-tgu@rambler.ru

Боярская А.В. – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского (г. Омск). E-mail: crim.just@mail.ru

Валеев М.Т. – адвокат, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-исполнительного права и криминологии Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета (г. Томск). E-mail: mtv666@yandex.ru

Григорьев В.Н. – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права, уголовного процесса и криминалистики Московского психолого-социального университета (г. Москва). E-mail: grigorev.viktor@gmail.com

Иванов И.В. – старший преподаватель кафедры криминалистики Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета (г. Томск). E-mail: iiv500@mail.ru

Казакова А.В. – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса Уральского государственного юридического университета (г. Екатеринбург). E-mail: jiky@yandex.ru

Качалов В.И. – кандидат юридических наук, профессор кафедры уголовно-процессуального права, криминалистики и судебной экспертизы им. Н. В. Радутной Российского государственного университета правосудия (г. Москва). E-mail: okukel@yandex.ru

Качалова О.В. – заведующая отделом проблем уголовного судопроизводства Российского государственного университета правосудия, к.ю.н., доцент (г. Москва). E-mail: oksana_kachalova@mail.ru

Ковтун Н.Н. – профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Нижний Новгород). E-mail: kovtunnnov@mail.ru

Мазур Е.С. – доктор медицинских наук, профессор кафедры криминалистики Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета (г. Томск). E-mail: eksm2@mail.ru

Михайлов А.А. – кандидат юридических наук, доцент кафедры правовых дисциплин Томского сельскохозяйственного института – филиала ФГБОУ ВО «Новосибирский государственный аграрный университет», заместитель начальника Департамента Томской области (г. Томск). E-mail: maa1505@sibmail.com

Носкова Е.В. – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-процессуального права Западно-Сибирского филиала Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российский государственный университет правосудия» (г. Томск). E-mail: NoskovaElena@mail.ru

Осипов М.Ю. – кандидат юридических наук, старший научный сотрудник частного учреждения высшего образования Института законоведения и управления Всероссийской полицейской ассоциации (г. Тула). E-mail: osipov11789@yandex.ru

Прозументов Л.М. – профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовно-исполнительного права и криминологии Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета (г. Томск). E-mail: crim.just@mail.ru

Рожков А.С. – адвокат, магистрант Юридического института Томского государственного университета (г. Астана, Республика Казахстан). E-mail: artyom_rozhkov_advokat@mail.ru

Рукавишникова А.А. – доцент, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета (г. Томск). E-mail: satsana@yandex.ru

Садчикова О.В. – кандидат юридических наук, адвокат Адвокатской палаты Ставропольского края, член Совета адвокатской палаты Ставропольского края, тренер Школы адвоката Адвокатской палаты Ставропольского края, международный тренер образовательной платформы HELP Совета Европы (г. Ставрополь). E-mail: sadchikov99@mail.ru

Трубникова Т.В. – доцент кафедры уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности ЮИ НИ ТГУ (г. Томск), к.ю.н., доцент. E-mail: trubn@mail.ru

Тузов А.Г. – ассистент кафедры уголовного процесса и криминалистики юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета (г. Санкт-Петербург). E-mail: atuzov@me.com

Хашимов Р.А. – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Южно-Уральского государственного национального исследовательского университета (г. Челябинск). E-mail: dadvocat@mail.ru

Шошин С.В. – доцент, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного, экологического права и криминологии юридического факультета Саратовского национального исследовательского государственного университета им. Н.Г. Чернышевского (г. Саратов). E-mail: serguei8@mail.ru

Ясельская В.В. – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета (г. Томск). E-mail: yaselskaya@mail.ru