

СТАНДАРТЫ СПРАВЕДЛИВОГО ПРАВОСУДИЯ

МЕЖДУНАРОДНЫЕ
И НАЦИОНАЛЬНЫЕ
ПРАКТИКИ

Под ред. Т.Г. Морщаковой



·МЫСЛЬ·
Москва

УДК 347.9+343.1
ББК 67.410
С76



ФОНД ЛИБЕРАЛЬНАЯ МИССИЯ

Под редакцией д. ю. н., ординарного профессора НИУ ВШЭ
Т.Г. Морщаковой

Коллектив авторов:

Воскобитова М.Р., к. ю. н., преподаватель кафедры адвокатуры и нотариата МГЮА – гл. 5;

Диков Г.В., юрист Секретариата Европейского суда по правам человека – гл. 2 (§ 6 – в соавторстве с к. ю. н., юристом Секретариата Европейского суда по правам человека Чернышевой О.С.);

Насонов С.А., к. ю. н., адвокат, эксперт Независимого экспертно-правового совета – гл. 3;

Филатова М.А., к. ю. н., заместитель руководителя Представительства Конституционного Суда в г. Москве, доцент кафедры частного права Всероссийской академии внешней торговли – гл. 1;

Шепелева О.С., сотрудник института «Право общественных интересов» (PILnet) – гл. 4;

Организационно-техническая поддержка – исполнительный директор Центра правовых и экономических исследований *Фиглин И.А.*

С76 Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / кол. авторов ; под. ред. д. ю. н. Т.Г. Морщаковой. – Москва: Мысль, 2012. 584 с.
ISBN 978-5-244-01157-9

Книга основана на анализе международных и национальных требований к справедливому правосудию, содержит сравнительное исследование процессуальных средств судебной защиты, включая судебное доказывание, оказание юридической помощи, процедуры обжалования судебных решений по гражданским и уголовным делам – на примерах конкретных дел из практики ЕСПЧ, а также российских и зарубежных юрисдикций. Кроме того, рассматриваются перспективы и способы восприятия международных стандартов правосудия в законодательстве и правоприменении. Книга может быть полезна для судей, работников правоохранительной системы, научных работников, студентов, магистрантов и аспирантов юридических вузов, а также для тех, кто занимается правозащитной деятельностью.

УДК 347.9+343.1
ББК 67.410

ISBN 978-5-244-01157-9

© Мысль, 2012

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие.....	11
Глава I. Европейские стандарты правосудия по гражданским делам и их значение для российской правовой системы	23
§ 1. Стандарты процессуальных гарантий: понятие и источники.....	29
1. Значение процессуальных гарантий для сущностной характеристики европейского стандарта правосудия.....	29
2. Источники и генезис европейских стандартов	32
3. Структура статьи 6 Конвенции	35
§ 2. Нарушения статьи 6 Конвенции, не имеющие системного характера.....	43
1. Право на доступ к суду	43
2. Состязательный характер процесса и процессуальное равенство сторон.....	48
3. Гласность судебного разбирательства.....	57
§ 3. Отмена вступивших в законную силу судебных решений	64
1. Производство по пересмотру судебных постановлений в порядке надзора и эволюция его оценки Европейским судом по правам человека.....	64
2. Новое процессуальное законодательство и перспективы его применения.....	93
3. Отмена вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам: оценка Европейского суда и российская практика	102

4. Соотношение принципов законности и правовой определенности.....	123
§ 4. Разумный срок судебного разбирательства.....	134
1. Значение сроков судебного разбирательства	134
2. Разумный срок судебного разбирательства в практике Европейского суда	137
3. Сроки рассмотрения дел в российском праве: эволюция концепции и современное состояние	145
4. Развитие подходов к срокам рассмотрения дел в зарубежном праве: краткий обзор	157
5. Концептуальные основы и направления дальнейшей оптимизации сроков судебного разбирательства в российском гражданском судопроизводстве.....	169
§ 5. Неисполнение судебных решений	175
1. Исполнение судебных решений как элемент права на судебную защиту.....	175
2. Неисполнение судебных решений: особенности российских дел	177
3. Новое внутригосударственное средство защиты от неисполнения судебных решений: перспективы применения.....	193

ГЛАВА II. ОБЩЕЕВРОПЕЙСКИЕ СТАНДАРТЫ В СФЕРЕ

ДОКАЗЫВАНИЯ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ

(ПРАКТИКА ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА)

§ 1. Основные подходы Европейского суда к вопросу о доказательствах	219
1. Зачем нужно исключать доказательства?	220
2. Принципы оценки справедливости процесса в целом и эффективной защиты права	224
3. Принцип субсидиарности, концепция «четвертой инстанции» и свобода усмотрения национальных судов в доказывании	230
4. Отказ от права.....	241

§ 2. Презумпция невиновности и доказывание.....	246
1. Сфера действия статьи 6, § 2: понятие «виновности» и «уголовного наказания»	247
2. Установление виновности «в соответствии с законом». Стандарт и бремя доказывания. <i>Nulla crimen sine culpa</i>	250
3. Презумпции факта в судебных решениях	252
4. Действие презумпции невиновности и подтверждение вины вне уголовного судопроизводства.....	255
5. Нарушение презумпции невиновности при решении вопросов о судебных расходах и компенсации за ущерб, причиненный уголовным преследованием	261
6. «Объявление» виновным до окончания уголовного дела	264
7. Меры процессуального принуждения и предварительное изучение доказательств	270
§ 3. Право обвиняемого на молчание и обязанность давать показания	272
§ 4. Недопустимые методы получения доказательств	279
1. Доказательства, полученные под пыткой, с нарушением физической неприкосновенности или с помощью иного серьезного давления.....	279
2. Доказательства, полученные путем обмана	291
3. Доказательства, полученные с серьезным нарушением права на неприкосновенность частной жизни, жилища, корреспонденции, телефонных переговоров	298
§ 5. Доказательства, полученные без участия адвоката.....	308
1. Традиционный взгляд (оценка справедливости процесса в целом).....	309
2. Теория «плодов отравленного дерева».....	315
3. Право на адвоката — абсолютное право? Отказ от адвоката	321

§ 6. Провокация преступления	330
1. Материально-правовой анализ, или установление Судом факта провокации.....	332
2. Процедурные гарантии, учитываемые ЕСПЧ при оценке допустимости данных, получаемых в процессе оперативного эксперимента.....	341
§ 7. Состязательность и равенство сторон при исследовании доказательств в суде	348
1. Состязательность и раскрытие доказательств сторонами перед судом в открытом процессе	348
2. Равенство сторон в ходе исследования доказательств в суде	359
3. Активная защита. Право требовать вызова свидетелей и приобщать доказательства	360
§ 8. Непосредственное исследование доказательств судом и право защиты допрашивать свидетелей (статья 6, § 3 (d), Конвенции)	374
1. Понятие «свидетель» в контексте статьи 6, § 3 (d), как лицо, подлежащее допросу сторонами в суде на равных основаниях.....	375
2. Доказательственная ценность производных доказательств	377
3. Процедурные гарантии в случае использования «производных» доказательств.....	382
4. Причины, объясняющие невозможность допроса свидетеля и оглашения его показаний	397
5. Очная ставка на следствии и возможность ссылаться на нее в качестве основания для отказа от допроса в суде	412
§ 9. Эксперты и специалисты	414
1. Нейтральность эксперта в практике Суда	416
2. Право на проведение контрэкспертизы	423
3. Участие защиты в проведении экспертизы	425
§ 10. Очевидно ненадежные доказательства	428

ГЛАВА III. ПРАВО НА ПОМОЩЬ АДВОКАТА — ЗАЩИТНИКА ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ (В МЕЖДУНАРОДНОЙ И РОССИЙСКОЙ ПРАКТИКЕ)	433
§ 1. Право на юридическую помощь как элемент права на справедливое правосудие	435
§ 2. Разграничение права на юридическую помощь и права на личное участие в судопроизводстве	439
§ 3. Отказ от адвоката (защитника).....	443
§ 4. Право обвиняемого (подозреваемого) на свободный выбор защитника	447
§ 5. Право на беспрепятственную коммуникацию обвиняемого с выбранным или назначенным защитником	453
§ 6. Конфиденциальность коммуникации адвоката-защитника с обвиняемым и сведений, полученных защитником в ходе такого общения (адвокатская тайна)	456
§ 7. Право обвиняемого и его защитника на доступ к материалам уголовного дела и на получение необходимых копий процессуальных документов	473
§ 8. Право на своевременность встреч с защитником	479
 ГЛАВА IV. ЮРИДИЧЕСКАЯ ПОМОЩЬ КАК ГАРАНТИЯ ДОСТУПА К ПРАВОСУДИЮ: МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ И РОССИЙСКАЯ ПРАКТИКА	481
§ 1. Понятие доступа к правосудию и международные источники права на квалифицированную юридическую помощь.....	484
§ 2. Основные принципы предоставления юридической помощи	487
1. Равный доступ к юридической помощи	488
2. Право на свободный выбор юриста в качестве защитника и представителя	489
Справедливость и эффективность процедур решения вопроса о предоставлении субсидируемой юридической помощи	491

4. Различные подходы к оказанию юридической помощи по гражданским и уголовным делам	492
§ 3. Право подозреваемого, обвиняемого и подсудимого на назначение защитника и бесплатную юридическую помощь	494
1. Интересы правосудия как основание для назначения защитника	494
2. Стадии уголовного судопроизводства, в которых обеспечивается участие защитника	496
3. Гарантии качества бесплатной юридической помощи по уголовным делам	497
§ 4. Европейский суд по правам человека о защите по назначению в России	500
§ 5. Негативные последствия существующей российской практики назначения адвокату порядку оплаты их труда	510
1. Основания и организация назначения защитника	511
2. Порядок оплаты, объем оплачиваемых услуг и источники финансирования	513
§ 6. Право на бесплатную юридическую помощь при разрешении вопросов не уголовно-правового характера	515
1. Международные документы о бесплатной юридической помощи	515
2. Практика ЕСПЧ по делам против отдельных зарубежных государств — участников Конвенции	517
3. Юридическая помощь несовершеннолетним и лицам с психическими расстройствами	520
§ 7. Право на бесплатную юридическую помощь по неуголовным делам в России: проблемы законодательства и практики	522
1. Федеральное регулирование	522
2. Основания предоставления	524
3. Критика с позиции европейских стандартов	525
4. Перспективы развития	527

ГЛАВА V. ОБЩИЕ СТАНДАРТЫ И РЕАЛИИ ТРАНСПАРЕНТНОСТИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ	533
§ 1. Транспарентность судебной власти — исходные предпосылки	535
1. Понятие и сфера транспарентности	536
2. Транспарентность судебной процедуры (процессуальная транспарентность)	538
3. Информация о работе суда	540
4. Информация о движении по конкретному делу для сторон и публики	545
5. Порядок проведения гласного судебного разбирательства и правовые основания ограничения гласности судопроизводства по конкретному делу	547
6. Оглашение судебных решений, их публикация в специальных информационных изданиях	559
§ 2. Институциональная транспарентность в судебной системе	562
1. Международные акты об институциональной транспарентности	562
2. Внутрикorporативная зависимость в российской судебной системе и международные стандарты.....	564
§ 3. Взаимоотношения судей и средств массовой информации	573
1. Освещение в СМИ деятельности судебной системы, отдельных судов или судей, отдельных судебных процессов	573
2. Выступления судей в СМИ	575

ПРЕДИСЛОВИЕ

Стандарты справедливого правосудия являются необходимой составной частью идеологии прав человека, которая в современном демократическом обществе не может не определять его основные нравственные, философские, социальные, политические и правовые ценности. Известная триада составляющих правового государства: подчинение государства праву, признание личности, ее прав и свобод высшей ценностью и независимая судебная власть — также с очевидностью исходит из неразрывной связи прав человека и правосудия. При этом признание и защита прав и свобод в качестве цели правового государства и судебная власть как основное правовое средство их эффективной защиты служат именно должному ограничению государства в интересах личности и общества. Они ориентируют государственную власть на исполнение той ее функции, которая, собственно, обуславливает ее учреждение и является основой общественного консенсуса в отношении организации и самоограничения власти. Словами российской Конституции (статья 18): «...права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими... определяют смысл, содержание и применение законов, деятельности законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием».

Правосудие как основной правозащитный механизм может исполнять эту свою роль именно благодаря общепризнанным его стандартам. Стандартам, которые исходят из того, что определение прав и свобод каждого в судебном процессе осуществляется на основе справедливых процедур, заканчивается вынесением обязательных судебных решений, исполнение которых обеспечивает не только компенсацию причиненного ущерба, но и восстановление в нарушенных правах. Само право на справедливое правосудие также рассматривается как неперемнная часть каталога общепризнанных прав и свобод — без судебного механизма защита всех других прав не могла бы быть реализована.

В системе взаимоотношений, сложившихся в международном сообществе, права и свободы человека относятся к тематике международного характера. Если говорить о правовых основах такого положения, то оно является результатом развития не только международного права, т.е. производно не только от сложившихся общепризнанных принципов и норм международного права и заключаемых государствами международных договоров. Международный характер тематики прав и свобод в современном мире получает все большее признание на национальном уровне путем их включения в конституционные внутригосударственные акты в качестве именно международных обязательств государства. Примером этого могут служить практически все конституционные акты государств на европейском континенте, взаимоотношения которых дают образцы наибольшей межгосударственной интеграции, такие как Совет Европы и Европейский союз.

Однако международная приверженность идеологии основных прав и свобод выражается не только в том, что их признание на национальном уровне обеспечивается согласием на приоритет международно-правовых норм в ситуации, когда национальное законодательство им противоречит, как это закреплено в статье 15, ч. 4 Конституции РФ. Эта приверженность находит выражение также в том, что национальные конституции во многих странах рассматривают международные нормы о правах и свободах как свою вторую конституцию, как часть своей конституции или как имеющие силу внутригосударственных конституционных стандартов. Многие страны признают приоритет международных норм о правах и свободах перед своими конституционными нормами¹. В России эта тенденция выражена в ее Конституции в особой, не менее впечатляющей форме: российский конституционный законодатель обязуется гарантировать права и свободы в основном законе страны в соответствии с тем, как они отражены в общем международном праве (статья 17, ч. 1, Конституции РФ).

Таким образом, международные стандарты прав и свобод в силу волеизъявления, выраженного в российской Конституции, рассматриваются как база действующего конституционного

¹ См.: Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия : сб. докладов. М. : Институт права и публичной политики, 2007. С. 256 и др.

регулирования, включены тем самым в российскую конституционную систему и признаны масштабом для правотворчества и правоприменения¹. Такое конституционное развитие является знаком, подтверждающим существование наднационального конституционного права в сфере стандартов прав и свобод². Это, в частности, означает, что представляемое читателям данной книги понимание роли стандартов справедливого правосудия в национальной правовой системе России не может быть сведено к тому, чтобы они рассматривались только как образцы для подражания — по своей значимости они приравниваются к нормативным правилам. Как и все международно признанные права и свободы, право на справедливое правосудие должно обеспечиваться государством, оно не подлежит отчуждению законодателем. Государство не может ссылаться в оправдание каких бы то ни было отступлений от гарантий справедливого правосудия ни на национальные особенности, ни на отсутствие внутреннего закона.

Признание такого уровня обязательности стандартов справедливого правосудия базируется не только на авторитетности международных принципов и норм и внешнеполитической ориентации страны на международное сотрудничество. Этого было бы недостаточно, тем более что не исключены и попытки отступления от этой ориентации. Но право каждого на обращение за судебной защитой, закрепленное в российской Конституции (статья 46), является абсолютным, т.е. не подлежит ограничению: «...право на судебную защиту отнесено, согласно статье 56 (часть 3) Конституции РФ, к таким правам и свободам, которые не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах»³.

Логико-юридическое объяснение абсолютного характера права на судебную защиту вытекает, однако, не только из упомянутой в приведенном постановлении Конституционного Суда РФ ста-

¹ См.: Эбзеев Б.С. Глобализация, общепризнанные принципы и нормы международного права и правовое опосредование Конституцией России тенденций гуманитарного сотрудничества // Российское правосудие. 2007. № 4 (12). С. 11.

² См.: Доктринальные основы имплементации международных стандартов прав и свобод средствами конституционного правосудия // Право. 2008. № 1. С. 3—4.

³ Постановление КС РФ № 4-П от 3 мая 1995 года // Собрание законодательства РФ. 1995. № 19. Ст. 1764.

ть 56 Конституции — статьи, запрещающей — даже в условиях военного или чрезвычайного положения в стране — ограничивать это право (в числе других неограничимых прав, таких как право на жизнь, уважение человеческого достоинства, презумпция невиновности и др.). Право каждого на доступ к суду, справедливые процедуры правосудия и эффективную судебную защиту не может быть ограничено в силу самой его природы. В силу того, что оно никогда не могло бы представлять собой препятствие для достижения таких целей, как защита прав и законных интересов других лиц или тем более защита таких общественных благ, как основы конституционного строя, нравственность, безопасность и оборона государства. Только эти цели согласно Конституции РФ (статья 55, ч. 3) могут оправдывать соразмерные ограничения прав и свобод, но ни одна из них никогда не могла бы ни потребовать ограничения права на справедливое правосудие, ни соответственно оправдать такое ограничение. Надлежащая, т.е. эффективная, судебная защита ни в какой ее форме не может представлять угрозу названным индивидуальным и общественным интересам, но, напротив, служит их охране. Также и отступление от международных стандартов справедливого правосудия невозможно было бы объяснять ни внутригосударственными целями, ни охраной национального суверенитета.

Конституционным признанием обязательности для России международных стандартов справедливого правосудия служит и прямое закрепление в Конституции РФ права каждого обратиться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если все имеющиеся внутри страны средства правовой защиты, к которым он вынужден был прибегнуть, оказались для него безрезультатными. Речь идет о том, что каждый в такой ситуации может рассчитывать на применение к нему международных стандартов защиты непосредственно наднациональными межгосударственными структурами. Среди них особое место — как наиболее востребованный и наделенный правом принимать обязательные решения — занимает Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ, Страсбургский суд). Он представляет собой специальную надгосударственную судебную юрисдикцию, защищающую от нарушения на национальном уровне права каждого, предусмотренные Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод¹.

¹ Рим, 1950. Полный текст на русском языке можно найти по адресу: <http://www.echr.ru/documents/doc/2440800/2440800-001.htm>

Россия, как и другие государства — участники этого договора, признает без каких бы то ни было дополнительных соглашений и оговорок обязательность решений Европейского суда по всем вопросам толкования и применения Конвенции в случаях предполагаемых ее нарушений со стороны Российской Федерации. Это предусмотрено Федеральным законом «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» от 5 мая 1998 года. Юридическая обязательность решений Европейского суда для всех государств-участников, ратифицировавших Конвенцию, реально означает, что вырабатываемые им позиции по вопросам применения данного международного договора приобретают значение актуальных международных стандартов, а сам Суд действует как уникальный механизм поддержания этих стандартов в национальных практиках.

Защищаемые Европейской конвенцией и Европейским судом представления и договоренности об обеспечении прав и свобод являются наиболее концентрированным выражением общепризнанных в мировом сообществе принципов и норм международного регулирования прав человека, т.е. гуманитарного права в его широком понимании. При этом, с одной стороны, они выступают как его часть и транслируют на региональном европейском уровне такие универсальные международные принципы и нормы, которые закреплены во Всеобщей декларации прав и свобод 1948 года и Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 года. В этом отношении юриспруденция Страсбургского суда развивается в едином согласованном направлении с практикой других наднациональных органов, таких как Комиссия по правам человека ООН¹, действующая с 1946 года в качестве вспомогательного органа Экономического и Социального Совета ООН (ОКОСОС), и Комитет по правам человека, созданный в соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах². Благодаря обширной практике ЕСПЧ позиции названных органов относительно меж-

¹ Комиссия вправе рассматривать индивидуальные и коллективные обращения о массовых и серьезных нарушениях прав человека во всех странах — членах ООН.

² Рассматривает индивидуальные жалобы на нарушения пакта и сообщает о своих рекомендациях в связи с ними государству-участнику, а также представляет отчет по результатам рассмотрения жалоб в ежегодном докладе Генеральной Ассамблее ООН.

дународно признанных прав человека не только могут получать дальнейшее развитие, но и приобретают действенный инструмент защиты от нарушений и восстановления таких прав в каждом случае рассмотрения жалобы Европейским судом — благодаря обязательности исполнения его решений национальными властями.

С другой стороны, обобщенное в международном опыте понимание стандартов прав и свобод рождается в юриспруденции Европейского суда на базе оценки национального правового развития в разных странах. Ни одно его решение не может быть принято без исследования и учета особенностей правового регулирования и правоприменительной практики государства, действия которого обжалует заявитель, защищая свои права. Нередко ЕСПЧ анализирует разные правовые инструменты, имеющиеся на внутригосударственном уровне, и ставит вопрос об изменении сложившихся правонарушающих практик с учетом уже пройденного другими странами пути. В результате практика ЕСПЧ расширяет также возможности изучения зарубежного опыта формирования правовых стандартов, в том числе связанного с исполнением решений наднациональной Страсбургской юрисдикции в целях предупреждения в дальнейшем нарушений в области защищаемых на международном уровне прав и свобод.

Соответственно, представляемая вниманию читателя работа о стандартах правосудия, построенная на конкретном и детальном исследовании не только международных норм в области гуманитарного (в широком смысле слова) права, но и обширной наднациональной и национальной (не только европейской) практики их применения, расширяет возможности доступа к информации, существенной как минимум для поиска решений, которые должны способствовать развитию и использованию в России правозащитных механизмов. Это касается прежде всего российской правоприменительной практики, но, кроме того, позволяет увидеть, какие положения действующего законодательства рождают или провоцируют правонарушающие действия и решения со стороны власти. Увидеть, в чем проявляются проблемы, которые в других странах привели уже к признанию нарушенными международных стандартов прав человека. Увидеть, какие внутригосударственные практики и процедуры судопроизводства исходя из прецедентов Страсбургского суда, сложившихся по жалобам против России и других стран, дают основание для успешного обращения к этой международной инстанции. По-

нять, наконец, какие правовые механизмы и инструменты могут быть использованы государством, чтобы исключить основания для оспаривания его действий как нарушающих международные обязательства в области прав человека.

Книга не ограничивается изложением стандартов справедливого правосудия, но ориентирована и на то, чтобы показать, *что* в России не соответствует им, в чем заключается разница в подходах к гарантиям судебной защиты на международном и национальном уровне, а также как развиваются правовые позиции ЕСПЧ и национальных судов в этой области. По многим вопросам приведены и принятые международными структурами документы, содержащие нормы рекомендательного характера. Эти документы, с одной стороны, показывают, как формируются требования к стандартам правосудия, в том числе через восприятие рекомендательных норм в практике отдельных стран. С другой стороны, во многом разъясняя и конкретизируя стандарты справедливого правосудия, они направлены более всего на определение национальных перспектив развития в таких вопросах, которые еще не получили достаточного внимания, например в связи с обеспечением доступа к правосудию путем предоставления квалифицированной юридической помощи или развитием транспарентности в судопроизводстве. Введение таких рекомендательных документов в научный оборот — одно из определенных достижений данного издания.

В то же время авторы книги считали необходимым представить читателям своего рода сборник прецедентов. И поэтому наряду с изложением тенденций практики разрешения конфликтов между государством и гражданином в связи с реализацией права на справедливое правосудие в работе излагается содержание обстоятельств конкретных дел, позиций заявителей, их анализ Европейским судом, существо принятых решений и их аргументация. Естественно, приводимые авторами конкретные дела сгруппированы по их тематике. Однако систематика такой работы не может быть аналогична предметной систематике учебников или комментариев к процессуальному законодательству; она неизбежно выглядит более дробно, иногда лоскутно, так как зависит, например, от представленных в юриспруденции ЕСПЧ конкретных дел. Это отличительная черта данной работы в ряду монографической и учебной литературы, придающая ей одновременно характер хрестоматии. Такой жанр представляется определенным дефицитом для пользователей — учащихся, науч-

ных и практических работников в сфере права, представителей общественных правозащитных институтов, — тем более в связи с тем, что официальные публикации решений ЕСПЧ на английском и французском языках не имеют официального и полного русского перевода¹. Исходя из такого характера и предназначения работы, а также чтобы читателям было легче ориентироваться в материале, в книге, наряду с общим достаточно подробным оглавлением, перед каждой главой помещен синопсис представленных в ней позиций, который в известной мере может рассматриваться и как каталог анализируемых стандартов правосудия.

Международные представления о справедливом правосудии не могут быть реализованы на национальном уровне без воплощения в устройстве суда целого ряда характеристик, касающихся его институционального оформления. Речь идет о том, что в качестве органа правосудия может выступать только организационно и финансово независимая от других властей инстанция. Что суд как таковой создается и действует на основании закона, а не по собственному или чужому произволу. Что суд не вправе сам определять свою компетенцию по рассмотрению отдельных дел или каких-либо их категорий; те, кто обращается к судебной защите, должны иметь компетентный суд по любому вопросу и знать из законодательных установлений, в каком именно суде могут быть защищены их интересы в конкретном правовом конфликте. Никаким другим органам — не судам — не могут передаваться функции правосудия, запрещено создание чрезвычайных судов, т.е. органов с псевдосудебными функциями.

Эти стандарты часто освещаются в литературе и известны как первооснова судебной организации (судоустройства). Кажущиеся иногда в современном мире азбучными истинами, они относятся в основном к институциональной базе судебной деятельности в ее статике. В данной же работе делается, как правило, акцент на *развитии* судебных процедур, в которых осуществляется правосудие. Такой подход представляет особый интерес, так как судебные процедуры не только отличают правосудие от любых других форм деятельности, но и делают его наиболее эффективным средством правовой защиты. На основе практики ЕСПЧ авторами книги проведен анализ конкретных нарушений

¹ Приведенные в настоящей работе комментарии — помимо подробного изложения и цитирования решений и документов — отражают научное мнение авторов о рассматриваемых проблемах.

процедуры и отступлений от требований процессуальной формы при исследовании обстоятельств правовых конфликтов на этапах досудебной подготовки и судебного разбирательства дел. Это представляет собой ценное дополнение к имеющимся исследованиям стандартов правосудия и создает объективную основу для новых подходов к оценке национальных практик. Благодаря этой особенности представляемых в книге дел и материалов из международных и зарубежных юрисдикций становится наглядным сущностный процессуальный характер справедливого правосудия. Согласно правовым позициям ЕСПЧ его основной задачей в области стандартов правосудия является обеспечение для каждого именно *процессуальной* справедливости в судебной защите. Эти стандарты далеко еще не освоены российской системой правосудия.

Изложенные в работе требования к справедливому судебному разбирательству во многих случаях адресованы любому из видов судопроизводства. Вместе с тем процедурными особенностями правосудия по гражданским и уголовным делам обусловлены определенные различия в содержании и степени строгости этих требований по названным категориям дел. Это нашло отражение в структуре работы: две первые ее главы, самые значительные — по масштабности, глубине проработки и степени конкретизации материала, — посвящены судопроизводству отдельно по гражданским и по уголовным делам. Естественно, если говорить об общих параметрах справедливого правосудия, таких как состязательность в судопроизводстве, равноправие в процессуальных возможностях его участников по отстаиванию своих прав, их обеспечение квалифицированной юридической помощью и право обратиться в открытом судебном разбирательстве к форуму общественности, то необходимо показать специфику реализации этих стандартов в уголовном и гражданском судопроизводстве. Именно поэтому они рассматриваются в разных разделах книги, посвященных каждой из этих процедур.

Особая задача авторов работы состояла в том, чтобы, анализируя международные стандарты правосудия как определенный критерий оценки национальных практик, показать возможность выявления общего правового содержания в принципах и институтах правосудия разных стран. Собственно, это является непременным условием и в деятельности межгосударственных инстанций по защите прав и свобод, поскольку иначе во многих случаях было бы невозможно ни сформулировать, ни понять, ни приме-

нить общие требования к многовариантным национальным системам правосудия. Системам, специфика которых объективно существует и никогда не отрицалась и не отрицается также на наднациональном уровне. Тем важнее решаемая межгосударственными органами по защите прав и свобод задача обозначить общезначимые подходы и к системе обязательных стандартов правосудия, и к системе используемых для раскрытия их содержания понятий.

Возможность решения этой задачи, как показывает представленная в данной работе обширная практика ЕСПЧ и других наднациональных органов, связана, с одной стороны, с обязанностью и возможностями представления национальными участниками международных судебных процедур информации о конкретных обстоятельствах обжалуемых нарушений и о ходе национальных разбирательств по делу в полном объеме, а с другой — с применением международными инстанциями автономных (по отношению к национальным) понятий для квалификации общепринятых характеристик правосудия и его принципов. Эти аспекты, непосредственно связанные с формированием стандартов судебной деятельности, интересные для специалистов и в теоретическом, и в практическом плане, также нашли освещение в работе.

Перспективы развития в сфере российского правосудия, очевидно, не могут не соотноситься с воплощением международных стандартов, в том числе на основе опыта других стран, также ищущих пути согласования национальных практик с общепризнанными принципами и нормами международного права¹. С учетом таких тенденций развития в работе рассматриваются потребности и некоторые возможные варианты решения внутригосударственных проблем, на которые уже было обращено внимание ЕСПЧ по российским делам и делам в отношении других стран в связи с необходимостью исключить отступления от требований справедливого правосудия. Это может иметь значение для выработки национальных мер общего характера, в том числе

¹ См.: Рекомендации Всероссийского совещания «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации в практике конституционного правосудия» // Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры в практике конституционного правосудия. М.: Международные отношения. 2004. С. 528—530.

для принятия законодательных парламентских решений, вытекающих из международных обязательств Российской Федерации, а также для ориентации судов на применение решений и учет правовых позиций Европейского суда. Представленный в работе анализ имеет также непосредственное практическое значение для повышения эффективности чисто юридической работы по содержательной подготовке обращений — как в межгосударственные правозащитные инстанции, так и в национальную судебную систему. В частности, в порядке конституционного судопроизводства, где достаточно активно используются международные стандарты в области прав и свобод.

Актуальные задачи реформы российского правосудия не могут быть ни определены, ни решены без освоения стандартов справедливого правосудия в теоретических разработках, в законопроектной работе, в реальном законотворчестве и судебной деятельности.

Т.Г. Морщакова,
доктор юридических наук, профессор

ГЛАВА I

ЕВРОПЕЙСКИЕ СТАНДАРТЫ ПРАВОСУДИЯ ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ И ИХ ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

Синописис

Процессуальные гарантии

Эволюция процессуальных гарантий

Источники европейских стандартов

Институциональный и функциональный аспект
справедливого правосудия

Широкое толкование права на справедливое правосудие

Процессуальный аспект справедливого правосудия

Типичные ситуации нарушений требования справедливого
правосудия по российским делам в ЕСПЧ

Доступ к суду в решениях ЕСПЧ и российской практике

Разграничение компетенции между судами общей
и арбитражной юрисдикции

Состязательность — элемент справедливого правосудия

Равноправие сторон

Ненадлежащее уведомление сторон о судебном заседании

Порядок уведомления о слушании

Равноправие сторон в судебном разбирательстве

Участие прокурора в гражданском деле как нарушение
равноправия сторон

Гласность судопроизводства: содержание и основные компоненты

Доступ к материалам судебных дел

Протокол судебного разбирательства: его качество и доступность

Сближение процессуальных принципов различных правовых систем
по вопросам пересмотра судебных актов

Преобладание публичных интересов над частными в гражданском судопроизводстве социалистического типа

Третья судебная инстанция

Основные виды процедур по пересмотру судебных актов в мировой практике

Оценка российского производства в порядке надзора ЕСПЧ

Допустимые основания отмены национальными судами судебных актов в надзорном порядке

Новые и вновь открывшиеся обстоятельства как основание для пересмотра вступивших в силу судебных актов

Понятие существенных ошибок как основания пересмотра судебных актов, вступивших в законную силу

Недопустимые основания отмены вступивших в законную силу актов: российская практика

Эволюция надзорного производства в российском законодательстве

Ограничение контроля со стороны государства за рассмотрением частноправовых споров

Нарушения Конвенции и принципа правовой определенности в нормах действующего ГПК РФ относительно надзорного пересмотра

Основные причины критики Европейским судом процедуры пересмотра дел в порядке надзора

Различия в оценке ЕСПЧ надзорного пересмотра в гражданском и арбитражном процессе в РФ

Критерий совместимости надзорного порядка с Конвенцией

Недопустимые основания пересмотра дел в порядке надзора

Новое регулирование пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в кассационном порядке

Предварительное изучение кассационной жалобы по правилам надзорного производства

Основания для отмены или изменения судебных постановлений в новом кассационном порядке

Новое производство в порядке надзора

Пересмотр вступивших в законную силу судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам

Квазинормативное значение обязательного толкования закона высшими судами

Практика Европейского суда в отношении отмены российскими судами вступивших в законную силу судебных решений по вновь открывшимся обстоятельствам

Пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам судебных актов о перерасчете пенсии с применением повышенного пенсионного коэффициента

Объединение в ЕСПЧ российских дел по жалобам на решения Пенсионного фонда о пересмотре пенсий

Запрет отмены решений судов, влекущий ретроактивно ухудшение положения гражданина, выигравшего ранее спор с государством

Правомерность ретроактивного применения изменившегося толкования нормы права, данного высшим судебным органом

Соотносимость подходов ЕСПЧ и КС РФ к вопросу об обратной силе толкования норм высшими судебными органами

Несогласованность с Конвенцией российского законодательного регламента и правоприменения по вопросу о пересмотре вступивших в законную силу актов в связи с толкованием норм высшими судами

Отмена судебных актов арбитражных судов в порядке надзора по основанию нарушения единообразия в применении норм закона

Принцип правовой определенности как методологическая основа оценки соответствия Конвенции процедур пересмотра и отмены судебных решений

Различия в европейской и российской практике применительно к принципу правовой определенности

Разрешение споров и гармонизация правоотношений как цель гражданского судопроизводства, обуславливающая принцип правовой определенности в судебной системе

Окончателность судебных решений и средства ее обеспечения

Сроки обжалования вступивших в законную силу судебных актов

Изменение подходов к окончательности судебных решений — в сравнении с регулированием советского периода

Основные выводы относительно принципа правовой определенности, вытекающие из практики Европейского суда по делам о пересмотре вступивших в законную силу судебных актов

Разумный срок судебного разбирательства как элемент справедливого и эффективного правосудия

Новое российское регулирование правил о разумных сроках при осуществлении правосудия

Соотношение процессуальных сроков по российскому законодательству и требования разумного срока по Конвенции

Практика ЕСПЧ по вопросу о сроках судебного разбирательства

Критерий для оценки соблюдения разумного срока разбирательства

Причины нарушений разумного срока судебного разбирательства в российских делах

Действующее российское регулирование процессуальных сроков по гражданским делам

Исторические предпосылки российского регулирования процессуальных сроков

Современные тенденции российского регулирования и практики соблюдения процессуальных сроков

Нарушение процессуальных сроков как основание дисциплинарной ответственности судей в РФ

Эффективность и качество судебного разбирательства в контексте статьи 6 Конвенции

Эволюция подходов к срокам судебного разбирательства в судопроизводстве Англии

Реформы английского правосудия в 90-х годах XX столетия в сфере контроля суда за движением процесса

Развитие в США полномочий суда по контролю за движением дела

Основные тенденции французской реформы гражданского судопроизводства

Изменения в гражданском судопроизводстве Германии

Опыт судебной системы Финляндии по внедрению проекта качества правосудия

Основные аспекты оценки качества судебной деятельности в Швеции

Программа модернизации правосудия в Нидерландах

Основные выводы о современных тенденциях обеспечения разумных сроков судебного разбирательства в контексте эффективности гражданского судопроизводства

Необходимость изменения целей и концепции реформ, направленных на оптимизацию сроков рассмотрения дел

Преимущества концепции разумного срока разбирательства в отличие от установленного законом

Изменение роли суда в контроле за продолжительностью судебного процесса

Перераспределение активности суда и сторон в целях обеспечения разумного срока разбирательства

Управление движением дела

Толкование статьи 6 Конвенции как включающей исполнение судебных решений в право на суд

Дело по жалобе «*Burdov v. Russia*»

Недопустимость оправдания неисполнения решения суда отсутствием ресурсов

Подтвержденное судебным решением право требования как право на уважение собственности

Общие черты российских дел о неисполнении судебных решений

Государство и его агенты — бюджетные учреждения, муниципальные образования — как субъекты неисполнения судебных решений

Отличие российского подхода, не признающего государственную ответственность за действия других субъектов публичной власти, от позиции ЕСПЧ

Неответственность государства за невозможность взысканий по судебному решению с субъектов частного права

Ограничение обязанности государства по исполнению взысканий с частных компаний предоставлением юридических средств для исполнения

Длительность неисполнения судебного решения как разновидность нарушения статьи 6 Конвенции о разумном сроке разбирательства

Связь длительного неисполнения судебных решений с нарушениями Конвенции в результате их отмены в надзорном порядке

Неадекватность возмещения со стороны государства как основание для признания нарушенным права на исполнение судебного решения

Обоснованность задержки исполнения решения

Значение поведения заявителя в ходе исполнительного производства для признания нарушенным его права на исполнение судебного решения

Постановление от 15 января 2009 года по второму делу по жалобе «*Burdov v. Russia*» на неисполнение судебного решения

Согласованность выводов ЕСПЧ и ВАС РФ, касающихся пределов ответственности государства в сфере исполнения судебных решений

Федеральный закон от 30 апреля 2010 года № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» как внутригосударственное средство защиты от неисполнения судебных решений

Оценка ЕСПЧ эффективности российских внутригосударственных средств защиты от неисполнения судебных решений

Компенсация морального вреда, причиненного неисполнением судебного решения, как не отвечающая требованиям стандарта эффективного средства правовой защиты

Различие подходов ЕСПЧ и КС РФ к оценке компенсации морального вреда в качестве эффективного средства правовой защиты

Пилотное постановление ЕСПЧ по делу Бурдова (№ 2)
в связи с системным характером нарушений, связанных
с неисполнением судебных решений

Эффективное средство правовой защиты от неисполнения судебных
решений по Федеральному закону «О компенсации за нарушение
права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение
судебного акта в разумный срок»

Компенсаторные и ускоряющие производство средства правовой
защиты от нарушения сроков разбирательства и исполнения
судебных решений

Положительные черты нового механизма компенсации
за неисполнение судебных решений

Расширение круга агентов государства, за неисполнение которыми
судебных актов выплачивается компенсация

Недостатки нового механизма защиты от неисполнения
судебных решений

Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Судебное решение объявляется публично, однако пресса и публика могут не допускаться на судебные заседания в течение всего процесса или его части по соображениям морали, общественного порядка или национальной безопасности в демократическом обществе, а также когда того требуют интересы несовершеннолетних или для защиты частной жизни сторон, или — в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо, — при особых обстоятельствах, когда гласность нарушала бы интересы правосудия...

Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 6 «Право на справедливое судебное разбирательство» (п. 1)

§ 1. СТАНДАРТЫ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ГАРАНТИЙ: ПОНЯТИЕ И ИСТОЧНИКИ

1. Значение процессуальных гарантий для сущностной характеристики европейского стандарта правосудия

Среди институтов демократического государства правосудие играет центральную роль, поскольку именно оно является гарантией и одновременно механизмом защиты всех других институтов. Исходя из этого задача государства состоит в обеспечении лицам, обращающимся за судебной защитой, максимума гарантий, относящихся к организации и осуществлению правосудия. Набор процессуальных гарантий, или принципов, до некоторой степени отличается в различных правовых системах. Тем не менее еще с античных времен существует общее понимание того, какие элементы образуют саму суть правосудия, в отсутствие каких элементов правосудие не может рассматриваться в качестве такового.

Процессуальные гарантии

Это глобальное общее понимание выражается прежде всего в закреплении аналогичного перечня основополагающих процессуальных принципов (фундаментальных процессуальных гарантий) в конституциях национальных государств либо же в придании им статуса «конституционных» (для государств, в которых отсутствует «писаная» конституция, таких как Великобритания или Израиль). Конституционализация процессуальных гарантий, т.е. их внедрение в основы национального права различных государств на высшем уровне регулирования, как раз и являлась одной из важнейших тенденций развития права и правосудия во второй половине XX века. Параллельно шел процесс интернационализации этих гарантий, т.е. закрепление перечня гарантий, в соответствии с их общим восприятием в качестве «минимального стандарта правосудия» в международных документах¹. Статья 10 Всемирной декларации прав человека, а вслед за ней и статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее также Конвенция) установили право каждого человека на справедливое и открытое рассмотрение его дела независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. В данной формулировке, независимо от нюансов, имеющих в этих двух документах², содержатся гарантии, которые можно рассматривать как необходимые для осуществления справедли-

¹ Об этом см. подробнее: Cappelletti M., Vigoriti V. *Fundamental Guarantees of the Litigants in Civil Procedure: Italy // Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation (Studies in National, International and Comparative Law) / ed. by M. Cappelletti, D. Tallon. Milano — Dott. A. Giuffrè Editore. Dobbs Ferry, New York — Oceana Publications, Inc. 1973. P. 514.* Среди российских публикаций указанной темы касается Е.А. Виноградова в статье «Фундаментальные положения гражданского процессуального права» // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства. Теория и практика : Сб. научных статей. Краснодар ; СПб., 2004. С. 24–45.

² Статья 10 Всеобщей декларации прав человека устанавливает: «Каждый человек при определении его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему обвинения имеет право, на основе полного равенства, на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом». Согласно п. 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод «каждый имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявленного ему, на справедливое публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».

вого правосудия, а именно: свободный доступ к правосудию, публичность и гласность судебного разбирательства, независимость и беспристрастность судей¹.

Впервые сравнительное глобальное исследование фундаментальных процессуальных гарантий проводилось в 1960-е годы в рамках так называемого Флорентийского проекта (реализованного под эгидой Флорентийского университета), завершившегося проведением конференции под патронажем Международной Ассоциации юридической науки (ЮНЕСКО) во Флоренции в 1971 году. На конференции были представлены национальные доклады 17 стран и генеральный доклад, подготовленный выдающимся итальянским ученым Мауро Капетелли², в котором впервые были сформулированы общемировые тенденции развития процессуального права: его конституционализация, интернационализация и социализация, охарактеризованные автором как «измерения современного конституционализма».

Эволюция процессуальных гарантий

В духе названных тенденций в 70-е годы прошлого века появилась «обновленная концепция правосудия», предполагавшая, в частности, повышение значения конституционного, международного и социального измерений правосудия, большую доступность судов для всех (что включает не только судебные, но и альтернативные формы защиты права), обеспечение судами реального, а не формального равенства сторон, а также повышение справедливости и эффективности процессуальных правил³.

При признании всего многообразия национальных процессуальных систем в современной мировой процессуальной науке, а также в законодательстве и судебной практике различных го-

¹ См.: Oppetit B. Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil en Droit Français. // Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation (Studies in National, International and Comparative Law). Op. cit. P. 483.

² Мауро Капетелли (Mauro Cappelletti) — представитель флорентийской правовой школы, ведущий исследователь сравнительного гражданского процессуального права XX века, автор и вдохновитель глобальных исследовательских проектов «Доступ к правосудию» (Access to Justice) и «Фундаментальные процессуальные гарантии сторон» (Fundamental Procedural Guarantees of the Parties).

³ О данной концепции правосудия и ее элементах, со ссылкой на М. Капетелли, пишет Е.А. Виноградова в упомянутой выше статье «Фундаментальные положения гражданского процессуального права».

сударств существует общее понимание того, каким требованиям должна отвечать любая процессуальная система, чтобы обеспечить достижение ее главного предназначения и соответствовать предъявляемому к ней главному запросу по осуществлению справедливого и эффективного рассмотрения дел. Указанные международные договоры, и прежде всего статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, отражают своего рода глобальное соглашение относительно общепризнанных минимальных требований к осуществлению правосудия, определяющих саму его суть и не зависящих от национальных границ, принципа государственного суверенитета и особенностей процессуальных систем. Понимание и развитие элементов права на справедливое судебное разбирательство в практике Европейского суда как международного органа, обеспечивающего применение и толкование Конвенции, отражает процесс поиска оптимального соотношения этих элементов и баланса противоположных интересов при их имплементации в национальные правовые системы.

2. Источники и генезис европейских стандартов

Принятие и ратификация Российской Федерацией в 1998 году Конвенции о защите прав человека и основных свобод явились одними из важнейших факторов влияния на реформирование национальных судов и судопроизводства. Примечательно, что это влияние начало сказываться задолго до формальной ратификации Конвенции, поскольку «доконвенционное реформирование» имело своей целью подготовку почвы, создание условий для ратификации Конвенции, ее имплементации в российский правовой режим. Однако после ратификации Конвенции именно ее положения — в их постоянном развитии благодаря обширной практике Европейского суда по правам человека — стали главным импульсом реформирования видов судопроизводства, как уголовного, так и административного и гражданского.

В настоящей главе будут рассмотрены проблемы реализации вырабатываемых Европейским судом на основе статьи 6 Конвенции подходов к судебному разбирательству по гражданским делам. Хотя формально устанавливаемые Конвенцией основополагающие процессуальные гарантии в целом одинаковы для гражданского и уголовного судопроизводства, существуют некоторые, иногда существенные, особенности при их обеспечении

по гражданским и уголовным делам — Суд в своей практике сам определяет такие нюансы в связи со спецификой рассматриваемого дела. Поэтому целесообразно самостоятельное рассмотрение стандартов справедливого судебного разбирательства по гражданским делам, вырабатываемых Европейским судом на основе Конвенции, в том числе в их соотношении с базовыми принципами российского гражданского судопроизводства. Тем более что нарушения статьи 6 в контексте рассмотрения гражданских дел в российских судах устанавливаются ЕСПЧ гораздо чаще, чем применительно к рассмотрению дел уголовных. Кроме того, в области гражданского судопроизводства (в его широком смысле, включая стадию исполнения решений по гражданским делам) практика Европейского суда выявила в российской системе ряд таких проблем системного характера, связанных с отменой вступивших в законную силу судебных актов, неисполнением судебных решений, которые не свойственны или свойственны в гораздо меньшей степени уголовному судопроизводству.

Источники европейских стандартов

Статья 6 Конвенции в толковании, которым она наполняется в практике Суда, безусловно, является одним из главных источников формирования европейских стандартов в области гражданского судопроизводства, но далеко не единственным. Вопросы соблюдения закрепленных ею гарантий применительно к рассмотрению гражданских дел исследуются Судом также на основе статьи 13 Конвенции о праве каждого на эффективное средство правовой защиты, статьи 46 Конвенции о последствиях установления нарушения Судом и необходимых мерах по восстановлению нарушенных прав заявителей, статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции применительно к нарушениям права на свободное пользование имуществом в результате судебного разбирательства, не отвечающего критериям статьи 6, и некоторых других. Однако помимо Конвенции существует множество документов различных европейских органов, отражающих, с одной стороны, постепенный процесс формирования общеевропейской системы стандартов в области прав человека, с другой — достижения европейской правовой мысли, которая, безусловно, является главным источником вдохновения и идей для деятельности европейских наднациональных органов и формируемых ими подходов. Поэтому термин «европейские стандарты», при всей его условности, не может быть сведен лишь к практике Евро-

пейского суда по применению положений Конвенции — он отражает в конечном счете результаты развития всей европейской системы права в ее многообразии. Это многообразие, в свою очередь, актуализирует задачу гармонизации общих стандартов в области гражданского судопроизводства на европейском пространстве и в то же время обуславливает признание — в значительных сферах правового регулирования — своеобразия той или иной национальной правовой системы. Термин «европейские стандарты» отражает общий вектор их сближения в контексте европейского правового поля. В этом процессе практика Европейского суда служит объединяющим фактором, проводником общеевропейских идей в различные национальные правовые порядки.

При этом сам термин «европейские стандарты», конечно, является достаточно условным, поскольку подходы к регулированию правосудия по гражданским делам зачастую отличаются и в государствах, являющихся «традиционными» членами Совета Европы. Необходимо учитывать также исходные существенные отличия судостроительства и судопроизводства в системах общего и континентального права. Кроме того, сам Европейский суд неоднократно подчеркивал автономию и широкую степень усмотрения государств-участников в организации судов и регулировании применяемых в них процедур.

В данном случае термин «европейские стандарты» отражает скорее принадлежность к определенному ценностному выбору в цивилизационном процессе, определяемому общей исторической судьбой европейских стран, сходством политических, экономических и культурных предпосылок формирования современных судебных процедур.

Генезис «европейских стандартов» обусловлен регулированием рассмотрения гражданских дел в «старых» членах Совета Европы, т.е. западноевропейских странах, в которых процесс гармонизации правовых норм и основных подходов к реализации прав человека начался намного раньше и в значительной мере был катализирован общеевропейской экономической и политической интеграцией.

В странах-членах «новой волны», представленной относившимися к бывшему союзу государствами Восточной и Центральной Европы или же бывшими республиками Советского Союза, по понятным причинам существовали совершенно иные стартовые условия, отражавшиеся на состоянии их правовой и судебной систем. Так, принципы осуществления правосудия в странах

социалистической формации и в странах Западной Европы, при их частом внешнем текстуальном совпадении (принцип состязательности, принцип диспозитивности и т.д.), кардинально различались на уровне их концептуального наполнения и применения. Кроме того, некоторые специфические принципы, действовавшие в странах социалистической формации и не ориентированные на признание личности и ее прав и свобод высшей ценностью, определяли иную общую философию развития судопроизводства в этих странах. К таковым можно отнести в первую очередь принцип объективной истины и принцип доминанты публичного интереса (хотя последний в качестве принципа ни в доктрине, ни в законодательстве специально не выделялся). Поэтому неудивительно, что и после смены общего вектора развития в этих странах имеет место некоторая инерция, оказывающая влияние в том числе на реформирование судебных процедур.

В отличие от стран Восточной Европы, где процесс реформирования систем судопроизводства и их приведения в соответствие с выработанными стандартами остальной Европы шел достаточно быстро, в России приверженность к сложившимся, в том числе в советский период, принципам и подходам оказалась сильнее. В то же время невозможно отрицать большой путь, пройденный в этом направлении отечественной судебной системой, и значительные успехи в данной области. Однако ряд существенных расхождений в понимании фундаментальных принципов процесса, выявляемых на основе сравнения российских и европейских подходов к осуществлению правосудия, отражает качество и эффективность последнего, в том числе недостаточный уровень реальной защиты прав граждан в России.

3. Структура статьи 6 Конвенции

Институциональный и функциональный аспект справедливого правосудия

Сложный, комплексный характер статьи 6 отмечался многими исследователями¹.

¹ См., например: Зимненко Б.Л. Международное право и правовая система Российской Федерации. Особенная часть: Курс лекций. М.: Статут, 2010. С. 160; Афанасьев С.Ф. Право на справедливое судебное разбирательство и его реализация в российском гражданском судопроизводстве: монография. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 18.

В различных работах принято выделять два основных аспекта закрепляемого статьей 6 права на справедливое судебное разбирательство: институциональный (относящийся скорее к судоустройственным элементам: независимость, беспристрастность, компетентность суда; его формирование в соответствии с законом) и процессуальный (напрямую касающийся судопроизводственных аспектов: справедливость разбирательства, публичность, процессуальное равноправие сторон, разумный срок рассмотрения дела)¹.

Б.Л. Зимненко предлагает другую интерпретацию структуры статьи 6: он выделяет в ней применительно к гражданскому судопроизводству право на доступ к суду (включая право на инициирование судебного разбирательства, право на разрешение дела о гражданских правах и обязанностях по существу и запрет необоснованного пересмотра окончательно вступившего в законную силу решения суда), право на исполнение судебного решения, а также те критерии, которым должно соответствовать судебное разбирательство (разумный срок рассмотрения дела, справедливость, обуславливаемая фактическими обстоятельствами конкретного дела; публичность; беспристрастность и независимость; рассмотрение дела судом, созданным на основании закона)². Таким образом, данный исследователь фактически выделил в отдельную группу элементы, прямо названные в Конвенции, а также элементы, в самой Конвенции не поименованные, но выработанные практикой Суда (такие, как право на доступ к правосудию и право на исполнение судебных решений, а также недопустимость произвольной отмены окончательных судебных решений).

М. де Сальвиа, обобщая практику Суда по применению статьи 6, выделяет следующие аспекты последней: право на суд, справедливое судебное разбирательство (общее требование, относящееся к характеру самого процесса в его динамике и отражающее полученный результат судебного разбирательства; равенство сторон, принцип состязательности, надлежащую организацию судебных инстанций, требование мотивированности судебных решений); гласность, независимость и беспристрастность суда; его создание на основании закона; разумный срок рассмотрения дела³.

¹ Обзор точек зрения по вопросу соотношения институционального и процессуального аспектов статьи 6 см. в: Афанасьев С.Ф. Указ. соч. С. 18—25.

² См.: Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 160—161.

³ См.: Сальвиа М., де. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 275—482.

Для целей настоящего исследования и анализа главным образом российских дел в практике Суда представляется существенным выделить среди гарантий статьи 6 Конвенции непосредственно закрепленные в ее тексте и выводимые из ее толкования Судом.

*Широкое толкование права
на справедливое правосудие*

Многие исследователи отмечают расширительный подход Европейского суда к толкованию элементов права на справедливое судебное разбирательство в смысле статьи 6 Конвенции¹. Это характерно не только для данной статьи — рассматривая Конвенцию как «живой» и непрерывно развивающийся инструмент правового регулирования, Суд постоянно эволюционирует в осмыслении и толковании ее норм, гибко применяя их с учетом конкретных социальных, экономических и иных реалий.

В отношении сферы применения статьи 6 Конвенции практика Суда прежде всего расширила само понятие «спора о гражданских правах». Если в начале практики Европейской комиссии по защите прав человека данное понятие толковалось исключительно как охватывающее классические отношения «частного» характера, то сегодня оно охватывает споры с явно выраженными публичными элементами. Как отмечает М. де Сальвиа, «отныне любой иск, имеющий имущественный предмет и основанный на посягательстве на права, также имущественные, касается, в принципе, “гражданских прав и обязанностей”». Таким образом, мало важна природа права, в соответствии с которым должен быть разрешен спор (гражданское, торговое, административное и т.д.), и природа органа, компетентного в данной области (общая юрисдикция, административный орган и т.д.)»².

¹ Так, С.Ф. Афанасьев отмечает: «На первый взгляд ст. 6 Конвенции предельно проста, следовательно, для стран, ратифицировавших международный европейский договор, не составляет особого труда придерживаться и исполнять все необходимые требования. Но это только *prima facie*, поскольку норма перманентно получает сложное эволюционное толкование посредством деятельности Европейского Суда по правам человека, постановления которого обязательны для государств — членом Совета Европы» (Афанасьев С.Ф. Указ. соч. С. 6).

² Сальвиа М., де. Указ. соч. С. 325—326.

Идя по пути расширительного толкования понятия «гражданских прав и обязанностей», Суд включил в него и споры между лицом и государством, традиционно относившиеся к сфере публичного права: «Отношения между лицом и государством значительно расширились во многих сферах в течение пятидесяти лет... с тех пор, как была принята Конвенция, и государственное регулирование значительно вмешивается в частноправовые отношения. Это привело Европейский суд к выводу, что разбирательство, будучи согласно национальному законодательству частью “публичного права”, может попадать в сферу применения статьи 6 Конвенции с “гражданской” точки зрения, если исход разбирательства имеет значение для гражданских прав и обязанностей, если оно касается, например, таких вопросов, как продажа земли, владение частной клиникой, доходы в виде процентов с собственности, предоставление административного разрешения относительно условий профессиональной деятельности или лицензии на производство алкогольной продукции» (постановление по делу «*Ferrazzini v. Italy*» от 12 июля 2001 года)¹.

В том же постановлении Суд указал, что «политические права и обязанности, как, например, право баллотироваться на выборах в Национальную Ассамблею, даже несмотря на то, что в данном разбирательстве затрагивались материальные интересы заявителя, не являются гражданскими в смысле статьи 6 Конвенции и, следовательно, ее п. 1 неприменим»².

Очередным этапом в расширении сферы применения статьи 6 Конвенции можно назвать включение в эту сферу споров с участием государственных служащих, связанных с выполнением последними публичных функций (постановление по делу «*Vilho Eskelinen and others v. Finland*» от 19 апреля 2007 года).

Тенденция расширения Судом понятия «гражданские права и обязанности» применительно к кругу споров, на которые распространяется п. 1 статьи 6 Конвенции, проявляется и в российских делах. Так, практикой Суда было подтверждено, что в сферу действия предусмотренных статьей 6 Конвенции гарантий подпадают дела о назначении пенсий, иных социальных выплат (в том числе компенсационного характера), составляющие значительную часть «российских» дел. При этом Суд указал, что

¹ Текст постановления цит. по: Сальвиа М., де. Указ. соч. С. 329.

² Там же. С. 329—330.

пенсии и аналогичные выплаты, являющиеся экономическими (имущественными) по своей природе, представляют собой гражданские права по смыслу п. 1 статьи 6; данный вывод был сформулирован Судом в постановлениях по делам «*Smirnitsky v. Russia*» от 5 июля 2007 года; «*Kumkin and Others v. Russia*» от 5 июля 2007 года, «*Vedernikova v. Russia*» от 12 июля 2007 года¹. Относятся к сфере действия Конвенции, по общему правилу, и трудовые споры (см., например, постановление по делу «*Kabkov v. Russia*» от 17 июля 2008 года), за исключением случаев спора между государством и публичным служащим / должностным лицом (постановление по делу «*Kanaev v. Russia*» от 27 июля 2006 года)². Такой спор (между государством и государственным служащим, действующим в качестве носителя публичной власти) не подпадает под действие статьи 6 только в том случае, если он касается увольнения лица; если же речь идет о взыскании заработной платы, денежного довольствия и т.п., то спор должен охватываться понятием «гражданских прав и обязанностей» по смыслу статьи 6 независимо от того, кто пытается осуществить взыскание (постановления по делам «*Kanaev v. Russia*» от 27 июля 2006 года, «*Pridatchenko and other Kanaev v. Russia*» от 21 июня 2007 года, «*Bezborodov v. Russia*» от 20 ноября 2008 года, «*Dementiev v. Russia*» от 6 ноября 2008 года и др.)³.

Относятся к сфере действия статьи 6 согласно позиции Суда и вопросы оспаривания решений органов государственной или муниципальной власти, касающиеся имущественных прав лиц (см. постановление по делу «*Roseltrans v. Russia*» от 21 июля 2001 года)⁴.

Постоянное расширение Судом сферы применения п. 1 статьи 6 в контексте рассмотрения «споров о гражданских правах» приводит исследователей к выводу, что в конечном счете устанавливаемые Конвенцией гарантии справедливого судебного разбирательства должны соблюдаться во всех видах судопроизводства⁵.

¹ Данные приводятся по: Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 260.

² При этом необходимо принимать во внимание выводы Суда, сформулированные в вышеупомянутом постановлении по делу «*Vilho Eskelinen and Others v. Finland*»).

³ См.: Там же. С. 260—262.

⁴ См.: Там же. С. 264.

⁵ См., в частности: Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 265.

В том, что касается толкования статьи 6, в наибольшей степени благодаря практике Суда наполняется новым содержанием именно процессуальный ее аспект, в то время как институциональный остается в большей степени статичным.

*Процессуальный аспект
справедливого правосудия*

Процессуальный аспект статьи 6 — как в ее буквальном прочтении, так и в истолковании Судом — включает в себя принцип равенства сторон в использовании средств защиты, состязательный характер судопроизводства, мотивированность судебного акта, гласность (публичность) судопроизводства, разумный срок рассмотрения дела, недопустимость произвольной отмены вступивших в законную силу судебных решений, право на безусловное исполнение судебного акта.

Принцип процессуального равенства сторон (*equality of arms*) выделяется Судом как составной элемент более емкого понятия справедливого судебного разбирательства, в соответствии с которым каждой из сторон была дана разумная возможность представить дело в таких условиях, которые не ставят ее в существенно менее благоприятное положение по сравнению с оппонентом («*De Haes and Gijssels v. Belgium*» от 24 февраля 1997 года).

Принцип состязательности, по мнению Суда, означает, что «стороны в гражданском или уголовном процессе вправе знакомиться со всеми доказательствами или замечаниями, приобщенными к делу, комментировать их» («*Ruiz-Mateos v. Spain*» от 23 июня 1993 года).

Необходимость мотивированности судебного акта обосновывается Судом от противного: «...отсутствие мотивов в судебном решении есть достаточное основание для вывода о несправедливости разбирательства» («*H. v. Belgium*» от 30 ноября 1987 года).

Наконец, право на безусловное исполнение судебного акта обосновывается Судом следующим образом: «...право [на суд] стало бы иллюзорным, если бы правовая система государства позволяла, чтобы окончательное и обязательное судебное решение оставалось недействующим к ущербу для одной из сторон» («*Hornsby v. Greece*» от 19 марта 1997 года)¹.

¹ Ссылки на дела даны по изд.: Афанасьев С.Ф. Указ. соч. С. 201—202.

Сюда же можно отнести многократно воспроизведенный вывод Суда о недопустимости произвольной отмены вступивших в законную силу судебных решений («*Brumarescu v. Romania*» от 23 октября 1999 года).

Таким образом, право на справедливое судебное разбирательство, как оно гарантировано статьей 6 Конвенции, сегодня не ограничивается перечисленными в ней элементами. Эти элементы образуют лишь необходимый *minimum minimorum*, своего рода *conditio sine qua non*, что не устраняет необходимости соблюдения иных принципов и гарантий, прочно ассоциируемых в процессуальной науке и практике с понятием «правого суда». Европейский суд, через рассматриваемые им дела прецедентного характера, постепенно вводит новые грани закрепленных в самой Конвенции элементов права на справедливое судебное разбирательство, наполняя их тем самым новым, более объемным содержанием и обеспечивая гармонизацию фундаментальных принципов, в том числе в области судопроизводства, во всех странах — участницах Конвенции.

Ярким примером такой гармонизации, когда в национальную правовую систему посредством практики Суда имплементируется общепризнанный правовой принцип, в данной национальной системе до этого не рассматривавшийся как фундаментальный принцип права (хотя отдельные его проявления, безусловно, присутствовали), является постепенное внедрение в российскую правовую систему принципа правовой определенности, о чем будет сказано ниже. Имплементация данного принципа (а точнее лежащих в его основе ценностей) сталкивается со значительными сложностями в российском законодательстве и практике, именно в силу конфликта с другими ценностями, в течение длительного исторического периода определявшими общую философию и взаимодействие публичного и частного начал (государства и индивида) в общественно-политическом устройстве и правовом регулировании.

При толковании Конвенции Суд отталкивается от актуальных социальных реалий, общественных запросов, предъявляемых к судебным системам, культурного контекста и даже технического прогресса (в связи с внедрением современных технологий в судопроизводство и проблемой их совместимости с фундаментальными критериями справедливого судебного разбирательства).

*Типичные ситуации нарушений
требования справедливого правосудия
по российским делам в ЕСПЧ*

Подробный анализ всех элементов права на справедливое судебное разбирательство применительно к рассмотрению гражданских дел уже осуществлялся и в зарубежной, и в отечественной правовой науке. Применительно к каждому из этих элементов статьи 6 устанавливались Судом нарушения и в отношении России.

Чтобы избежать повторов и придать настоящему исследованию новизну, мы сосредоточимся на анализе областей российского права, наиболее резистентных к имплементации европейских стандартов в сфере рассмотрения гражданских дел. Весьма обширная практика Суда показывает, что удельный вес разных нарушений статьи 6 по российским делам неодинаков. Некоторые из них носят сугубо единичный характер, другие, в принципе, отражают потенциальную проблему национальной правовой системы, но в количественном выражении в практике Суда скорее незначительны. Подобные ситуации — именно в силу их единичности — достаточно легко исправить, и практика ЕСПЧ может явиться (и зачастую является) стимулом для такого рода изменений.

Между тем наибольший интерес для анализа представляют типичные ситуации, связанные с рассмотрением гражданских дел в России, которые Суд неоднократно, в целом ряде постановлений, оценивает как нарушения Конвенции. Эти нарушения, таким образом, приобретают системный характер. Они повторяются, несмотря на уже сложившуюся отрицательную их оценку в практике Суда, что отражает неспособность или нежелание субъектов формирования отечественного законодательства и практики исправлять недостатки, приводящие к нарушениям Конвенции. Очевидно, что в подобных случаях расхождения в позициях отечественной правовой системы и Европейского суда отмечаются в ценностном подходе, в приоритетах, которые в данной области явно или имплицитно устанавливает государство и которых придерживается в своей практике Европейский суд. В этой связи необходимо проследить генезис несовпадений в этих ценностях в целях поиска путей сглаживания таких расхождений.

Автор выделил те элементы статьи 6, по которым констатированы единичные нарушения Конвенции, но которые потенциально могут иметь большее число нарушений, и элементы, которые сопровождаются систематическими нарушениями, т.е. такие элементы, несоблюдение которых уже привело к появлению проблем системного характера с точки зрения соблюдения Конвенции. В первую группу попали дела, в которых затрагивались право на доступ к суду, публичность судебного разбирательства, обеспечение гарантий состязательности (включая право представить свои объяснения — *the right to be heard*) и процессуального равенства (*equality of arms*). Вторая группа включает типичные российские нарушения статьи 6 при рассмотрении гражданских дел: отмена вступивших в законную силу судебных решений (в порядке надзора и по вновь открывшимся обстоятельствам), неисполнение судебных решений, нарушение разумного срока судебного разбирательства. Последняя группа выделена не только из-за повторяемости данных нарушений (их не так много в общей структуре российских дел и значительно меньше тех, что допущены другими странами), но и в связи со спецификой названных проблем в российской практике.

§ 2. НАРУШЕНИЯ СТАТЬИ 6 КОНВЕНЦИИ, НЕ ИМЕЮЩИЕ СИСТЕМНОГО ХАРАКТЕРА

1. Право на доступ к суду

Доступ к суду в решениях ЕСПЧ и российской практике

Концепция «доступности правосудия», или «доступа к правосудию» (*Access to Justice*), оформилась в 70-е годы прошлого века в результате еще одного глобального исследовательского проекта (с одноименным названием), также разработанного под руководством Мауро Капелетти. Она отражает изменившиеся общественные запросы и ожидания в отношении правосудия и направлена на повышение реального уровня предоставляемой судебной защиты, а также эффективности разрешения социальных конфликтов, в том числе в отношении защиты прав новых субъектов изменяющихся общественных отношений,

включая интересы больших групп лиц, например, в связи с защитой потребителей, участников корпоративных отношений и окружающей среды. Данная концепция касается не только собственно порядка обращения в суд и получения доступа к судебной защите, но и необходимости обеспечения юридической помощи слабо защищенным в социальном плане группам лиц¹.

В практике ЕСПЧ проблема доступа к суду рассматривается в основном с точки зрения предоставления возможности судебной защиты и создания условий для инициирования производства².

Не будучи прямо упомянутым в самой статье 6 Конвенции, впервые право на доступ к суду как элемент справедливого судебного разбирательства было сформулировано Европейской комиссией по правам человека в деле «*Golder v. the United Kingdom*» (постановление от 21 февраля 1975 года). Данное право само по себе имеет сложную структуру и охватывает как собственно право на обращение в суд (т.е. инициирование судебного разбирательства), так и право на разрешение дела по существу (т.е. получение адекватного фактическим обстоятельствам результата судебного разбирательства), а также право на получение юридической помощи и права, связанные с обжалованием судебных решений.

Европейский суд в своей практике сформулировал общий подход, согласно которому данное право не является абсолютным и может быть ограничено, однако при этом ограничительные меры не могут изменять право доступа к правосудию таким образом или до такой степени, чтобы сама его сущность оказывалась затронутой³. Признание неабсолютного характера права на доступ в суд означает предоставление государствам достаточной свободы усмотрения в установлении процедур обращения в суд,

¹ Результаты данного масштабного проекта, включавшего сравнительное и междисциплинарное исследование проблем в обеспечении реальной доступности правосудия и возможных вариантов их решения, были опубликованы в 1978—1979 годах в шести томах. См.: *The Florence Access-to-Justice Project. A Series Under the General Editorship of Mauro Cappelletti. Access to Justice / M. Cappelletti, B. Garth (eds.). Milan : Dott. A. Giuffrè Editore ; Alphenandenrijn : Sijthoff and Noodhoff, 1978.*

² Более подробно о развитии концепции доступа к правосудию в практике Европейского суда см. главу IV настоящей книги, а также: Афанасьев С.Ф. Указ. соч. С. 71 и след.; Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 161—168.

³ Перечень прецедентных постановлений по данному вопросу приводит, в частности, Микеле де Сальвиа. См.: Сальвиа М., де. Указ. соч. С. 282—304.

процессуальных прав и обязанностей сторон, процедур обжалования судебных решений и т.д.

Нарушения права на доступ к суду по российским делам в ЕСПЧ носят единичный характер. Вместе с тем некоторые из дел данной категории отражают особенности законодательства или сложившейся практики российских судов, а значит, отражают проблемы потенциально системного характера.

Так, в деле *«Sergey Smirnov v. Russia»* (постановление от 22 декабря 2009 года) Европейский суд признал нарушение п. 1 статьи 6 Конвенции в контексте права заявителя на доступ к суду. Оно выразилось в том, что суды общей юрисдикции (первой и второй инстанций) отказали в принятии к рассмотрению исковых заявлений, поданных С.Ю. Смирновым в связи с отсутствием у него регистрации по месту жительства. Данное дело демонстрирует вакуум правовой защиты для лиц при отсутствии у них регистрации по месту жительства в России. Заявитель по данному делу пытался совершить обычные действия (взять на прокат имущество, зарегистрировать на себя номер мобильного телефона), в чем ему было отказано из-за отсутствия регистрации. Поданные в судебном порядке жалобы на такой отказ также не были приняты в связи с отсутствием регистрации по месту жительства.

Европейский суд по данному делу отметил, что «право на возбуждение судебного разбирательства по гражданскому делу составляет лишь часть права на суд, однако именно эта часть делает возможным использование дополнительных гарантий, которые заложены в п. 1 статьи 6 (см. постановление по делу *«Teltronic-CATV company v. Poland»* от 10 января 2006 г.)»¹. Суд отметил, что «требование указать место жительства истца само по себе не нарушает п. 1 статьи 6. Оно преследует законную цель надлежащего осуществления правосудия, поскольку позволяет судам поддерживать связь с истцом и вручать ему повестки или судебные решения. Однако в данном деле заявитель, который не имел определенного места жительства, не мог выполнить требования суда, но он предложил альтернативу — назвал адрес для корреспонденции».

Отметив, что правила подсудности не препятствовали судам принять иск, так как он предъявлялся по месту нахождения от-

¹ Перевод данного постановления выполнен Аппаратом Уполномоченного РФ при ЕСПЧ.

ветчика, Суд указал, что «национальные суды не только наказали заявителя за несоблюдение формального требования, но также наложили на него существенные ограничения, не допуская рассмотрения... его исковых требований. ...Тем самым была нарушена сама суть права на доступ к суду... Подобное строгое применение процессуальной нормы без рассмотрения особых обстоятельств не может считаться совместимым с положениями п. 1 статьи 6».

Если указание места жительства истца в исковом заявлении необходимо главным образом для целей коммуникации суда с истцом, то возможны и определенные шаги по установлению альтернативных механизмов такой коммуникации, как это сделано, например, в АПК РФ, статья 125 которого в редакции, вступившей в силу с 1 ноября 2010 года, требует указания в исковом заявлении адреса электронной почты истца. Это создает альтернативу традиционному способу направления судебных извещений и в судах общей юрисдикции — в случаях, аналогичных рассмотренному в деле Сергея Смирнова. Данное дело демонстрирует формальный подход судов к применению процессуальных норм, когда правоприменительная практика ориентируется не на их изначальную цель (в данном деле — коммуникацию суда с истцом), а лишь на следование букве закона.

В деле *«Itzlaev v. Russia»* (постановление от 9 октября 2008 года) предметом рассмотрения Суда стали сроки обращения в суд по трудовым спорам и их совместимость с Конвенцией. Суд указал, что установление таких сроков само по себе не является несовместимым с Конвенцией, но определяющим следует считать то, каким образом данные сроки были применены в отношении заявителя. Поскольку в данном деле суды рассмотрели ходатайство заявителя о восстановлении пропущенных сроков и его доводы о наличии уважительных причин такого пропуска, дали им оценку, не согласившись с доводами заявителя, Суд пришел к выводу, что в отношении заявителя не имели места чрезмерные ограничения, касающиеся доступа к суду; следовательно, отсутствовало и нарушение п. 1 статьи 6 Конвенции¹.

¹ Обстоятельства дела приводятся по: Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 162—164.

*Разграничение компетенции между судами
общей и арбитражной юрисдикции*

Еще одна серьезная проблема российской правовой системы, связанная с недостаточно четкими критериями разграничения компетенции между судами общей юрисдикции и арбитражными судами, была выявлена Европейским судом в деле *«Везутуаннау и. Russia»* (постановление от 22 декабря 2009 года). В данном деле Суд установил нарушение права на доступ в суд. Изначально иск гражданки Безмянной о признании недействительным договора дарения нежилых помещений ее мужем третьим лицам был предъявлен в районный суд общей юрисдикции, который, сочтя, что дело неподведомственно судам общей юрисдикции, передал его, согласно подведомственности, в арбитражный суд. Арбитражный суд также прекратил производство в связи с неподведомственностью дела арбитражным судам. Европейский суд признал, что в данном деле заявительница оказалась в ситуации «судебного вакуума», когда по независящим от нее причинам суды отказывались рассматривать ее дело под предлогом того, что это не входило в их компетенцию. Соответственно, ЕСПЧ признал нарушение права заявительницы на доступ к суду.

Проблема разграничения компетенции между двумя ветвями судебной системы, рассматривающими дела гражданско-правового характера, порождает негативные последствия для участников соответствующих правоотношений (неопределенность, потеря времени, иногда пропуск сроков для обращения в суд). Кроме того, поскольку формально российское законодательство не допускает возможности передачи дела по подведомственности из одной ветви судебной системы в другую и исключает споры о подведомственности, последствия таких ошибок судов приводят к тому, что сторонам фактически отказывают в судебной защите. Законодатель должен обеспечить баланс таких конституционных ценностей, как право на законный суд (по смыслу статьи 47, часть 1, Конституции РФ) и право на судебную защиту, которого лицо лишается, если невозможно определить более точные критерии подведомственности и у судов нет единого мнения о ней. В литературе предлагается, чтобы при отказе в принятии заявления или при прекращении производства по

делу в силу его неподведомственности данному суду последний указывал компетентный для данного дела суд¹.

Возможный вариант решения проблемы предлагается в практике арбитражных судов, в некоторых случаях рассматривающих неподведомственные им дела, если ранее заявителю было отказано в принятии заявления судами общей юрисдикции по мотиву неподведомственности. Мотивом принятия таких дел к рассмотрению в арбитражных судах становится необходимость обеспечения прав заявителя на судебную защиту². Однако понятно, что эти меры точечного характера не могут решить проблему полностью. Необходимо законодательно закрепить процедуры и рамочные условия для применения более гибких правил определения подведомственности в «пограничных», неочевидных случаях с тем, чтобы право заявителей на судебную защиту не нарушалось.

2. Состязательный характер процесса и процессуальное равенство сторон

Состязательность – элемент справедливого правосудия

Как следует из практики Суда, справедливость судебного разбирательства рассматривается им не только и не столько как конечный результат, на достижение которого направлена статья 6 Конвенции, но и как общая характеристика надлежащего процесса, в качестве одного из существенных элементов которого ЕСПЧ рассматривает состязательную процедуру и равенство сторон.

Так, в деле *«Galich v. Russia»* (постановление от 13 мая 2008 года) Суд указал, в частности, что «требования справедливого судебного разбирательства применительно к гражданским делам менее строги, нежели в ситуации с уголовными делами. Тем не менее гражданское разбирательство должно быть справедливым, справедливость подразумевает наличие состязательной процедуры, которая, в свою очередь, требует, чтобы суд не

¹ См.: Елисеев Н.Г. Разрешение коллизий подведомственности // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 8 (СПС «Консультант-Плюс»).

² См., например, постановление Президиума ВАС РФ от 24 февраля 2004 года № 11675/03.

основывал свое решение на доказательствах, которые не стали доступными одной из сторон».

При этом из позиций ЕСПЧ следует, что установление требований к реальной состязательности при рассмотрении той или иной категории дел, а также соотношения активности суда и сторон в сфере доказывания относится к сфере усмотрения национального законодателя. Кроме того, в национальных процессуальных системах часто устанавливаются процедуры несостязательного характера (различные упрощенные производства, процедуры вынесения заочных решений, аналоги российского приказного производства и т.д.), которые сами по себе не являются несовместимыми с Конвенцией. Суд оценивает совместимость указанных процедур с критерием справедливости, закрепленным Конвенцией. Справедливость же определяется через соблюдение принципа процессуального равенства сторон, в том числе в сфере представления доказательств, и права представить свои объяснения в ответ на доводы другой стороны.

В частности, при рассмотрении дела «*Khuzhin v. Russia*» Суд указал, что принцип состязательности является одним из аспектов концепции справедливого судебного разбирательства в ее преломлении применительно к фактическим обстоятельствам дела. В отношении как уголовных дел, так и гражданских данный принцип предусматривает, что каждой стороне должна быть предоставлена разумная возможность знать и комментировать возражения либо доказательства, предоставляемые другой стороной, а также представить свое дело на условиях, которые не ставят одну сторону в существенно более невыгодное положение в сравнении с ее оппонентом (постановление от 23 октября 2008 года)¹.

Таким образом, справедливость судебного разбирательства прочно ассоциируется в практике ЕСПЧ с правом стороны представить свои объяснения (*the right to be heard*) — процессуальной гарантии, известной еще римскому праву (*audiatur et altera pars*) и рассматривающейся в современной процессуальной науке, по замечанию Е.А. Виноградовой со ссылкой на Флорентийский проект, «как своеобразный знаменатель, дающий два принципиально важных результата: (а) установление минимального стандарта процессуальной справедливости, (б) отделение такого

¹ Текст постановления приводится по: Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 228.

минимального стандарта от других технических несущественных правил или даже ненадлежащих элементов процессуального формализма»¹.

Равноправие сторон

Суд рассматривает процессуальное равноправие сторон (*equality of arms*) как один из элементов справедливого судебного разбирательства (*fair trial*), предполагающий — по смыслу п. 1 статьи 6 Конвенции — обеспечение «справедливого баланса прав сторон» (постановления по делам «*Yvon v. France*» от 24 апреля 2003 года, «*Nideröst-Huber v. Switzerland*» от 18 февраля 1997 года и др.).

Как показывает анализ практики Суда по российским делам, нарушение статьи 6 Конвенции в связи с необеспечением процессуального равноправия сторон главным образом констатируется Европейским судом применительно к рассмотрению уголовных дел, в отношении которых, как указывает М. де Сальвиа, Судом был разработан истинный *corpus juris*². Данные гарантии при рассмотрении гражданских дел российскими судами в основном соблюдаются. В отдельных делах, однако, отмечены нарушения по отдельным аспектам равенства или состязательности и в их числе также ненадлежащее уведомление сторон о судебном заседании. Последняя категория дел получила негативную оценку Суда в связи с такими последствиями отмеченного нарушения, как непредоставление сторонам возможности дать объяснения по делу и отступление от требования публичности судебного разбирательства.

Ненадлежащее уведомление сторон о судебном заседании

Право лица на своевременное уведомление о начавшемся в отношении него судебном процессе является одной из фундаментальных гарантий при осуществлении правосудия. Как отмечается в одном из авторитетных трудов последних лет в области сравнительного гражданского процесса, «право на справедливое судебное разбирательство, или на надлежащее отправление пра-

¹ Виноградова Е.А. Фундаментальные положения гражданского процессуального права.

² См.: Сальвиа М., де. Указ. соч. С. 376.

восудия [*due process*], в странах общего права или в соответствии с Европейской конвенцией о правах человека, или согласно конституционному праву Германии (в частности, право представить свои объяснения [*right to be heard*] в соответствии со ст. 103 немецкого Основного Закона), или же согласно 14-й Поправке к Конституции США, — требует, чтобы каждая из сторон получала своевременное уведомление о любом судебном разбирательстве, затрагивающем ее интересы, и разумную возможность направить свои возражения. Следовательно, ответчики должны быть извещены о предъявленных в отношении них требованиях. Все стороны должны получить уведомление о любом судебном слушании, которое должно быть проведено, о любом документе, который должен быть представлен в слушании, о любом свидетеле, подлежащем вызову, о любых изменениях требований и возражений любой из сторон и о любом другом документе, который может быть использован в судебном разбирательстве»¹.

Нарушение данного принципа установлено Судом в ряде российских дел. В основном они связаны с необеспечением явки в судебное заседание второй инстанции подсудимых в уголовных процессах, но нарушение статьи 6 в связи с несоблюдением права на надлежащее уведомление констатировалось Судом и по ряду гражданских дел (например, «*Yakovlev v. Russia*», «*Groshev v. Russia*», «*Subbotkin v. Russia*», «*Sivukhin v. Russia*» и др.). Так, в деле Яковлева повестка о кассационном рассмотрении дела была направлена заявителю в день заседания суда кассационной инстанции, а получена через 4 дня после заседания. В постановлении по данному делу от 6 июля 2005 года Суд напомнил, что в соответствии с п. 1 статьи 6 право на «публичное слушание» с необходимостью предполагает право на «устное слушание», но право на проведение публичного слушания не является абсолютным. Кроме того, российское процессуальное законодательство предусматривает проведение устного слушания в суде кассационной инстанции, однако присутствие сторон не является обязательным и неявка стороны без уважительных причин, в силу отсутствия надлежащего уведомления, не препятствует проведению судебного заседания. Суд отметил, что данные положения сами по себе не являются несовместимым с п. 1 статьи 6 Конвенции. Однако право на публичное слушание лишилось бы

¹ Chase O., Hershkoff H., Silberman L., Taniguchi Y., Varano V., Zuckerman A. *Civil Litigation in Comparative Context*. Thomson West, 2007. P. 165.

своей сути, если бы сторона по делу не была извещена о слушании таким образом, чтобы иметь возможность присутствовать на заседании в случае, если бы у нее было такое желание. Поэтому в данном деле Суд, с учетом того что заявитель получил повестку о слушании только через 4 дня после самого слушания, а суд кассационной инстанции не исследовал вопрос о надлежащем уведомлении заявителя, установил нарушение права заявителя на публичное заседание, гарантированное п. 1 статьи 6 Конвенции.

К аналогичным выводам Суд пришел и в других делах данной категории. Эти дела немногочисленны, но довольно показательны, так как обнажают одну из серьезнейших проблем современного гражданского судопроизводства в России — проблему надлежащего извещения сторон и свидетельствуют о том, что требуется пересмотреть традиционную и во многом устаревшую процедуру вручения процессуальных документов в российском гражданском процессе.

Попытки решения проблемы надлежащих извещений с помощью новых электронных технологий предпринимаются в арбитражном процессе. Так, статья 121 АПК РФ в редакции, действующей с 1 ноября 2010 года, предусматривает, что лица, участвующие в деле, и иные участники арбитражного процесса после получения первого судебного акта по рассматриваемому делу (который доставляется традиционным способом, т.е. почтовой связью, по месту жительства [месту нахождения] таких лиц) в дальнейшем самостоятельно предпринимают меры по получению информации о движении дела и принимаемых по делу судебных актах, о времени и месте судебного заседания или совершения отдельного процессуального действия; эта информация размещается на официальном сайте арбитражного суда в сети Интернет не позднее 15 дней до начала судебного заседания или совершения отдельного процессуального действия, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом.

Порядок уведомления о слушании

Европейским судом был проанализирован и особый характер процедуры уведомления стороны о судебном заседании, используемый в Конституционном Суде РФ (решение от 6 ноября 2003 года «По вопросу приемлемости жалобы “*Nikolay Dmitrievich Rochka v. Russia*”»). В данном деле заявитель жаловался, среди прочего, на неуведомление о слушании дела с его участием в за-

седании Конституционного Суда РФ. ЕСПЧ отметил, что в деле, в котором рассматривалась жалоба заявителя, в качестве заявителей выступали 2057 нотариусов, 562 индивидуальных предпринимателя, 61 адвокат, 7 фермеров, 15 региональных и межрегиональных общественных организаций инвалидов, а также Всероссийский фонд социально-правовой защиты и реабилитации инвалидов и два суда, обратившихся с запросами о проверке конституционности оспариваемых норм. Конституционным Судом РФ все обращения были объединены в одно производство¹.

Анализируя аргументы заявителя, Европейский суд указал, что заявителю не препятствовали представить свои доводы в устном или письменном виде. Заявитель мог узнать о заседании по его делу из объявлений, которые Конституционный Суд вывешивает на здании, в котором находится, а также публикаций в СМИ. Европейский суд отметил, что не убежден в необходимости личного участия заявителя для формирования мнения Конституционного Суда.

Принимая во внимание характер судебного разбирательства, число лиц, которые имели общий интерес, жалобы которых были объединены в одно производство и рассмотрены на одном судебном заседании, их представительство на заседании, отсутствие необходимости личного присутствия заявителя и уведомление общественности о судебном заседании, Европейский суд не установил, что неуведомление заявителя лично о судебном заседании Конституционным Судом Российской Федерации, лишившее заявителя возможности лично присутствовать на слушании его дела, нарушило права, гарантируемые п. 1 статьи 6 Конвенции².

¹ Речь шла о Постановлении Конституционного Суда РФ от 23 декабря 1999 года № 18-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 1, 2, 4 и 6 Федерального закона от 4 января 1999 года «О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и в фонды обязательного медицинского страхования на 1999 год» и статьи 1 Федерального закона от 30 марта 1999 года «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и в фонды обязательного медицинского страхования на 1998 год» в связи с жалобами граждан, общественных организаций инвалидов и запросами судов».

² Перевод указанного решения ЕСПЧ на русский язык приводится по СПС «Консультант-Плюс».

Таким образом, данное решение ЕСПЧ подтвердило соответствие международным (европейским) стандартам процедуры уведомления заявителей о заседании Конституционного Суда путем размещения «публичного объявления» — в здании КС и в СМИ. В настоящее время такая информация также размещается на официальном сайте Конституционного Суда.

С учетом данного решения ЕСПЧ можно предположить, что процедуры уведомления сторон о судебном заседании, устанавливаемые действующей с 1 ноября 2010 года редакцией АПК РФ, в целом могут рассматриваться как соответствующие современным европейским подходам. Однако в приведенном примере Европейским судом анализировалось соблюдение права на надлежащее извещение для стороны, инициирующей производство. Очевидно, что к реализации аналогичного права ответчика — как стороны, которая лишь узнает о начавшемся в отношении нее судебном процессе, но не инициирует его, — должны предъявляться более строгие требования. Признание соответствия новой процедуры уведомления, закрепленной АПК РФ, Европейской конвенции будет зависеть от реального соблюдения требования «личного вручения» первого судебного акта по делу — именно на этом основании ответчик и иные лица, участвующие в деле, за исключением истца, узнают о начавшемся процессе, который может затронуть их правовое положение.

Равноправие сторон в судебном разбирательстве

Из немногих дел, рассмотренных ЕСПЧ в контексте обеспечения процессуального равноправия сторон, внимания заслуживает дело «*Galich v. Russia*» (постановление от 13 мая 2008 года) об уменьшении размера неустойки судом кассационной инстанции по его собственной инициативе. Хотя само по себе полномочие суда сократить размер неустойки не было названо Европейским судом несовместимым с Конвенцией, ЕСПЧ признал нарушение п. 1 статьи 6 в связи с непредоставлением сторонам возможности быть услышанными по данному вопросу.

Участие прокурора в гражданском деле как нарушение равноправия сторон

Соблюдение процессуального равноправия сторон оценивалось Судом в деле «*Menchinskaya v. Russia*» (постановление от 15 января 2009 года). Решением национального суда были удо-

влетворены требования заявительницы об индексации пособия по безработице, на это решение была подана кассационная жалоба ответчиком — центром занятости, а также принесен кассационный протест прокурором (по правилам статьи 282 ГПК РСФСР), поддержавшим доводы кассационной жалобы. В предшествующей практике Суда сам факт присутствия прокурора или аналогичного ему должностного лица в судебном заседании расценивался — вне зависимости от того, было ли его поведение активным или пассивным, — как нарушение п. 1 статьи 6 Конвенции (постановление по делу *«Martinie v. France»* от 12 апреля 2006 года). В других делах Судом исследовался также вопрос о том, было ли стороне предоставлено право ознакомиться с доводами прокурора и представить свои возражения на них (постановление по делу *«Lobo Machado v. Portugal»* от 20 февраля 1996 года). Однако Суд отметил, что российское дело представляло собой особый случай, поскольку прокурор не присутствовал в заседании суда кассационной инстанции — его протест был направлен заявительнице, она могла представить свои возражения относительно его аргументов. Вместе с тем, поскольку прокурор, рекомендуя удовлетворить или отклонить кассационную жалобу, становится союзником или оппонентом той или иной стороны, его участие создает у другой стороны чувство неравенства, поэтому задачей ЕСПЧ становится определение того, был ли соблюден «баланс прав» сторон.

Анализируя обоснованность участия прокурора в данном деле, Суд, со ссылкой на мнение Комиссии Совета Европы «За демократию через право» (Венецианская комиссия), указал следующее. Сторонами в гражданском судопроизводстве являются истец и ответчик, обладающие равными правами, включая право на оказание юридической помощи. Поддержка прокурором позиции одной из сторон, безусловно, может быть оправданной при некоторых обстоятельствах, например для защиты прав уязвимых групп населения — несовершеннолетних, недееспособных граждан и т.д., которые предположительно не в состоянии защищать свои интересы самостоятельно, или же если каким-либо противоправным поведением затронуты многочисленные группы людей, или же если в защите нуждаются интересы государства. Однако противником заявительницы по данному делу являлся государственный орган (центр занятости), который подал кассационную жалобу на решение суда первой инстанции, ссылаясь на неправильное применение им норм права. Прокурор в своем протесте

привел те же доводы, что и центр занятости. Правительство не привело убедительного обоснования вмешательства прокурора (в виде защиты публичного интереса или иной общественно значимой цели). Суд посчитал, что, хотя у прокурора были законные основания вступить в процесс, в данном деле не было обстоятельств, оправдывающих его вмешательство. Следовательно, сам факт воспроизведения прокурором в его протесте аргументов центра занятости касательно применения норм права судом первой инстанции был направлен не на что иное, как на оказание давления на суд. При этом Европейский суд сослался на Резолюцию ПАСЕ 1604 (2003) о роли прокуратуры в демократическом обществе, основанном на верховенстве права, предусматривающую, что никакая из функций прокуратуры не может порождать конфликт интересов или использоваться как средство удерживания граждан от защиты ими своих прав. В итоге Суд установил нарушение принципа равенства сторон и права на справедливое судебное разбирательство¹.

К подобным же выводам Суд пришел в постановлении по делу «*Korolev v. Russia*» (№ 2) от 1 апреля 2010 года. ЕСПЧ указал, что «тот факт, что аналогичная точка зрения защищается в суде несколькими сторонами, не обязательно ставит оппонента в “существенно неблагоприятное положение” при представлении своего дела. В данном деле должно быть установлено, соблюден ли “беспристрастный баланс”, который должен действовать между сторонами, с учетом участия прокурора в производстве» (п. 29). При этом ЕСПЧ не исключил «возможности того, что поддержка одной из сторон процесса прокурором может быть оправдана в определенных обстоятельствах, например, для защиты людей, которые признаны не способными самостоятельно защищать свои интересы, или когда рассматриваемым правонарушением затрагиваются интересы большого количества лиц, или когда в защите нуждается определенное имущество или интересы государства» (п. 32). Однако Суд не усмотрел никаких конкретных причин, которые оправдывали бы участие прокурора в суде кассационной инстанции по данному гражданскому делу. Суд установил, что простой повтор прокурором доводов ответчика по вопросам права, если только они не преследовали цель оказать влияние на суд, представляется бессмысленным, а следователь-

¹ Обстоятельства дела в изложении Европейского суда переведены М.А. Филатовой.

но, не был соблюден принцип равенства процессуальных возможностей сторон, требующий беспристрастного баланса между сторонами (п. 36)¹.

В то же время в постановлении по делу «*Batsanina v. Russia*» от 26 мая 2009 года Суд пришел к выводу, что участие прокурора не нарушило принципа равенства в данном процессе. Хотя заявительница утверждала, что в ее деле отсутствовала причина, оправдывающая право прокурора на предъявление иска, ЕСПЧ считал, что прокурор действовал в публичных интересах, заявительница и ее муж имели адвоката и представили суду 1-й инстанции письменные и устные замечания; решение прокурора о предъявлении иска было основано на российском законодательстве и не выходило за рамки его дискреционных полномочий о возбуждении дела с учетом конкретных обстоятельств; соответственно, не было оснований полагать, что возбуждением гражданского дела прокурор стремился оказать или оказал ненадлежащее влияние на суд или препятствовал заявительнице в осуществлении эффективной защиты своих интересов. Таким образом, по мнению Европейского суда, принцип равенства процессуальных возможностей сторон судопроизводства, требующий справедливого равновесия между сторонами, в данном деле не был нарушен (п. 27)².

Позиции Суда по указанным делам, безусловно, значимы для российского гражданского судопроизводства. Они заставляют обратить внимание на традиционно высокую активность органов прокуратуры по инициированию гражданских дел, вступлению в уже начавшийся процесс, обжалованию судебных постановлений, а также переосмыслить и изменить тенденцию расширения полномочий прокурора в российском гражданском процессе.

3. Гласность судебного разбирательства

Гласность судопроизводства: содержание и основные компоненты

Позиции Суда, касающиеся содержания требования гласности (публичности) судебного разбирательства, носят достаточно общий характер. Подчеркивая значимость данной гарантии и ее

¹ Перевод постановления по делу «*Korolev v. Russia*» на русский язык осуществлен Аппаратом Уполномоченного РФ при ЕСПЧ.

² Перевод на русский язык: СПС «Консультант-Плюс».

важность для защиты от негласного правосудия, для обеспечения доверия к судам и прозрачности правосудия, Суд достаточно скупно говорит конкретно об открытости судебного заседания для общественности, включая оглашение судебных решений¹. При этом уделяется внимание тем обстоятельствам, которые прямо названы в п. 1 Конвенции как оправдывающие возможность проведения закрытых судебных заседаний (когда этого требуют соображения морали, общественного порядка или национальной безопасности в демократическом обществе, а также интересы несовершеннолетних, или когда это требуется для защиты частной жизни сторон, или — в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо — при особых обстоятельствах, когда гласность нарушала бы интересы правосудия).

Между тем проблема публичности судопроизводства не исчерпывается только обеспечением доступа в судебное заседание. Она конкретизирована, в частности, в документе, который сегодня признан наиболее удачной попыткой гармонизации фундаментальных процессуальных принципов и гарантий, свойственных всем правовым системам, а именно в принятых в 2004 году Американским институтом права (*American Law Institute*) и Институтом унификации частного права (*UNIDROIT*) Принципах трансграничного гражданского процесса (*Principles of Transnational Civil Procedure*)².

Так, Принцип 20 указанного документа — «Публичность судопроизводства» — устанавливает, в частности, следующее:

«20.1. По общему правилу, устные слушания, включая слушания, в которых представляются доказательства и оглашается судебное решение, являются открытыми. На основе консультаций со сторонами суд может распорядиться о проведении всех или части слушаний в закрытом судебном заседании в интересах правосудия, общественной безопасности или охраны частной жизни.

¹ «Прецедентными» решениями Европейского суда по данному вопросу считаются постановления по делам «*Pretto and Others v. Italy*» от 2 декабря 1983 года, «*Engel and others v. the Netherlands*» от 8 июня 1976 года, «*Axen v. Germany*» от 8 декабря 1983 года и др.

² Текст данного документа на английском и французском языках опубликован на официальном сайте УНИДРУА: www.unidroit.org. Перевод Принципов трансграничного гражданского процесса на русский язык опубликован в 2011 году в издательстве «Инфотропик Медиа».

20.2. Судебные дела и протоколы судебных заседаний являются открытыми или должны быть иным образом доступны лицам, имеющим законный интерес или обратившимся с обоснованным запросом об этом в соответствии с законом суда.

20.3. Если судопроизводство является открытым, судья может распорядиться о проведении части его в закрытом судебном заседании в интересах правосудия, общественной безопасности или охраны частной жизни.

20.4. Судебные решения, включая мотивировочную часть, и, по общему правилу, иные судебные постановления должны быть доступными для общественности¹.

Как видно из данного документа, понятие публичности в нем распространено не только на собственно заседания суда, в которых слушаются дела, но и на доступ к материалам судебных дел, протоколам судебным заседаниям — как минимум для лиц, законным образом заинтересованных в ознакомлении с ними, а также на открытость судебных актов для широкого круга лиц. Последнее требование наиболее полно реализуется при опубликовании судебных актов в Интернете.

Как указывает С.Ф. Афанасьев, в теории выделяются несколько форм материализации начала публичности в отношении гражданских правовых споров, подпадающих под судебную юрисдикцию:

- а) открытость гражданского процесса (наличие в зале судебного заседания лиц, участвующих в деле, а также способствующих осуществлению правосудия, и прочих интересующихся; их надлежащее извещение; устное ведение разбирательства; доступность документов);
- б) публичное оглашение и дальнейшее опубликование итоговых правоприменительных постановлений суда (как по конкретному делу, так и различных тематических, статистических обобщений);
- в) прозрачность действий судебной системы для общества (размещение информации о наличии в производстве тех или иных гражданских дел, о дне их предполагаемого слушания, предоставление архивных материалов и др.);

¹ Цит. по: Принципы трансграничного гражданского процесса (Principles of Transnational Civil Procedure). М. : Инфотропик Медиа, 2011.

г) доступность сведений о юридических конфликтах для СМИ¹.

Большинство данных стандартов устанавливаются сегодня и в российском процессуальном законодательстве, либо же их реализация обеспечивается в судебной практике (в частности, путем предоставления средствам массовой информации данных о делах, находящихся в производстве того или иного суда).

Так, статьи 10 ГПК РФ, 11 АПК РФ закрепляют общий принцип гласности судебного разбирательства, устанавливая открытый порядок разбирательства дел в судах, с исключениями, сделанными для дел, содержащих сведения, составляющие государственную тайну, тайну усыновления (удочерения) ребенка, по другим делам — если это предусмотрено федеральным законом, а также при удовлетворении ходатайства лица, участвующего в деле и ссылающегося на необходимость коммерческой, служебной или иной охраняемой законом тайны или иные обстоятельства.

В этом контексте представляется естественным, что практика Суда по российским делам весьма немногочисленна. Единственное постановление, в котором Суд констатировал нарушение п. 1 статьи 6 в связи с ограничением доступа в зал судебного заседания, было вынесено по делу *«Zagorodnikov v. Russia»* от 7 июня 2007 года, которое касалось рассмотрения Арбитражным судом г. Москвы дела о заключении мирового соглашения между банком «Российский кредит» и его кредиторами. Тогда доступ в зал заседания суда был необоснованно ограничен в связи с потенциально большим числом кредиторов (граждан — вкладчиков банка), участвовавших в деле. Данный случай можно отнести скорее к эксцессу суда, нежели к сложившейся практике.

Доступ к материалам судебных дел

Не нашел пока своего безусловного воплощения в российском праве такой стандарт публичности судебного разбирательства, как доступ к материалам судебных дел, протоколам судебных заседаний для лиц, не участвующих в деле, но имеющих оправданный интерес к ознакомлению с такими материалами. В то же время очевидно, что такой доступ и не может быть неограниченным, так как несет в себе риск определенных негатив-

¹ См.: Афанасьев С.Ф. Указ. соч. С. 208.

ных последствий и нарушения прав лиц, участвующих в деле, вследствие чрезмерной открытости информации о материалах, рассмотренных с их участием.

В целом практику Европейского суда, касающуюся соблюдения требования публичности в судебном разбирательстве, трудно назвать обширной. Речь идет лишь о нескольких постановлениях и решениях, но в них поставлены проблемы, которые можно назвать типичными для российской правовой системы.

Так, в деле «*Ryakib Biryukov v. Russia*» (постановление от 17 января 2008 года) Суд констатировал, что гражданское процессуальное законодательство России «упоминает только участников процесса и их представителей как лиц, имеющих право знакомиться с мотивированным решением, изготовленным после публичного оглашения резолютивной части. Обязательное вручение копии решения ограничивается вручением сторонам и другим участникам процесса. Соответствующие же правила передачи судебных решений в канцелярию суда ограничивают общественный доступ к текстам решений. Такой доступ обычно предоставлялся только сторонам и другим участникам процесса»¹. Соответственно, ЕСПЧ пришел к выводу, что контроль за правосудием со стороны общественности не был достигнут в настоящем деле, и установил нарушение п. 1 статьи 6 Конвенции в части обеспечения гласности судебного заседания.

Между тем практика оглашения в судебном заседании лишь резолютивной части выносимого акта, с дальнейшим получением решения в полном объеме лицами, участвующими в деле, типична для российских судов общей юрисдикции. Если в арбитражных судах уже введена система опубликования в открытом доступе в Интернете всех выносимых по существу дела актов, то в судах общей юрисдикции процесс перевода всего массива судебных постановлений в открытое информационное пространство пока далек от завершения. Вместе с тем постепенное движение в этом направлении дает основания полагать, что достижение полной открытости всех актов, выносимых по существу в системе судов общей юрисдикции, является вопросом времени, а также технических и финансовых возможностей судебной системы. Как показывает опыт арби-

¹ Цит. по: Афанасьев С.Ф. Указ. соч. С. 223.

тражных судов, данная цель может быть достигнута во вполне обозримые сроки.

С точки зрения указанного постановления Европейского суда необходимо изменить всю процедуру опубликования судебных постановлений, чтобы обеспечить доступ к основной информации, установленной решениями, как для участников процесса (что вытекает непосредственно из совокупности предоставленных им процессуальных прав), так и для широкой общественности — что само по себе и обеспечивает один из компонентов публичности судебного разбирательства.

Хронологически именно после принятия данного постановления ЕСПЧ был принят Федеральный закон от 22 декабря 2008 года «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации», вступивший в силу с июля 2010 года и предусматривающий создание информационных ресурсов (официальных сайтов) всех судов общей юрисдикции — для информирования общественности об организации и результатах деятельности судов, а также для получения заинтересованными лицами по их запросам иной информации. Предусмотренное законом создание такого информационного пространства еще не завершено.

*Протокол судебного разбирательства:
его качество и доступность*

Средством обеспечения открытого характера судебного разбирательства, существенно влияющим и на качество правосудия, является надлежащее ведение и доступность протокола судебного разбирательства.

В различных правовых системах используются разные способы фиксации хода судебного разбирательства. Поэтому, скажем, термин *records* в странах англосаксонского права, в особенности в США, где на протяжении нескольких веков обеспечивается дословная запись — стенографирование — всего судебного заседания, неэквивалентен значению термина *протокол* в российском гражданском процессе, где протокол ведется секретарем судебного заседания в рукописной форме и не имеет целью дословную фиксацию судебного разбирательства. Во многих странах используется аудио- и/или видеозапись, переводимая в текстовую форму на бумажных носителях полностью или в части — либо по указанию суда (за счет бюджета), либо по заказу участника

процесса (за соответствующую плату)¹. С введением в России в 2010 году обязательного порядка аудиозаписи в арбитражном процессе протокол судебного заседания используется вместе с аудиозаписью, на что прямо указывается в статье 155 АПК РФ («В ходе каждого судебного заседания арбитражного суда первой инстанции, а также при совершении отдельных процессуальных действий вне судебного заседания ведется протоколирование с использованием средств аудиозаписи и составляется протокол в письменной форме»), но в гражданском процессе он по-прежнему остается единственным способом фиксации. При этом использование протокола, согласно части 2 той же статьи 155, является дополнительной гарантией отражения основных данных о судебном заседании, таких как время и место его проведения, информация о рассматриваемом деле, протокольные определения, принимаемые судом, устные заявления и ходатайства лиц, участвующих в деле.

Проблема полноты протоколирования и открытости протоколов судебных заседаний может быть снята путем повсеместного, т.е. также в судах общей юрисдикции, введения аудиозаписи (что будет в значительной мере способствовать повышению объективности отражения хода судебного заседания, а значит, и повышению качества выносимых судебных актов). С внедрением обязательного использования технических средств для записи судебных заседаний степень обеспечения их открытости была бы значительно повышена.

С публичностью судебного разбирательства связано и требование своевременного уведомления заявителей о времени и месте судебного заседания. Анализ российских дел данной категории в практике Европейского суда был дан выше в контексте права представить свои объяснения (в разделе «Состязательный характер процесса и равенство процессуальных возможностей сторон»). Здесь же следует повторить, что обеспечение в РФ надлежащего извещения участников процесса требует принятия срочных организационных и процедурных мер, чтобы общепризнанный, устанавливаемый Конвенцией и основополагающими принципами европейского права стандарт был достигнут и в этом элементе принципа открытого правосудия.

¹ О различных способах фиксации хода судебного заседания см. комментарий к Принципу 20 в: Принципы трансграничного гражданского процесса.

§ 3. ОТМЕНА ВСТУПИВШИХ В ЗАКОННУЮ СИЛУ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ

1. Производство по пересмотру судебных постановлений в порядке надзора и эволюция его оценки Европейским судом по правам человека

ЕСПЧ констатирует значительное количество нарушений Конвенции со стороны России в связи с национальной процедурой отмены вступивших в законную силу судебных решений, что позволяет охарактеризовать данную проблему как имеющую системный характер. Однако далеко не всегда российская юридическая общественность, в том числе правоприменители, однозначно и конструктивно воспринимают сложившуюся практику Европейского суда по данному вопросу, а названные механизмы пересмотра судебных актов в национальной правовой системе оцениваются как фундаментальные ее особенности, не подлежащие серьезной корректировке в силу их обусловленности российским контекстом¹.

Сближение процессуальных принципов различных правовых систем по вопросам пересмотра судебных актов

Однако именно на фоне характерных для различных стран особенностей их правовых систем, обусловленных национальными традициями, уровнем экономического развития, социокультурным своеобразием общества, имеет важнейшее значение факт сближения процессуальных принципов, в том числе в отношении таких проблем, решение которых на национальном уровне ранее представлялось незыблемым².

¹ Так, Д.Я. Малешин в автореферате диссертации на соискание ученой степени д. ю. н. в качестве одного из положений, выносимых на защиту, приводит следующее: «Позиция Европейского суда по правам человека о неэффективности российского производства в порядке надзора вследствие его несоответствия распространенной за рубежом теории “рес юдиката” (res judicata) является неоднозначной, применение ее в полном объеме в российских социокультурных условиях затруднительно». См.: Малешин Д.Я. Гражданская процессуальная система России : Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011.

² Например, это отчетливо проявляется в повышении активности суда (как в процессе доказывания, так и в управлении процессом ведения дела) в судопроизводстве стран англосаксонского права, традиционно отличавшихся

Это сближение во многом обусловлено общностью проблем, возникающих в современном глобализированном мире, в первую очередь в экономических отношениях, наименее подверженных зависимости от национальных границ, и поиском наиболее целесообразных — и наиболее эффективных в условиях схожего алгоритма развития социально-экономических отношений — путей решения этих проблем. В то же время некоторые исторически присущие тем или иным системам институты в современных, изменившихся условиях оказываются менее эффективными, что требует если не полного отказа от них, то хотя бы значительной корректировки в соответствии с изменившимися целями судопроизводства, а также с приоритетами, которыми должен руководствоваться законодатель при их реализации. Это меняет запрос на параметры существующей системы правосудия.

Авторы одного из наиболее глубоких сравнительных исследований основных особенностей судопроизводства в социалистических странах — Мауро Капелетти и Брайан Гарт — отмечали, что идеологические различия между социалистическими и западными странами, возможно, нигде так не очевидны, как в положениях, регулирующих пересмотр судебных актов в большинстве восточноевропейских стран. Исследователи указывали, в частности, на два основных принципа, характерных для социалистического права в данной области: 1) вышестоящий суд не связан доводами сторон, изложенными в жалобе; 2) право апелляционного обжалования предоставлено как частным сторонам, так и публичным органам¹.

В свою очередь, данные принципы были обязаны своим существованием другим характерным особенностям судопроизводства в странах социалистического блока, а именно широкому контролю государства и преобладающему социальному (публичному) интересу при разрешении судами дел частноправового характера².

«пассивной» ролью суда и судей; во введении элементов доказывания, свойственных странам общего права, в процессуальные системы континентального права (раскрытие доказательств, санкции в виде судебных расходов) и т.д.

¹ См.: Cappelletti M., Garth B. Vol. XVI «Civil Procedure» of the International Encyclopedia of Comparative Law // Chapter I. Introduction — Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure. Tübingen, 1987. P. 20.

² Ibid. P. 22.

*Преобладание публичных интересов
над частными в гражданском судопроизводстве
социалистического типа*

Отличия, прежде всего идеологического характера, в регулировании взаимоотношений государства и индивида, в том числе в объеме вмешательства государства в частные правоотношения, обусловили и разные подходы к системе инстанций, осуществляющих пересмотр судебных актов. Как известно, в традиционных процессуальных моделях структура инстанций обычно состоит из трех, реже из двух уровней. Первая инстанция, которая иногда «расщепляется» на два уровня юрисдикции — для рассмотрения простых дел и дел на небольшую сумму и для всех остальных, несет нагрузку по рассмотрению дел по существу. Вторая инстанция, как правило, носит название апелляционной и служит для пересмотра решений, не вступивших в законную силу. Третья инстанция в зависимости от вида процессуальной системы может выполнять функции апелляционной инстанции, кассационной или ревизионной¹.

Третья судебная инстанция

Общей для всех моделей деятельности третьей инстанции, функции которой, как правило, возложены на высший судебный

¹ Данная типология применительно к континентальной правовой системе была изложена, например, Е.В. Васьковским в его «Учебнике гражданского процесса» (гл. I, § 12 «Инстанционная система». М.: Зерцало, 2003). Указанные судоустройственные модели в современной процессуальной науке выделены, в частности, в следующих исследованиях: Jollowicz J.A. Recourse against Civil Judgements in the European Union: A Comparative Survey: Introduction / J.A. Jollowicz, C.H. Van Rhee (eds.) // Recourse against Judgements in the European Union. Civil Procedure in Europe 2. Kluwer Law International, 1999. P. 2; Geeroms S. Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis. Oxford University Press, 2004. P. 253—255; Eadem. Comparative Law and Legal Translation: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal Should Not Be Translated... // American Journal of Comparative Law. 2002. Vol. 50. P. 203—205; Herzog P.E., Karlen D. Attacks on Judicial Decisions // International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XVI. Civil Procedure. Chapter 8. P. 3. Анализ данных работ в российской правовой литературе был дан, в частности, в статье М.А. Филатовой «Окончательный пересмотр судебных решений в европейских странах: основные модели и тенденции развития» (Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2006. № 5. С. 272—291). Современным российским исследованием, затрагивающим вопросы типологии систем пересмотра, является работа Е.А. Борисовой «Проверка судебных актов по гражданским делам» (М.: Городец, 2006. С. 195—206).

орган государства, в современных правовых системах является функция обеспечения правильного и единообразного применения судами норм права — через отмену решений по конкретным делам, отбираемым по дискреционному принципу самим высшим судом исходя из того, какие дела, по его мнению, могут иметь наибольшее значение для обеспечения развития права и его единообразия.

При этом наблюдается сближение в деятельности судов третьей, высшей, инстанции в странах континентального права, где они создавались изначально для реализации этих функций, и в странах англосаксонского (в первую очередь английского) права, где высшие судебные органы традиционно выполняли функции апелляции, т.е. их деятельность была направлена главным образом на исправление ошибок, допущенных нижестоящими судами, — как в вопросах права, так и в вопросах факта. В современных условиях, благодаря общим процессам сближения правовых систем, данные органы все больше становятся органами «обобщения» права и обеспечения его единообразия, как это исторически было свойственно странам континентальной Европы¹. При этом, несмотря на бесспорный публичный интерес (в первую очередь интерес государства) к обеспечению единообразия судебной практики, определяющей для формирования последней является воля тяжущихся сторон к обжалованию судебных решений. Как правило, в тех исключительных случаях, когда право оспаривания судебных актов в высшем судебном органе предоставлено каким-либо должностным лицам, в деле не участвовавшим (обычно это должностные лица прокуратуры), имеет место так называемая платоническая кассация, подразумевающая право генерального прокурора в случае, если ни одна из сторон не обратилась с кассационной жалобой на вынесенное решение, обратиться с «представлением в интересах права»² о его отмене. Такое обращение возможно, если решение нарушает нормы материального права или фундаментальные процессуаль-

¹ Об этом см. подробнее: Jollowicz J.A. Recourse against Judgements in the European Union. P. 3.

² В новом ГПК Франции такое обращение называется *le pourvoi dans l'interet de la loi*, в итальянском ГПК — *ricorso nell'interesse della legge*, в ГПК Нидерландов — *cassatie in het belang der wet*. В отношении последнего более подробно см.: Hartog Jager W.H.B., den. *Cassatie in het belang der wet: eet buitengewoon rechtsmiddel*. Arnhem, 1994. (Ссылка приводится по изд.: Recourse against Civil Judgements in the European Union. Civil Procedure in Europe 2. P. 240).

ные принципы. Если в результате такого обращения прокурора решение будет отменено, то отмена не затронет установленное решением правовое положение сторон, в отношении которых решение сохраняет свою силу *res judicata*¹. Цель такой отмены единственно исключение решения из массива актов, имеющих прецедентное значение, и указание нижестоящим судам (на будущее) на неправильное применение и толкование закона в данном конкретном случае².

*Основные виды процедур по пересмотру
судебных актов в мировой практике*

Современное понимание функций высшего судебного органа как направленных на защиту и развитие права, обеспечение его единообразного толкования и применения, рассмотрение дел, имеющих особую общественную значимость (публичный интерес), выражено также в общеевропейских документах, в частности в Рекомендации Комитета министров Совета Европы № R (95) 5 от 7 февраля 1995 года относительно введения в действие и улучшения функционирования систем и процедур обжалования по гражданским и торговым делам. В частности, в п. «с» статьи 7 данного документа установлено: «Обжалование в суд третьей инстанции должно использоваться лишь в случаях, заслуживающих третьего судебного рассмотрения, например по делам, которые необходимы для развития права или его единообразного толкования. Оно может также ограничиваться случаями, когда дело затрагивает вопрос права, имеющий общественную значимость»³.

В социалистических странах, в первую очередь в Советском Союзе, задававшим определенную матрицу развития права во всех странах данного блока, задачи третьей судебной инстанции понимались иначе. Отказавшись от традиционных для европейских стран кассационной и ревизионной моделей ее деятельности, законодатель создал абсолютно новую форму проверочной

¹ См. статью 363, § 2, ГПК Италии; статьи 1089—1090 ГПК Бельгии. О соответствующих полномочиях прокурора во французском процессе см.: *Droit et pratique de la procedure civile*. Sous la direction de Serge Guinchard. Dalloz Action, 1999. P. 1284—1285.

² См., например: Barsotti V., Varrano V. *National Report // Recourse against Civil Judgements in the European Union*. P. 219.

³ Перевод М.А. Филатовой.

деятельности для вступивших в законную силу судебных решений — производство по пересмотру судебных постановлений в порядке надзора (далее также — надзорное производство)¹.

Хотя формально обеспечение единообразия судебной практики также указывалось в качестве задачи деятельности высшего судебного органа, особенно в поздний период развития советского права, все-таки основная цель данной процедуры виделась в исправлении судебных ошибок. Создание данного института было обусловлено в том числе потребностью в механизме, позволяющем в течение неограниченного срока исправлять допущенные нижестоящими судами ошибки в исследовании фактических обстоятельств (или пробелы в таком исследовании), и задачей надзорного производства фактически стала проверка и законности, и обоснованности вступивших в законную силу судебных актов с целью исправления обнаруженных в них существенных ошибок².

Идеологическая обусловленность данного института, направленного, как и все течение судопроизводства, на достижение объективной истины, и преобладание публичных интересов над частными в регулировании гражданского судопроизводства объясняют и отступление от принципа диспозитивности при регулировании надзорного производства (протест мог приноситься только должностными лицами прокуратуры и суда, не участвовавшими в деле, зачастую вне зависимости от обращения сторон об обжаловании вынесенных судебных решений), и «многоступенчатую» структуру надзорного производства, в соответствии с ГПК РСФСР 1964 года состоявшую из трех уровней³, и наделение суда надзорной инстанции полномочиями по проверке дела

¹ Об истории создания института производства в порядке надзора см., в частности: Борисова Е.А. Проверка судебных актов по гражданским делам. М.: Городец, 2005. С. 178—192.

² См., в частности: Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 7. На фактическое совпадение оснований для пересмотра судебных постановлений в порядке надзора с кассационными указывал также В.К. Пучинский в монографии «Пересмотр судебных постановлений в порядке надзора в советском гражданском процессе» (СПб.: Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та: Изд-во юрид. ф-та СПбГУ, 2007), которая, к сожалению, увидела свет только после ухода из жизни этого замечательного ученого.

³ Эти уровни, закрепленные в статье 320 ГПК РСФСР 1964 года, в целом совпадают с нынешним устройством надзорных инстанций в судах общей юрисдикции (статья 377 ГПК РФ).

в полном объеме, невзирая на доводы протеста как по имеющимся в деле, так и по дополнительно представленным материалам (статья 49 Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик)¹, и, наконец, отсутствие сроков, в течение которых решение, вступившее в законную силу, могло быть опротестовано и отменено в порядке надзора. Это могло произойти и спустя несколько лет после того, как решение вступило в законную силу и даже было исполнено.

После перехода к рыночным отношениям все правовые системы подверглись радикальным изменениям, выбрав разные парадигмы дальнейшего развития. Российское гражданское судопроизводство вплоть до принятия в 2002 году новых процессуальных кодексов — Гражданского процессуального и Арбитражного процессуального довольствовалось изменениями путем модификации действовавшего ГПК РСФСР 1964 года. Хотя в 1991—2002 годах были проведены некоторые значительные реформы гражданского процесса (в частности, был возрожден институт мировых судей с введением апелляционной проверки их решений, институты заочного и приказного производства, изменены подходы к закреплению принципа состязательности, роли суда и сторон в процессе), они практически не коснулись надзорного производства, основные черты которого сформировались еще в советский период. Это многочисленность инстанций, осуществлявших функции надзора; неограниченность сроков для оспаривания судебных решений; предоставление полномочий для оспаривания решений не сторонам процесса, а должностным лицам прокуратуры и суда, не участвовавшим в деле; неопределенность и широта оснований для отмены вступивших в законную силу судебных постановлений в порядке надзора. Таким образом, после перехода страны к новому укладу экономических отношений, в условиях продолжающейся правовой реформы и даже после вступления России в Совет Европы в течение 10 лет надзорное производство практически не менялось.

*Оценка российского производства
в порядке надзора ЕСПЧ*

Именно в этот период принимаются первые постановления Европейского суда, касающиеся отмены вступивших в законную

¹ См.: Комиссаров К.И. Указ. соч. С. 56.

силу судебных постановлений в порядке надзора. В этих базовых постановлениях четко прослеживается основной подход ЕСПЧ, выводимый из положений Конвенции и получивший дальнейшее развитие в последующей практике Суда по данной категории дел. Кратко его можно выразить следующим образом: отмена вступившего в законную силу судебного решения возможна только в исключительных обстоятельствах. В свою очередь, этот фундаментальный подход обосновывается Судом ссылкой на принцип верховенства права, закрепленный в Преамбуле Конвенции («Правительства, подписавшие настоящую Конвенцию, являющиеся членами Совета Европы... преисполненные решимости, как Правительства европейских государств, движимые единым стремлением и имеющие общее наследие политических традиций, идеалов, свободы и верховенства права... согласились о нижеследующем...»)¹.

Первым постановлением, в котором были сформулированы основные позиции ЕСПЧ по данному вопросу, было постановление по делу «*Brumaresku v. Romania*» 1999 года, в котором Суд указал, в частности, следующее:

«61. Право на справедливое судебное разбирательство, как оно гарантируется Статьей 6 § 1 Конвенции, должно истолковываться в свете преамбулы Конвенции, которая устанавливает, среди прочего, что принцип верховенства права является общим для подписывающих Конвенцию Государств. Один из фундаментальных аспектов правовой нормы — принцип правовой определенности, который означает, в частности, что, если суд вынес окончательное решение, то оно не должно быть подвергнуто сомнению.

Правовая определенность предполагает уважение принципа *res judicata*, то есть принципа недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела».

Итак, в основе обширной практики Суда в отношении отмены вступивших в законную силу судебных постановлений лежат два фундаментальных принципа европейского права, тесно связанных между собой: принцип верховенства права и принцип правовой определенности.

Первым «российским» делом, в котором Суд рассматривал вопросы отмены вступивших в законную силу судебных по-

¹ См. также: Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 169.

становлений, стало дело «*Рябых (Riabykh) против России*» (постановление от 24 июля 2003 года). Оно активно освещалось в российской литературе не только потому, что было первым из российских дел данной категории, но и потому, что в нем наиболее ярко проявились характерные особенности существовавшей на тот момент в гражданском процессе системы судебных инстанций.

Как известно, исковые требования заявительницы рассматривались судом первой инстанции шесть (!) раз; соответственно, пять раз дело направлялось вышестоящими судами на новое рассмотрение в суд первой инстанции. Причем на разных стадиях решение отменялось судом как кассационной, так и надзорной инстанции (президиумом областного суда и Судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда РФ). В общей сложности дело находилось на рассмотрении в разных обычных судебных инстанциях около пяти лет, с 30 декабря 1997 года (дата вынесения первого решения по существу дела) до 16 июля 2002 года (дата рассмотрения кассационной жалобы ответчика Белгородским областным судом). В порядке надзора судебные постановления низших судов, вынесенные в пользу заявителя, проверялись по протестам должностных лиц Белгородского областного суда (его председателя) и Верховного Суда РФ (заместителя председателя суда) и были отменены по такому основанию, как неправильное, по мнению суда надзорной инстанции, толкование нижестоящими судами норм права.

В постановлении Европейского суда по данному делу воспроизведены позиции, сформулированные им ранее по делу «*Brumaresku v. Romania*»: «Полномочие вышестоящего суда по пересмотру дела должно осуществляться в целях исправления судебных ошибок и неправильного отправления правосудия, а не пересмотра по существу. Пересмотр не может считаться скрытой формой обжалования, в то время как одно лишь наличие двух точек зрения по одному вопросу не может являться основанием для пересмотра. Отступления от этого принципа оправданны, только когда являются обязательными в силу обстоятельств существенного и непреодолимого характера». В то же время основания для отмены решения, примененные судом надзорной инстанции, а именно неправильное истолкование нижестоящим судом норм материального права, к «обстоятельствам существенного и непреодолимого характера», по мнению Европейского суда, отнести нельзя.

Кроме того, Суд особо подчеркнул, что в деле Рябых пересмотр судебного решения, вынесенного в пользу заявительницы, в порядке надзора был инициирован должностным лицом — председателем Белгородского областного суда, т.е. лицом, которое не являлось стороной по делу; осуществление данного полномочия не было ограничено по времени, так что судебные постановления могли быть оспорены на протяжении неопределенного срока. Все обозначенное в совокупности привело к выводу Суда о нарушении п. 1 статьи 6 Конвенции.

Такие выводы были многократно повторены и в других рассмотренных Судом делах данной категории.

*Допустимые основания отмены национальными судами
судебных актов в надзорном порядке*

Нарушение Конвенции в подобных делах, таким образом, обусловлено несколькими факторами. Это и порядок инициирования надзорного производства по обращению должностного лица, не участвовавшего в деле; и возможность неоднократного обжалования вступивших в законную силу судебных постановлений (т.е. множественность судебных инстанций); и неопределенность срока, отведенного на обжалование (в ГПК РСФСР 1964 года, напомним, такой срок вообще не был установлен); наконец, неопределенность оснований для отмены в данной процедуре судебных решений, приводящая к возможности такой отмены по «ординарным» основаниям, не оправдывающим отступление от принципа правовой определенности. Таким образом, критерии, примененные Европейским судом для оценки соответствия российского надзорного производства по гражданским делам Конвенции, схематично отражают основные отличия систем обжалования и пересмотра в странах традиционной европейской демократии и в странах социалистического блока, сохранивших некоторые из этих отличий и после смены политических режимов.

Вопрос о допустимых основаниях для отмены вступивших в законную силу судебных решений является, пожалуй, наиболее сложным и неопределенным в практике Суда. Применительно к процедурам пересмотра вступивших в законную силу судебных актов действие правовой определенности, по мнению ЕСПЧ, должно проявляться в возможности отмены таких актов только для исправления фундаментальных ошибок, но не для простого

пересмотра дела и принятия нового решения. Вступившее в законную силу судебное решение может быть отменено лишь в исключительных обстоятельствах, каковым не является необходимость получения другого решения по делу («*Parolov v. Russia*» от 14 июня 2007 года, «*Pshenichny v. Russia*» от 14 февраля 2008 года, «*Sipchenko v. Russia*» от 1 марта 2007 года и др.)¹.

Новые и вновь открывшиеся обстоятельства как основание для пересмотра вступивших в силу судебных актов

В каких же случаях допускается правомерное отступление от принципа правовой определенности, т.е. какие обстоятельства могут быть признаны исключительными? Прежде всего, такой случай установлен статьей 4 Протокола № 7 к Конвенции. Данная статья допускает возможность повторного рассмотрения уголовного дела, в рамках которого лицо уже было окончательно оправдано или осуждено, если имеются сведения о новых или вновь открывшихся обстоятельствах или если в ходе предыдущего разбирательства были допущены существенные нарушения, повлиявшие на исход дела.

Данную позицию, сформулированную применительно к уголовному судопроизводству, Суд распространил и на гражданские дела: согласно практике ЕСПЧ отступление от принципа правовой определенности возможно в некоторых обстоятельствах для исправления «существенного нарушения» (*fundamental defect*) или «ненадлежащего отправления правосудия» (*miscarriage of justice*) (постановление по делу «*Sutyazhnik v. Russia*» от 23 июля 2009 года, п. 35).

Вместе с тем очевидно, что во всех перечисленных случаях использованные Судом критерии являются оценочными («существенные нарушения», «фундаментальные нарушения», «ненадлежащее отправление правосудия») и могут по-разному интерпретироваться в разных правовых системах. В практике Суда не сформулировано более четких, универсальных и объективных критериев «фундаментальности», «существенности» нарушений, которые могут привести к отмене вступивших в законную силу судебных актов, хотя именно это основной вопрос для государства, устанавливающего основания для отмены вступивших в законную силу судебных актов в экстраординар-

¹ Перечень постановлений приведен по изд.: Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 170.

ных процедурах и желающего обеспечить соответствие этих оснований Конвенции.

В каждом связанном с отменой судебных решений деле ЕСПЧ определяет, в какой степени основания для отмены решения соответствуют указанным исключительным обстоятельствам и насколько отступление от принципа правовой определенности оправдано этими обстоятельствами. В контексте уголовного судопроизводства примером такой оценки могут служить постановления по делу «*Radchikov v. Russia*», по гражданским делам — «*Protsenko v. Russia*», «*Tishkevich v. Russia*». В деле «*Pshenichny v. Russia*» ЕСПЧ привел примеры тех нарушений фундаментального порядка, которые могут оправдать отступление от принципа правовой определенности при отмене вступивших в законную силу судебных решений, — это юрисдикционные ошибки, серьезные нарушения судебной процедуры или злоупотребления полномочиями (п. 26 постановления от 14 февраля 2008 года)¹.

*Понятие существенных ошибок как основания пересмотра
судебных актов, вступивших в законную силу*

Ошибки в определении подсудности, грубые процессуальные нарушения или злоупотребления полномочиями согласно практике Суда могут, в принципе, рассматриваться как «существенные нарушения» (*fundamental defects*), исправление которых возможно в порядке надзорного производства («*Luchkina v. Russia*» от 10 апреля 2008 года, п. 21). Однако и в этом случае Суд решает, может ли данное нарушение оправдать пересмотр решения, ставшего *res judicata*, с учетом фактических обстоятельств дела. Например, в деле «*Sutyazhnik v. Russia*» основанием для отмены в порядке надзора вступившего в законную силу решения арбитражного суда, вынесенного в пользу заявителя, явилась неподведомственность дела рассмотревшему его суду. Европейский суд, подтвердив, что, в принципе, правила подсудности (подведомственности) должны соблюдаться, не нашел в рассматриваемом деле «никакой настоящей общественной необходимости, которая оправдывала бы отступление от принципа правовой определенности. Судебное решение было отменено [на национальном уровне] скорее во имя правового пуризма, чем для того, чтобы исправить ошибку, имеющую фундаментальное значение

¹ См.: Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 170.

для судебной системы»¹. ЕСПЧ признал отмену вступившего в законную силу судебного решения мерой, несоразмерной допущенному отступлению (от правил подсудности), и отметил, что с учетом обстоятельств дела должно было возобладать уважение принципа правовой определенности.

В деле *«Tishkevich v. Russia»* Суд признал оправданной отмену судебного решения в порядке надзора на том основании, что ответчик не был надлежащим образом извещен о времени и месте судебного заседания. Отсутствие надлежащего извещения было расценено Судом как фундаментальное нарушение права на справедливое судебное разбирательство, а именно как отступление от принципа состязательности.

С точки зрения соотношения обстоятельств, которые могут или не могут выступать в качестве «фундаментальных нарушений», оправдывающих отмену вступивших в законную силу судебных решений, интерес представляет постановление Суда от 29 июля 2010 года по делу *«Streltsov and other “Novocherkassk military pensioners” v. Russia»*. Данное дело имело сложный фактический состав: Суд «принял решение о необходимости исполнения вступивших в законную силу решений российских судов, которыми заявителям была присуждена задолженность, образовавшаяся из-за того, что при расчете пенсий не было учтено повышение минимального размера оплаты труда в 1995—1998 годах и (или) увеличение пайковых. По той причине, что судебные решения в отношении одних заявителей оставались неисполненными в течение длительного времени, а затем и вовсе были отменены при пересмотре в порядке надзора в нарушение права на доступ к суду и принципа правовой определенности, а в отношении других заявителей были исполнены, но со значительной задержкой, Европейский суд по правам человека собственным постановлением обязал выплатить, т.е. присудил первым те суммы, которые они должны были бы получить в результате исполнения решений, проиндексировав их надлежащим образом, а вторым — возмещение потерь покупательной способности рубля за время, пока решения оставались неисполненными. Кроме того, Страсбургский Суд присудил каждому заявителю по 2000 евро в возмещение морального вреда, причиненного выявленными им нарушениями

¹ Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2009. № 11.

статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и статьи 1 Протокола № 1 к ней»¹.

В данном деле, как и во многих других, власти Российской Федерации ссылались на наличие при рассмотрении дела «фундаментальных нарушений», которые и послужили основанием для отмены решений по делам заявителей. В качестве таких «фундаментальных нарушений» указывались нарушения нижестоящими судами норм материального права, а также нарушение подсудности в ряде дел. Европейский суд оценил данные аргументы властей следующим образом: «В ответ на заявление представителей властей государства-ответчика о том, что судом первой инстанции были нарушены нормы материального права, Европейский суд по правам человека со ссылкой на свои Постановления по делам “*Dovguchits v. Russia*”, жалоба № 2999/03 от 07 июня 2007 года (п. 30), и уже упомянутое “*Kot v. Russia*” (п. 29) повторил, что само по себе несогласие одной из сторон в процессе с решением нижестоящего суда в отсутствие “фундаментальных нарушений” не свидетельствует о возможности отмены вступившего в законную силу судебного решения. Страсбургский Суд также не придавал значения утверждению властей Российской Федерации, что о несправедливости судебного разбирательства свидетельствовало рассмотрение судьей в течение всего двух дней более двух сотен дел с вынесением аналогичных решений, так как суд надзорной инстанции никоим образом не упомянул данное обстоятельство в качестве основания их отмены. Однако Европейский суд по правам человека тщательно рассмотрел аргумент властей Российской Федерации, заявивших, что судебные решения были вынесены с нарушением правил подсудности, отметив, что данное обстоятельство в ряде случаев может свидетельствовать о “фундаментальности нарушения”»².

Вместе с тем в этом конкретном деле признанию указанного нарушения в качестве правомерного и достаточного основания для отмены судебного решения препятствовало то, что данное нарушение могло быть исправлено в ординарном порядке судом второй (в данном случае кассационной) инстанции. Однако во многих из дел заявителей ответчики (в качестве которых выступали военные комиссариаты) либо вообще не обжаловали выне-

¹ Цит. по: <http://europeancourt.ru/?p=3289>.

² Там же.

сенные решения судов первой инстанции, либо подали кассационные жалобы, но не стали их поддерживать в дальнейшем, либо предпочли воспользоваться надзорным порядком пересмотра, «который является исключительным средством правовой защиты». Наконец, более чем по 30 делам надзорные жалобы были поданы за пределами годичного срока, предусмотренного для этого российским процессуальным законодательством. Конечно, ответчик попросил восстановить пропущенный срок на обжалование судебных решений в порядке надзора, указав, что ему не было известно о таковых, и суд надзорной инстанции восстановил срок. Однако Европейский суд по правам человека отметил, что в данном случае он вынужден не согласиться с оценкой обстоятельств рассматриваемых дел национальным судом. Представители властей Российской Федерации не оспаривали, что в сентябре — октябре 2004 года все заявители предъявили ответчику исполнительные листы, выданные на основании судебных решений, принятых в августе — сентябре 2004 года, а в ряде случаев военный комиссариат даже обжаловал судебные решения в кассационном порядке, хотя и отозвал впоследствии свои жалобы без объяснения причин. При таких обстоятельствах Страсбургский суд не согласился с тем, что ответчику не было известно о принятых судебных решениях.

Таким образом, ЕСПЧ пришел к выводу, что справедливый баланс между правами заявителей и интересами надлежашего отправления правосудия был нарушен: «Принцип юрисдикции должен соблюдаться, однако факты рассматриваемых 87 дел не свидетельствуют о наличии оснований для отхода от принципа правовой определенности, в частности, по той причине, что ответчик не прибег вовремя к обычным средствам правовой защиты».

На основании этого Суд констатировал, что, удовлетворив надзорные жалобы военного комиссариата и отменив вступившие в законную силу судебные решения в пользу первоначальных заявителей, «Президиум Ростовского областного суда нарушил принцип правовой определенности и право заявителей на доступ к суду, гарантированное им пунктом 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод»¹.

Вышеприведенное постановление ЕСПЧ ярко демонстрирует методологию Суда при оценке совместимости отмены всту-

¹ Цит. по: <http://europeancourt.ru/?p=3289>.

пивших в законную силу судебных решений с требованиями Конвенции. Как видно из приведенного примера, Суд анализирует природу оснований для такой отмены, их существенность и соотношение с ранее достигнутым итогом судебного разбирательства. При определении этого баланса по общему правилу приоритет отдается именно правам частных субъектов перед интересами публичного характера — в том числе интересами надлежащего отправления правосудия. Как будет показано ниже, Суд неизменно следует такому подходу при рассмотрении дел, связанных с отменой судебных решений.

*Недопустимые основания отмены вступивших
в законную силу актов: российская практика*

Анализ практики ЕСПЧ по данной категории российских дел выявляет обычный круг оснований, приводящих в России к отмене вступивших в законную силу судебных актов в порядке надзора. Во-первых, большинство дел такого рода связано с отменой решений, по которым обязанным лицом выступало государство или его публичные агенты (муниципальные образования, бюджетные учреждения и т.д.). Во-вторых, в подавляющем числе дел отмена судебных решений была связана с нарушением нижестоящими судами норм права (см., например, постановления по делам «*Riabykh v. Russia*», «*Kot v. Russia*», «*Tregubenko v. Russia*», «*Sipchenko v. Russia*» и многие другие), а также неправильным истолкованием ими норм, подлежащих применению (см., например, «*Vasilyev v. Russia*» от 30 октября 2005 года).

Именно данные основания — о которых власти Российской Федерации часто заявляют как о «фундаментальных нарушениях» — не рассматриваются Судом как оправдывающие отмену вступивших в законную силу судебных постановлений.

Принципиальный критерий недопустимости отмены вступивших в законную силу судебных решений был сформулирован Судом в постановлении по делу «*Radchikov v. Russia*» от 24 мая 2007 года. В этом деле был отменен в порядке надзора и с поворотом к худшему приговор, вынесенный по уголовному делу заявителя, в связи с неполнотой и односторонностью расследования, без надлежащих исследований как доказывающих вину, так и оправдывающих обстоятельств. В связи с этим Суд отметил, что «ошибки и оплошности государственных органов должны улучшать положение обвиняемого, другими словами, риск лю-

бой ошибки, допущенной органами обвинения или самим судом, должно нести государство, и ошибки не должны исправляться за счет заинтересованного лица (п. 50)».

Помимо собственно используемых национальными судами оснований для отмены судебных решений критерием оценки процедуры пересмотра последних на предмет их соответствия Конвенции становится процессуальный порядок обжалования и отмены вступивших в законную силу судебных актов. Несовместимыми с Конвенцией признаются: 1) не ограниченная по времени возможность обжалования вступившего в законную силу судебного решения (постановления по делам *«Brumarescu v. Romania»*, *«Sovtransavto Holding v. Ukraine»* и др.); 2) исключительно длинный период времени с момента, когда вынесенное решение стало обязательным для исполнения, до даты его отмены в порядке надзора (*«Dmitrieva v. Russia»*); 3) возможность отмены вступившего в законную силу судебного решения по инициативе должностного лица, не участвовавшего в деле в качестве стороны (*«Riabykh v. Russia»*).

*Эволюция надзорного производства
в российском законодательстве*

Принятые в 2002 году новые процессуальные кодексы — ГПК РФ и АПК РФ — существенно изменили форму и содержание производства в порядке надзора. По поводу новой модификации надзорного производства некоторые исследователи отмечали, что с принятием ГПК РФ «советское надзорное производство прекратило свое существование в российском гражданском процессуальном законодательстве и в российском гражданском судопроизводстве»¹.

Сохранившееся в новых процессуальных кодексах производство по пересмотру судебных актов в порядке надзора приобрело ряд новых черт, причем алгоритм надзорного производства существенно различается в гражданском и арбитражном процессах. В гражданском процессе до 2012 года надзор сохранял свою многоступенчатость: в соответствии с закрепленной в ГПК РФ 2003 года структурой функции суда надзорной инстанции по-прежнему возлагались на три уровня судов — президиумы судов субъектов, Судебную коллегию по гражданским делам Верховного Суда РФ и Президиум Верховного Суда РФ (статья 377

¹ Борисова Е.А. Проверка судебных актов по гражданским делам. С. 192—193.

ГПК РФ в первоначальной редакции, введенной Федеральным законом от 14 ноября 2002 года № 227-ФЗ). В арбитражном процессе, напротив, функции надзорной инстанции были сохранены за Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ, который эту функцию выполнял с самого начала своей деятельности, в соответствии с АПК РФ 1992 и 1995 годов.

*Ограничение контроля со стороны государства
за рассмотрением частноправовых споров*

Наверное, одним из самых важных изменений в регулировании надзорного производства в принятых в 2002 году процессуальных кодексах стало предоставление права инициировать надзорное производство только лицам, участвующим в деле, а также иным лицам, чьи права и интересы были нарушены судебными постановлениями (ч. 1 статьи 376 ГПК РФ, ч. 1 статьи 292 АПК РФ). В число лиц, участвующих в деле, входит и прокурор — ему предоставлено право приносить представление о пересмотре судебного постановления в порядке надзора, если он принимал участие в рассмотрении дела в суде первой инстанции. Таким образом, впервые в постсоветский период право инициирования надзорного производства было предоставлено не сторонним должностным лицам, через которых государство осуществляло функцию контроля за вынесенными судебными актами, а только участвующим в деле или иным лицам, затронутым судебными постановлениями.

Следующим важнейшим изменением стало установление сроков для обжалования судебных актов в порядке надзора — один год в ГПК РФ и три месяца в АПК РФ (в первоначальной редакции кодексов). Сначала пропущенные сроки не подлежали восстановлению, однако спустя некоторое время в кодексы были внесены изменения, допускающие восстановление пропущенного срока на обжалование в порядке надзора судебных актов, если срок был пропущен по уважительным причинам¹. Причем если в АПК РФ период, в течение которого допускается такое восстановление, имел четкие временные рамки (шесть месяцев, что соответствует общему временному ограничению периодов для восстановления процессуальных сроков для обжалования судебных актов), то в ГПК РФ такие временные рамки установлены не были, что тео-

¹ См. федеральные законы от 28 июля 2004 года № 94-ФЗ и от 31 марта 2005 года № 25-ФЗ.

ретически позволяло восстанавливать пропущенный срок в течение неограниченного времени.

Наконец, еще одним важным изменением в регулировании надзорного производства стала попытка законодателя установить некие специальные основания для отмены или изменения судебных актов в порядке надзора. В ГПК РФ таким основанием стали «существенные нарушения норм материального и процессуального права» (статья 387), в АПК РФ была предпринята попытка установить более дифференцированные основания (статья 304).

В силу перечисленных и ряда других изменений регулирование надзорного производства утратило многие ранее присущие ему признаки, обусловленные его главной изначальной целью: служить инструментом неограниченного контроля государства за результатом разрешения дел судами. В своем новом виде — в силу изменения целей и задач гражданского судопроизводства в соответствии с приоритетами конституционного развития страны в новых условиях — надзорное производство (в особенности в арбитражном процессе) имеет выраженные признаки ревизионной модели пересмотра судебных актов:

- возложение данной функции на высший судебный орган;
- ограничение срока на обжалование;
- установление процедуры допуска или «фильтра» для рассмотрения жалоб;
- возможность обжалования и пересмотра только по основаниям, имеющим значение для всей судебной практики или затрагивающим общественный интерес.

Это уже не позволяет рассуждать об уникальности данного института и его обусловленности особым культурологическим типом российского судопроизводства¹. Более того, в таком виде

¹ Так, Д.Я. Малешин, обосновывая своеобразие российского типа гражданского процесса, указывает, в частности, следующее: «Пересмотр судебных постановлений в порядке надзора является уникальным отечественным процессуальным институтом. Его сущность и правовая природа обусловлены, во-первых, историческим развитием отечественного гражданского процесса, а во-вторых, социокультурными особенностями российского общества. Данный процессуальный институт не имеет аналогов в других правовых системах, за исключением некоторых стран СНГ» (Малешин Д.Я. Особенности российского типа гражданского процесса // Труды юрид. ф-та МГУ им. М.В. Ломоносова. М., 2008. С. 152). Этот вывод, очевидно, был бы в определенной мере справедливым в отношении данного института в советский период его существования, однако сегодня, с учетом характерных черт «нового» надзора, вряд ли имеет под собой почву.

надзорное производство в арбитражном процессе было признано ЕСПЧ совместимым с принципом правовой определенности и, соответственно, рассматривается теперь как эффективное внутригосударственное средство правовой защиты по смыслу статей 13 и 35 Конвенции (см. ниже).

Нарушения Конвенции и принципа правовой определенности в нормах ГПК РФ относительно надзорного пересмотра

Однако и регулирование надзорного производства согласно новому ГПК 2002 года также вызвало критику Европейского суда, о чем свидетельствует волна новых постановлений, констатирующих нарушение Россией Европейской конвенции (см., например, постановления по делам «*Nelyubin v. Russia*» от 2 ноября 2006 года, «*Kot v. Russia*» от 18 января 2007 года и др.). Если в более ранних постановлениях ЕСПЧ предметом рассмотрения было производство в порядке надзора, регулируемое нормами ГПК РСФСР 1964 года, с установленным Кодексом полномочием должностных лиц прокуратуры и судов приносить протесты на вступившие в законную силу судебные постановления и отсутствием каких-либо временных ограничений для принесения такого протеста и возбуждения надзорного производства, то в постановлениях «второй волны» Европейский суд распространил свои выводы и правовые позиции и на производство в порядке надзора, регулируемое нормами нового ГПК РФ 2002 года.

Так, в постановлении по делу «*Nelyubin v. Russia*» предметом рассмотрения ЕСПЧ стала отмена судом надзорной инстанции решения, вынесенного в пользу заявителя, в процедуре, закрепленной уже в новом ГПК РФ. При этом Европейский суд, повторив свои ранее сформулированные ключевые позиции относительно совместимости производства в порядке надзора с принципом правовой определенности, указал, что, хотя в данном случае это производство было возбуждено по инициативе стороны процесса, а не стороннего должностного лица и по истечении четырех месяцев после вступления решения в законную силу, что в целом не может считаться слишком долгим сроком, эти отличия не играют существенной роли для оценки данного института. ЕСПЧ еще раз подчеркнул, что обязательное и подлежащее исполнению (*binding & enforceable*) судебное решение может быть отменено лишь в исключительных обстоятельствах, но не с единственной целью получить иное решение по делу. В то

же время в российской правовой системе основания для отмены или изменения решений судом второй инстанции в целом совпадают с основаниями для отмены или изменения в порядке надзора. Решение в данном деле было отменено судом надзорной инстанции вследствие неправильного применения судом первой инстанции норм материального права; при этом в кассационном порядке решение суда первой инстанции ответчиком обжаловано не было. ЕСПЧ указал, что ошибка в выборе и применении нормы материального права должна была быть исправлена судом второй инстанции; однако тот факт, что ответчик не обжаловал решение суда в кассационную инстанцию, не мог служить исключительным обстоятельством, оправдывающим отмену обязательного и подлежащего исполнению судебного решения и направление дела на новое рассмотрение. Таким образом, отмена решения судом надзорной инстанции по указанным основаниям, притом что оно не было обжаловано в суд второй (кассационной) инстанции, повлекла за собой нарушение принципа правовой определенности и «права на суд» по смыслу статьи 6 (п. 1) Конвенции (пп. 26—30 постановления).

В постановлении по делу «*Kot v. Russia*» ЕСПЧ указал, что решение по делу заявителя было отменено судом надзорной инстанции вследствие неправильного применения нижестоящими судами норм материального права. Однако, отметил Суд, «неизбежно, что в судебном разбирательстве гражданского дела стороны имеют противоположные точки зрения на применение норм материального права. Суды призваны исследовать их аргументы в справедливом и состязательном процессе и дать оценку заявленных требований. ...До подачи надзорной жалобы дело рассматривалось по существу трижды судами первой и второй инстанции. Не было заявлено, что суды действовали вне своей компетенции или имели место фундаментальные нарушения в ходе судебного разбирательства. Сам по себе факт, что Президиум не согласился с оценкой обстоятельств дела, данной судами первой и второй инстанции, не являлся исключительным обстоятельством, оправдывающим отмену обязательного и подлежащего исполнению судебного решения и возобновлению производства по требованию заявителя» (п. 29 постановления).

Соответственно, в двух вышеуказанных постановлениях ЕСПЧ пришел к следующим важнейшим выводам, касающимся применения производства в порядке надзора уже в соответствии с нормами ГПК РФ 2002 года:

- 1) отличия регулирования надзорного производства по новому ГПК РФ не играют существенной роли для оценки данного института в целом;
- 2) отмена решения судом надзорной инстанции, притом что оно не было обжаловано в суд второй инстанции, по основаниям, которые не носят исключительного характера, несовместима с принципом правовой определенности;
- 3) отмена решения в надзорной инстанции не может быть оправдана лишь тем обстоятельством, что суд надзорной инстанции не согласился с оценкой нижестоящими судами обстоятельств дела и выбором подлежащей применению нормы материального права.

*Основные причины критики Европейским судом
процедуры пересмотра дел в порядке надзора*

В различных решениях, касающихся отмены судебных постановлений в порядке надзора по правилам ГПК РФ 2003 года, Европейский суд критиковал следующие элементы «нового» надзорного производства:

- обжалование в порядке надзора судебного решения, вступившего в законную силу, стороной, которая не воспользовалась правом ординарный (кассационный) порядок обжалования и пересмотра (постановление по делу «*Nelyubin v. Russia*»);
- предоставление председателю суда неограниченного права отмены определений судьи об отказе в передаче дела для рассмотрения в порядке надзора в суд надзорной инстанции (постановление по делу «*Denisov v. Russia*»);
- неопределенность оснований, по которым председатель суда может принять решение об отмене определения судьи-докладчика (постановление по делу «*Prisyazhnikova and Dolgopolov v. Russia*»);
- наличие нескольких судебных инстанций, осуществляющих пересмотр в порядке надзора (решение о приемлемости жалобы «*Martynets v. Russia*»);
- неопределенность общей продолжительности процедуры надзорного производства в судах общей юрисдикции («*Denisov v. Russia*» (Dec.) от 6 мая 2004 года).

Значительное число постановлений, в которых Европейский суд признал нарушение Российской Федерацией положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод вследствие отмены судебных решений в порядке надзора, позволили Комитету министров Совета Европы рассматривать данное нарушение как имеющее системный характер, итогом чего явилось принятие Промежуточной резолюции Комитета министров Совета Европы от 8 февраля 2006 года ResDH (2006) о нарушениях принципа правовой определенности процедурой пересмотра в порядке надзора в гражданском процессе в РФ.

Данная резолюция, по существу, представляет собой в сжатом виде выводы Европейского суда, касающиеся оценки надзорного производства по гражданским делам в России, а также отдельные концептуальные элементы, сформулированные в различных документах Совета Европы применительно к организации системы проверочных инстанций¹.

В резолюции было подчеркнуто, что, несмотря на позитивные изменения в процедуре производства в порядке надзора, введенные новым ГПК РФ 2003 года, новая процедура все еще допускает возможность подрыва правомерного доверия сторон к судебным решениям, вступившим в законную силу и подлежащим исполнению. Таким образом, остаются сомнения в том, эффективно ли нынешняя процедура надзора предотвращает новые нарушения требования правовой определенности, воплощенного в Конвенции. Резолюция обозначила также основные недостатки производства в порядке надзора, такие как ординарность оснований для отмены или изменения судебных постановлений в указанной процедуре, фактическая подмена ею функций судов второй инстанции, на которые должно возлагаться основное бремя исправления судебных ошибок, допущенных судами первой инстанции, и призвала российские власти считать приоритетной реформу гражданского судопроизводства с целью обеспечить полное соблюдение принципа правовой определенности, установленного Конвенцией, как она истолковывается в постановлениях Суда. В резолюции были намечены и примерные направления такого реформирования, в частности ограни-

¹ См., в частности, упоминавшуюся выше рекомендацию Комитета министров Совета Европы от 7 февраля 1995 года № R (95) 5 относительно введения в действие и улучшения функционирования систем и процедур обжалования по гражданским и торговым делам.

чение допустимых сроков и сокращение количества оснований этой процедуры с тем, чтобы она распространялась на наиболее серьезные нарушения закона; обеспечение соблюдения в процедуре надзора требований справедливого судебного разбирательства, в том числе принципа состязательности сторон, равенства процессуальных возможностей и т.д.; ограничение количества последующих обращений о пересмотре в порядке надзора, которые могут быть поданы по одному и тому же делу. Одновременно компетентным российским властям было предложено в течение одного года разработать и представить план действий по принятию и осуществлению общих мер, необходимых для предотвращения новых нарушений требования правовой определенности.

Результатом практики Европейского суда, сложившейся в результате оценки процессуального законодательства, а также принятия указанной резолюции Комитета министров Совета Европы, стало вынесение Конституционным Судом РФ постановления от 5 февраля 2007 года № 2-П. В данном постановлении проанализирован, с использованием в том числе и подходов ЕСПЧ к данному вопросу, институт надзорного производства в гражданском процессе. Ему была дана оценка с точки зрения его соответствия современным критериям справедливого судебного разбирательства и судебной защиты, перечислены его существенные недостатки: множественность надзорных инстанций, неопределенность сроков обжалования и пересмотра, неясность предусмотренных законом оснований для отмены или изменения судебных постановлений, вступивших в законную силу. В результате КС РФ воздержался от признания оспариваемых норм неконституционными, однако сформулировал четкие рекомендации законодателю в части реформирования производства в порядке надзора с целью приведения его в соответствие с международно-правовыми стандартами Российской Федерации.

После принятия указанного постановления Конституционного Суда РФ в ГПК РФ Федеральным законом от 4 декабря 2007 года № 330-ФЗ вновь были внесены изменения, которые формально должны были учесть выявленные ЕСПЧ и подтвержденные Конституционным Судом недостатки надзорного производства. Однако принятые изменения оказались половинчатыми и основных недостатков (многоступенчатость надзорных инстанций, недостаточная определенность оснований, неопределенность сроков, в течение которых может осуществляться обжалование и отмена судебных постановлений в порядке надзора), не устранили.

Это подтверждает и оценка Европейским судом надзорного производства в гражданском процессе после внесения изменений Федеральным законом № 330-ФЗ от 4 декабря 2007 года. В решении о приемлемости жалобы гражданина Мартынца («*Martynets v. Russia*» от 5 ноября 2009 года) надзорное производство вновь не было признано эффективным внутригосударственным средством правовой защиты, которое должно быть исчерпано заявителем до обращения в ЕСПЧ. Суд отметил, что вопреки изменениям законодательства «пересмотр в порядке надзора вступивших в законную силу судебных решений может по-прежнему проходить через многочисленные судебные инстанции с гарантированным риском, что будет переходить из одной инстанции в другую в течение неопределенного периода времени» и, следовательно, не признал надзорное производство в гражданском процессе в его современном виде эффективным средством правовой защиты по смыслу статьи 35 Конвенции.

*Различия в оценке ЕСПЧ надзорного пересмотра
в гражданском и арбитражном процессе в РФ*

Напротив, процедура надзорного производства в арбитражных судах была признана Европейским судом эффективным средством правовой защиты, в частности, в решении о приемлемости жалобы «*ООО Link Oil SPb v. Russia*». Суд проанализировал не только процедуру надзорного производства, установленную АПК РФ, но и сравнил ее в деталях с процедурой надзорного производства, закрепленной ГПК РФ, придя к следующим выводам:

«Надзорное производство в судах общей юрисдикции, как неоднократно устанавливал Европейский суд, не обеспечивает исполнение требования правовой определенности по ряду причин. Действительно, однажды возбужденное, надзорное производство в судах общей юрисдикции может тянуться неопределенно долгое время в различных надзорных инстанциях (см. решение Европейского Суда от 6 мая 2004 г. по вопросу о приемлемости для рассмотрения по существу жалобы № 33408/03, поданной Денисовым, “*Denisov v. Russia*”; постановление Европейского Суда от 3 мая 2007 г. по делу “*Sobelin and Others v. Russia*” (жалобы № 30672/03, 30673/03, 30678/03, 30682/03, 30692/03, 30707/03, 30713/03, 30734/03, 30736/03, 30779/03, 32080/03 и 34952/03, § 57). Кроме того, неопреде-

ленность сроков для возбуждения надзорного производства в судах общей юрисдикции позволяет ответчикам по гражданским делам обращаться в суды с заявлениями о пересмотре судебного акта в порядке надзора и последовательно обжаловать судебный акт даже спустя один год после того, как он стал обязательным и подлежащим исполнению (см. постановление Европейского Суда от 28 сентября 2006 г. по делу “*Prisyazhnikova and Dolgoplov v. Russia*” (жалоба № 24247/04, § 25). Европейский суд также пришел к выводу, что установленный законом срок в один год для обращения в суд с заявлением о пересмотре судебного акта в порядке надзора временами не соблюдался на практике, тем самым серьезно подрывая доверие заявителей к судебным актам, вынесенным в их пользу (см. постановление Европейского Суда от 8 января 2009 г. по делу “*Kulkov and Others v. Russia*” (жалобы № 25114/03, 11512/03, 9794/05, 37403/05, 13110/06, 19469/06, 42608/06, 44928/06, 44972/06 и 45022/06, § 25 и 31)»).

В то же время Европейский суд дал следующую оценку надзорному производству в арбитражном процессе:

«...Обязательные и подлежащие исполнению судебные акты, вынесенные арбитражными судами в пользу компании-заявителя, не могли оспариваться неопределенно долгое время, но только один раз, в высшей судебной инстанции, по заявлению стороны-ответчика, в силу строго ограниченного перечня оснований и в строго определенный и ограниченный срок. В результате порядок, которому следовали в настоящем деле, не был несовместимым с принципом правовой определенности, запечатленным в Конвенции (см., *mutatis mutandis*, решение Европейского Суда по вопросу о приемлемости для рассмотрения по существу жалобы № 6778/05, поданной “*MPP Golub v. Ukraine*”...). Исходя из такой оценки надзорного производства, оно, вероятно, может рассматриваться как последнее звено в цепочке внутригосударственных средств правовой защиты, имеющихся в распоряжении сторон в деле, а не как чрезвычайное средство для возобновления производства по делу в суде (сравните с решением Европейского Суда от 10 апреля 2003 г. по вопросу о приемлемости для рассмотрения по существу жалобы № 13338/03, поданной АО “*Uralmash v. Russia*”). Европейский суд поэтому по настоящему делу не усматривает никакого нарушения требования право-

вой определенности при пересмотре дела Высшим Арбитражным Судом в порядке надзора»¹.

К аналогичным выводам Европейский суд пришел в решении о приемлемости жалобы «Galina Vasilievna Kovaleva and Others v. Russia» от 25 июня 2009 года.

*Критерий совместимости
надзорного порядка с Конвенцией*

Соответственно, можно выделить критерии, которые, согласно практике Европейского суда, делают процедуру пересмотра вступивших в законную силу судебных актов совместимой с положениями Конвенции, а именно:

- наличие только одной надзорной инстанции, осуществляющей такого рода пересмотр вступивших в законную силу судебных решений;
- ограниченность и определенность срока на обжалование и пересмотр судебных актов в порядке надзора;
- ограничение оснований для пересмотра и отмены вступивших в законную силу судебных актов в порядке надзора;
- отсутствие дополнительных полномочий должностных лиц суда по вмешательству в процедуру надзорного производства.

*Недопустимые основания
пересмотра дел в порядке надзора*

Однако, несмотря на то что нарушение Конвенции в связи с отменой судебных постановлений, вступивших в законную силу, как было показано выше, констатировалось Европейским судом по различным основаниям и критериям, основным мотивом признания такого нарушения все-таки остаются основания для отмены судебных решений. Как показывает анализ практики ЕСПЧ, в подавляющем большинстве случаев такими основаниями становятся несогласие суда надзорной инстанции с толкованием нижестоящими судами примененных норм права и переоценка фактических обстоятельств дела.

¹ Перевод постановления: СПС «Консультант-Плюс».

Многokrатно повторенный вывод Европейского суда сводится к тому, что данные основания не могут рассматриваться как существенные нарушения, нарушения фундаментального характера, оправдывающие отступление от принципа правовой определенности и окончательности судебных актов, хотя национальные власти, как правило, настаивают на том, что данные основания — для российской правовой системы — представляют собой те самые «серьезные недостатки или обстоятельства существенного и непреодолимого характера», которые, согласно практике Суда, могут оправдать отступление от принципа правовой определенности (см., в частности, постановления по делам «*Riabykh v. Russia*», «*Tregubenko v. Russia*», «*Kot v. Russia*», «*Denisov v. Russia*» и многие другие). Как указал Суд в постановлении по делу «*Pshenichnyu v. Russia*», «по мнению Суда, только ошибки в фактических обстоятельствах, которые, возможно, не были исправлены обычной апелляцией, поскольку стали очевидными только после того, как решение приобрело обязательную силу, можно было бы считать обстоятельством существенного и непреодолимого характера, оправдывающего отход от принципа правовой определенности»¹. Таким образом, фактически Суд делает вывод о допустимости отмены ставших окончательными судебных решений только вследствие выявления вновь открывшихся обстоятельств.

Попытки сформулировать более или менее общие критерии для определения того, какие обстоятельства могут оправдать отступление от принципа правовой определенности в случае пересмотра дела судом надзорной инстанции, не увенчались, по сути, успехом: любые критерии, вводимые законодателем или судебной практикой, основывались на оценочных понятиях, допускавших широкий спектр их различного толкования. Это относится и к статье 387 ГПК РФ (в редакции, действовавшей до 1 января 2012 года) «Основания для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора», согласно которой такими основаниями являются «существенные нарушения норм материального или процессуального права, повлиявшие на исход дела, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов, а также защита охраняемых законом публичных интересов». Предложен-

¹ Перевод на русский язык: Аппарат Уполномоченного РФ при ЕСПЧ.

ная Конституционным Судом РФ в постановлении от 5 февраля 2007 года № 2-П формулировка («такие ошибки в толковании и применении закона, повлиявшие на исход дела, без исправления которых невозможны эффективное восстановление и защита нарушенных прав и свобод, а также защита охраняемых законом публичных интересов») также не добавляет ясности вопросу о том, какие именно обстоятельства и в каких случаях могут выступать в качестве таких оснований. На наш взгляд, данная формулировка была предложена Конституционным Судом в качестве критерия возможных оснований для отмены или изменения вступивших в законную силу судебных актов, а не как, собственно, такое основание.

Интересно, что при этом основания для отмены или изменения судебных актов в порядке надзора, сформулированные в статье 304 АПК РФ, не вызвали у Европейского суда нареканий с точки зрения их совместимости с принципом правовой определенности (см., в частности, упомянутое выше решение о приемлемости жалобы «*ООО Link Oil SPb v. Russia*»).

В то же время известно, что наиболее часто применяемое основание в надзорном производстве в арбитражном процессе, а именно нарушение единообразия судебной практики, зачастую подменяется Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ нарушениями норм материального и процессуального права, практику применения которых на момент рассмотрения дела сложно назвать сложившейся и единообразной, и фактически именно при рассмотрении дела Президиумом в порядке надзора основы такого единообразия и закладываются¹. Но, очевидно, сам факт структурированности, упорядочения оснований для отмены или изменения судебных актов в порядке надзора, придание им вида некоего ограниченного перечня в сочетании с гораздо более упорядоченной и определенной процедурой надзорного производства в арбитражных судах и привели Европейский суд к тем выводам, которые были сделаны в делах «*ООО Link Oil SPb v. Russia*» и «*Kovaleva v. Russia*». Соответственно, можно говорить о том, что данные решения ЕСПЧ являются своего рода ориентиром для законодателя в реформировании

¹ Об этом см.: Шварц М.З. Пересмотр судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам в связи с формированием практики применения законодательства Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2010. № 1. С. 108—118.

системы судебных инстанций в гражданском процессе¹. Однако при этом очевидно, что слепое копирование в судах общей юрисдикции инстанций, существующих в арбитражном процессе, еще не означает автоматического устранения проблем, связанных с признанием их эффективным внутригосударственным средством правовой защиты; оценка этих инстанций будет производиться в Страсбурге с учетом специфики гражданских дел, рассматриваемых судами общей юрисдикции и всех специфических особенностей гражданского процесса по сравнению с процессом арбитражным.

Кроме того, насколько в данной ситуации можно говорить о «копировании» системы инстанций, существующих в арбитражном процессе, в результате реформы гражданского процессуального законодательства 2010 года? Для того чтобы ответить на этот вопрос, необходимо проанализировать изменения, внесенные в ГПК РФ Федеральным законом от 9 декабря 2010 года № 330-ФЗ. Рассмотрим их подробнее.

2. Новое процессуальное законодательство и перспективы его применения

Федеральным законом от 9 декабря 2010 № 353-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» (далее также Закон № 353-ФЗ) введен общий порядок апелляционного обжалования для решений всех судов, не вступивших в законную силу. Это нововведение можно только приветствовать, поскольку тем самым устраняются неоправданные различия в организации суда второй инстанции для заявителей по разным делам, увеличивается срок апелляционного обжалования не вступивших в законную силу судебных решений — до одного месяца, вводятся правила рассмотрения дел судом второй (апелляционной) инстанции, в целом соответствующие мировым тенденциям регулирования деятельности судов по пересмотру судебных актов. К таким тенденциям относятся: ограничение преде-

¹ На это указывал также Конституционный Суд РФ в постановлении от 5 февраля 2007 года № 2-П (п. 9.3 мотивировочной части: «...заинтересованные лица смогут обращаться в Европейский суд по правам человека уже после завершения производства в суде надзорной инстанции — при том, что надзорное производство в результате его реформирования федеральным законодателем будет отвечать всем необходимым требованиям, вытекающим из Конституции Российской Федерации и настоящего Постановления, в качестве эффективного средства правовой защиты»).

лов рассмотрения дела только доводами, изложенными в жалобе, представлении и в возражениях на них; возможность представления дополнительных доказательств сторонами только в случае обоснования заинтересованным лицом невозможности их представления в суд первой инстанции по независящим от него причинам и признания судом этих причин уважительными (ч. 1 статьи 327.1 ГПК РФ в новой редакции).

К недостаткам нового закона в части регулирования апелляционного производства, требующим дальнейшего его осмысления и проработки, можно отнести невозможность для суда апелляционной инстанции направить дело на новое рассмотрение в вынесший решение или другой суд в случаях нарушения судом первой инстанции правил подсудности или разрешения им вопроса о правах и обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле, что гарантировало бы рассмотрение дела законным судом первой инстанции¹.

*Новое регулирование пересмотра вступивших
в законную силу судебных актов в кассационном порядке*

Как известно, формально Федеральный закон от 9 декабря 2010 года возложил функцию пересмотра судебных актов, вступивших в законную силу, на две последовательные инстанции — кассационную и надзорную, подобно тому как это сделано

¹ На возможность направления судом апелляционной инстанции дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции в случае рассмотрения дела последним в нарушение установленных правил подсудности, несмотря на отсутствие такого полномочия в процессуальных кодексах, неоднократно указывалось в решениях Конституционного Суда РФ (см., например, определения от 13 июля 2000 года № 192-О и от 15 января 2009 года № 144-О-П). Анализ регулирования апелляционного производства в новой редакции ГПК уже проводился рядом российских ученых, см., например: Лукьянова И.Н. Апелляция: полная или неполная? // Судебная реформа и проблемы развития гражданского и арбитражного процессуального законодательства: Материалы международной научно-практической конференции. М., 2012; Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления. М.: Юрист, 2011; Терехова Л.А. О праве суда апелляционной инстанции возвращать дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции // Арбитражный и гражданский процесс. 2012. № 2; Шакирьянов Р.В. Вопросы, подлежащие разрешению судом апелляционной инстанции при рассмотрении гражданских дел, изменения в ГПК РФ // Там же; Филатова М.А. Перспективы применения нового апелляционного производства в гражданском процессе (комментарий к главе 39 ГПК РФ) // Арбитражный и гражданский процесс. 2012. № 2 и 3.

в арбитражном процессе. Совершенно очевидно, что при принятии закона делалась попытка учесть правовые позиции Европейского суда в части оценки и критики надзорного производства, в том числе в части, касающейся возможности неоднократного пересмотра и отмены окончательных судебных решений судом надзорной инстанции. В соответствии с новой структурой инстанции функции надзорного рассмотрения дел возложены лишь на одну судебную инстанцию — Президиум Верховного Суда РФ (также в соответствии с моделью, существующей в арбитражных судах), а две нижестоящие инстанции, ранее также осуществлявшие эту функцию (президиум областного и приравненного к нему суда, а также судебные коллегии Верховного Суда РФ), преобразованы в суды кассационной инстанции.

Согласно новой редакции главы 41 ГПК «Производство в судах кассационной инстанции» последнее вводится для обжалования любых вступивших в законную силу судебных постановлений (за исключением судебных постановлений Верховного Суда РФ). Анализ статьи 377 Кодекса позволяет сделать вывод, что новое кассационное производство, по сути, сохранило многоступенчатую структуру существовавшего до 2012 года обжалования в порядке надзора. Так, кассационное обжалование судебных постановлений, вынесенных районными судами первой и апелляционной инстанций, допускается сначала в президиум суда субъекта Российской Федерации, а затем (для решений всех судов, кроме мировых) в судебные коллегии по административным делам и по гражданским делам Верховного Суда РФ, обращаясь в которые заявитель согласно ч. 3 статьи 378 ГПК РФ должен указать на ранее подававшиеся в суд кассационной инстанции жалобы или представления и на принятые по ним решения.

Устанавливаемый ч. 2 статьи 376 ГПК РФ срок для кассационного обжалования судебных постановлений также аналогичен ранее действовавшим предписаниям о сроках обжалования в порядке надзора: шесть месяцев с момента вступления постановления в законную силу.

*Предварительное изучение кассационной жалобы
по правилам надзорного производства*

Процедура предварительного изучения кассационных жалоб, представления судьей суда кассационной инстанции также практически полностью повторяет процедуру, действовавшую

в суде надзорной инстанции до 1 января 2012 года. Судья суда кассационной инстанции (или председатель либо заместитель председателя этого суда) изучают кассационные жалобу, представление по материалам, приложенным к ним, либо по материалам истребованного дела и по результатам изучения выносят определение соответственно о передаче или об отказе в передаче жалобы для рассмотрения в судебном заседании суда кассационной инстанции.

Сохранена и норма о том, что «Председатель Верховного Суда Российской Федерации, его заместитель вправе не согласиться с определением судьи Верховного Суда Российской Федерации об отказе в передаче кассационных жалобы, представления для рассмотрения в судебном заседании суда кассационной инстанции и вынести определение о его отмене и передаче кассационных жалобы, представления с делом для рассмотрения в судебном заседании суда кассационной инстанции» (ч. 3 статьи 381 ГПК РФ), что ранее устанавливалось этой же статьей применительно к надзорному производству.

*Основания для отмены или изменения
судебных постановлений в новом кассационном порядке*

Основания для отмены или изменения судебных постановлений в новом кассационном порядке полностью совпадают с установленными ранее для надзорной инстанции: это «существенные нарушения норм материального права или норм процессуального права, которые повлияли на исход дела и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов, а также защита охраняемых законом публичных интересов» (статья 387 ГПК РФ).

Таким образом, новое кассационное производство сохранило важнейшие черты надзорного порядка обжалования и пересмотра вступивших в законную силу судебных актов.

Новое производство в порядке надзора

Производство в порядке надзора в новой редакции ГПК РФ регулируется главой 41.1 и возлагается на Президиум Верховного Суда РФ. Его основные признаки внешне напоминают надзорное производство в арбитражных судах, но существуют и важные отличия. Согласно статье 391.11 в порядке надзора могут быть обжалованы вступившие в законную силу постановления

не всех нижестоящих судов. Например, решения и определения районных судов и мировых судей могут быть обжалованы в Президиум Верховного Суда РФ, только если они были предметом рассмотрения в кассационном порядке в судебных коллегиях Верховного Суда РФ по административным или гражданским делам. Таким образом, судебные постановления «низовых» звеньев судебной системы, не прошедшие проверку в коллегиях Верховного Суда, по смыслу данной нормы не смогут быть обжалованы в его Президиум. Сохраняется и правило о возможности надзорного пересмотра судебных постановлений при условии, что они «нарушают единство судебной практики» (в новой редакции ГПК это следует из статьи 391.9 «Основания для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора»). Соответственно, большинство постановлений, вынесенных, например, мировыми судьями, имеют крайне мало шансов в случае их обжалования дойти до рассмотрения в суде надзорной инстанции.

Само по себе такое ограничение обжалования, по нашему мнению, имеет разумное обоснование, связанное прежде всего с общей тенденцией сокращения многоступенчатого обжалования вступивших в законную силу судебных постановлений и возложения основного бремени пересмотра именно на апелляционную инстанцию, находящуюся ближе всего к судам первой инстанции, рассматривающим дело по существу. Кроме того, это позволяет разгрузить высшую судебную инстанцию, основной функцией которой в современных правовых системах становится обеспечение единообразного развития судебной практики и даже правового регулирования. Для качественного выполнения данной функции высший судебный орган должен иметь достаточно ограниченное количество дел, рассматриваемых по существу, и такой поток входящих жалоб, которые возможно обработать и отсортировать в обычном, а не авральном режиме.

Однако такое регулирование порождает, на наш взгляд, два существенных риска. Во-первых, это опасность формирования «региональной» судебной практики, если обжалование таких решений будет заканчиваться в подавляющем большинстве случаев на уровне суда субъекта РФ. С учетом того что мировые судьи рассматривают сегодня около 72% всех гражданских дел, разрешаемых судами общей юрисдикции, т.е. в абсолютных цифрах

более 9 млн 100 тыс. дел в год¹, возможности Судебной коллегии Верховного Суда РФ — второй кассационной инстанции в действующей судебной иерархии — по контролю за единообразием формирования судебной практики в этих делах весьма ограничены, а соответственно, возрастает риск развития так называемого регионального правосудия, о котором предупреждают некоторые эксперты².

Вторая проблема носит менее сиюминутный, но не менее важный характер. В контексте совершенствования внутригосударственных средств правовой защиты важной задачей, стоящей перед российской правовой системой, является включение всех судебных инстанций в судах общей юрисдикции в перечень таких средств. В том числе, разумеется, речь идет и о надзорном производстве в его новой интерпретации. Однако в отличие от системы арбитражных судов, которая выстроена в соответствии с совершенно иным принципом родовой подсудности и в которой решения всех судов первой инстанции могут быть обжалованы в Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, в судах общей юрисдикции, как было показано выше, из компетенции Президиума практически полностью исключаются более 72% рассматриваемых этими судами гражданских дел. Очевидно, что для разрешения данной коллизии — даже в том случае и тогда, когда вся система судебных инстанций будет признана эффективным внутригосударственным средством правовой защиты по смыслу статьи 35 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (что является одной из целей реформирования гражданского процессуального законодательства на современном этапе), — необходимо рассмотрение иных, выборочных механизмов обжалования вынесенных мировыми судьями судебных постановлений в суде надзорной инстанции в том случае, если в дальнейшем лица, участвующие в деле, планируют обращение в Страсбург.

Разработка таких механизмов требует дополнительного осмысления. Одним из возможных направлений могло бы стать ограничение возможностей апелляционного обжалования постановлений, вынесенных по требованиям на небольшую сумму (ко-

¹ Согласно данным Судебного департамента о судебной статистике за 2011 год: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=951> (ссылка дана по состоянию на 25 июня 2012 года).

² См., например: <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/2178> (ссылка дана по состоянию на 16 мая 2012 года).

торая подлежит установлению с учетом современных социально-экономических реалий), но с возможностью обжалования правильности применения норм права судом первой инстанции в вышестоящих судах, в том числе в надзорной инстанции. Очевидно, что любые ограничения процессуальных гарантий, в том числе права на обжалование судебных постановлений, должны применяться после тщательного изучения возможных компенсаторных прав и только в общей системе всех процессуальных институтов, в противном случае это приведет лишь к необоснованному ущемлению процессуальных прав граждан.

Срок для обжалования судебных постановлений в порядке надзора устанавливается в три месяца со дня вступления обжалуемого постановления в законную силу; надзорные жалоба или представление также изучаются судьей Верховного Суда РФ, с вынесением, по результатам изучения, определения о передаче дела для рассмотрения в Президиум Верховного Суда РФ или, напротив, об отказе в такой передаче. Таким образом, производство в порядке надзора — в части процедуры — сохранило преемственность с ранее действовавшей моделью. В частности, сохранено, хотя и в слегка измененном виде, право председателя Верховного Суда РФ, его заместителя, вносить в Президиум Верховного Суда РФ представление о пересмотре судебных постановлений в порядке надзора в целях (вот здесь появились некоторые нюансы) «устранения фундаментальных нарушений норм материального права или норм процессуального права, которые повлияли на законность обжалуемых судебных постановлений и лишили участников спорных материальных или процессуальных правоотношений возможности осуществления прав, гарантированных настоящим Кодексом, в том числе права на доступ к правосудию, права на справедливое судебное разбирательство на основе принципа состязательности и равноправия сторон, либо существенно ограничили эти права» (статья 391.11 ГПК РФ в редакции Закона № 353-ФЗ от 9 декабря 2010 года). Интересно, что для реализации этого права установлен более длительный срок, чем для подачи обычных надзорных жалоб и представлений: шесть месяцев вместо трех.

Таким образом, можно утверждать, что новая редакция ГПК РФ фактически разделила схожее по своим признакам производство в президиумах областных судов и в Верховном Суде РФ, первая из которых (до уровня Президиума Верховного Суда РФ) получила название «кассационного производства», а вторая (в

Президиуме Верховного Суда РФ) сохранила название «производства в порядке надзора». При этом «новое» кассационное производство существенно отличается от одноименной инстанции в арбитражном процессе, характеризующемся отсутствием «фильтра» для рассмотрения дела в кассационной инстанции, предсказуемостью сроков такого рассмотрения, а самое главное — однократной возможностью рассмотрения дела в суде кассационной инстанции.

Нельзя не обратить внимание и на достаточно вольное обращение законодателя с самой концепцией кассационного производства. В силу исторических причин эти концепции существенно отличались в гражданском и арбитражном процессах, причем кассационное производство в последнем в гораздо большей степени соответствовало сложившемуся в мировой науке и практике пониманию института кассации. Для данного института характерны следующие признаки: рассматриваются только вопросы законности обжалуемых постановлений, т.е. только вопросы права; отсутствует процедура «допуска», или фильтр, для обращения в суд кассационной инстанции (хотя последний признак претерпевает изменения в современный период развития гражданского судопроизводства в силу растущего количества дел). Кроме того, исторически полномочия суда кассационной инстанции не подразумевали возможности вынесения нового решения взамен отмененного, но только направление дела на новое рассмотрение в тот же или иной суд нижестоящей инстанции¹ (сейчас это огра-

¹ О классификации различных моделей обжалования и пересмотра судебных актов, в том числе о характерных признаках кассационной инстанции в современных процессуальных системах, см., в частности: Борисова Е.А. Указ. соч. С. 193—201; Филатова М.А. Окончательный пересмотр судебных решений в европейских странах... С. 279—282; работы зарубежных авторов: Jollowicz J.A. Recourse against Civil Judgements in the European Union: A Comparative Survey : Introduction / J. A. Jollowicz, C.H. Van Rhee (eds.) // Recourse against Judgements in the European Union. Civil Procedure in Europe 2. Kluwer Law International, 1999. P. 2; Geeroms S. Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis. Oxford University Press, 2004. P. 253—255; Eadem. Comparative Law and Legal Translation: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal Should Not Be Translated... // American Journal of Comparative Law. 2002. — Vol. 50. P. 203-205; Herzog P. E., Karlen D. Attacks on Judicial Decisions // International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XVI. Civil Procedure. Chapter 8. P. 3.

ничество практически повсеместно снято, хотя данное полномочие применяется редко)¹.

Анализ нового регулирования деятельности инстанций, осуществляющих пересмотр вступивших в законную силу судебных постановлений, позволяет сделать вывод, что основные недостатки системы судебных инстанций, приводящие к регулярно устанавливаемым Европейским судом нарушениям Конвенции о защите прав человека и основных свобод, не были устранены, а сформулированные в постановлении Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 года № 2-П рекомендации о направлениях реформирования системы судебных инстанций и приведении ее правового регулирования в соответствие с «признаваемыми Российской Федерацией международно-правовыми стандартами» в должной мере не были реализованы.

При этом не имеет существенного значения, что с формальной точки зрения само по себе производство в порядке надзора в его новом формате отвечает критериям, ранее сформулированным Европейским судом: в настоящее время проблема переходит на уровень кассационной инстанции, которая потенциально сохраняет недостатки «прежнего» надзора (множественность инстанций по пересмотру вступивших в законную силу судебных решений; неопределенность срока, в течение которого такие решения могут быть отменены; неопределенность оснований для отмены). На момент написания данной книги Европейский суд еще не принял решение относительно эффективности нового кассационного производства как внутригосударственного средства правовой защиты, которое необходимо исчерпать по смыслу статьи 35 Конвенции до обращения в Европейский суд. Однако, учитывая все изложенное, можно с высокой долей вероятности предполагать, что это решение будет отрицательным. Соответственно, сохраняется потребность в дальнейшем совершенство-

¹ С точки зрения набора характерных признаков «классической» кассации кассационное производство в арбитражном процессе России также лишено чистоты жанра, поскольку функциями суда кассационной инстанции наделен не один высший суд, а 10 судов промежуточной инстанции. Очевидно, такая структура, отступление от классической кассационной модели и обуславливают появление в деятельности арбитражных судов кассационной инстанции явных признаков «второй апелляции»: постоянное стремление к переоценке фактических обстоятельств дела, оценка некоторых аспектов обоснованности судебных актов (ч. 3 статьи 286 АПК РФ), расхождения в практике применения и толкования кассационными судами норм права.

вании проверочных процедур в гражданском процессе, более точного определения их целей и основополагающих принципов, соответствующих не только международным обязательствам РФ и тенденциям развития современного гражданского процесса, но и актуальным запросам социально-экономических отношений. Подобное реформирование не может быть осуществлено изолированно лишь в отношении регулирования деятельности той или иной судебной инстанции — оно должно стать частью переосмысления фундаментальных принципов и целей правосудия по гражданским делам, всей системы его институтов, а также лежащих в их основе ценностей.

3. Отмена вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам: оценка Европейского суда и российская практика

Пересмотр вступивших в законную силу судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам

Многочисленные нарушения Конвенции устанавливались Европейским судом и в связи с отменой вступивших в законную силу судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам. Указанная процедура пересмотра судебных постановлений хотя формально имеет самостоятельные цели и основания, установленные ГПК РФ, на практике нередко используется как «подмена» пересмотра судебных постановлений в порядке надзорного производства. Об этом свидетельствует тот факт, что зачастую основания для отмены судебных решений в порядке надзора и по вновь открывшимся обстоятельствам в российских делах, рассмотренных Европейским судом, совпадали. Это свидетельствует о смешении в российской правоприменительной практике данных институтов.

В то же время для Европейского суда неважно формальное наименование той или иной процедуры, приводящей к отмене окончательных судебных актов, поскольку он оценивает конечный результат такой процедуры. Соответственно, исходя из оценок Судом надзорного производства, можно прогнозировать его выводы относительно результата применения схожих по своей природе процедур

В отечественном правопорядке вопрос о совместимости последствий пересмотра окончательных судебных решений по вновь открывшимся обстоятельствам с конвенционными стандартами приобрел особую остроту после принятия постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 февраля 2008 года № 14. Указанным постановлением была введена процедура пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам тех судебных актов, которые были приняты до формулирования ВАС РФ правовой позиции, изменяющей прежнее толкование норм в судебной практике.

В российских делах, рассматривавшихся в ЕСПЧ (начиная с постановления 2004 года по делу «*Pravednaya v. Russia*»), отмечалось, что высшие национальные суды используют придание обратной силы изменениям в толковании норм в качестве инструмента для ретроактивной отмены вступивших в законную силу судебных решений как в процедурах надзорного пересмотра, так и по вновь открывшимся обстоятельствам.

*Квазинормативное значение обязательного
толкования закона высшими судами*

Эта ситуация, если исходить в том числе из анализа практики Европейского суда, порождает два основных вопроса. Первый связан с правомочием высших судебных органов при рассмотрении конкретных дел (т.е. в постановлениях по конкретным делам) давать обязательное для нижестоящих судов толкование норм права и таким образом фактически придавать этому толкованию нормативное значение. Второй закономерно возникающий вопрос касается возможности придания такому толкованию обратной силы и, соответственно, использования его как основания для отмены вступивших в законную силу судебных решений. По общему правилу такое нормативное толкование (фактически имеющее прецедентное значение) действует на будущее время, т.е. является, по существу, обязательным для нижестоящих судов при рассмотрении ими однородных дел, в которых норма подлежит применению в ее толковании высшим судебным органом.

Однако в связи с усилением реального значения для судебной практики решений высших судебных органов, дающих, по сути, нормативное толкование закона, ранее примененного нижестоящими судами при разрешении конкретного дела, возникает вопрос об обратной силе такого толкования, т.е. о возможности его

использования в качестве основания для отмены вынесенных судебных актов, исходивших из иной интерпретации нижестоящими судами положений законодательства.

Постановление Пленума ВАС РФ от 14 февраля 2008 года № 14 вызвало немало споров в юридическом сообществе и критики относительно допустимости процедуры пересмотра судебных актов, сочетающей в себе элементы как надзорного производства, так и пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам, не предусмотренной АПК РФ, и расширения путем толкования статьи 311 АПК РФ перечня вновь открывшихся обстоятельств, содержащихся в данной статье¹. Обоснование и практика применения упомянутого постановления Пленума ВАС РФ была проанализирована в принятом 21 января 2010 года постановлении Конституционного Суда РФ № 1-П о проверке конституционности статей 170, 311 и 312 АПК РФ.

Соответственно, целесообразно проанализировать практику Европейского суда по правам человека, касающуюся отмены окончательных судебных решений на основании изменившегося толкования норм права высшими судебными органами и соотнести основные выводы ЕСПЧ по данному вопросу с правовыми позициями Конституционного Суда, сформулированными в указанном постановлении².

*Практика Европейского суда в отношении отмены
российскими судами вступивших в законную силу судебных
решений по вновь открывшимся обстоятельствам*

Практика ЕСПЧ в отношении отмены российскими судами вступивших в законную силу судебных решений по вновь открывшимся обстоятельствам начала складываться с 18 ноября 2004 года, когда было вынесено первое из постановлений, каса-

¹ См., в частности: Новое Постановление ВАС РФ № 14: введение прецедента или распределение судебной нагрузки // Арбитражное правосудие в России. 2008. № 4. С. 73—89; Борисова Е.А. Вопросы производства по вновь открывшимся обстоятельствам в гражданском и арбитражном процессах // Закон. 2009. № 2. С. 86—100; Шварц М.З. Указ. соч.

² Анализ данной практики и ее соотношения с правовыми позициями Конституционного Суда РФ был опубликован в статье: Филатова М.А. Правовая позиция высшего судебного органа как основание для пересмотра судебного акта. Анализ практики Европейского Суда по правам человека // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2010. № 3. С. 76—90.

ющихся дел данной категории, — по делу «*Pravednaya v. Russia*», т.е. уже после нескольких лет анализа в юрисдикции ЕСПЧ российского надзорного производства. По данным делам было установлено, что изменение толкования нормы права высшим судебным органом уже в течение длительного времени рассматривается российскими судами общей юрисдикции в качестве вновь открывшегося обстоятельства: в судах общей юрисдикции такая практика возникла гораздо раньше, чем в судах арбитражных, и даже без специальных разъяснений Верховного Суда РФ по данному вопросу. Возможно, такая практика в российских судах начала более активно использоваться после многочисленных случаев признания Европейским судом отмены судебных решений в порядке надзора не соответствующей требованиям Конвенции.

Как отмечалось выше, Европейский суд оценивает отмену вступивших в законную силу судебных актов российских судов в системе координат европейского права, в первую очередь самой Конвенции, он не придает существенного значения тому, в какой именно процедуре происходит такая отмена. Именно поэтому многие позиции ЕСПЧ относительно отмены окончательных судебных решений при оценке как надзорного производства, так и производства по вновь открывшимся обстоятельствам совпадают. Кроме того, в российской правоприменительной практике происходит смешение институтов пересмотра судебных постановлений в порядке надзора и по вновь открывшимся обстоятельствам, поскольку одни и те же связанные с толкованием норм права основания используются судами для отмены судебных постановлений и в той, и в другой процедуре.

*Пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам
судебных актов о перерасчете пенсии с применением
повышенного пенсионного коэффициента*

подавляющее большинство постановлений ЕСПЧ по жалобам против России, в которых он рассматривал вопросы отмены по вновь открывшимся обстоятельствам судебных решений по гражданским делам, касаются однотипных категорий дел с одинаковыми фактическими обстоятельствами. Это дела о применении повышенного пенсионного коэффициента при перерасчете пенсии.

Вступивший в действие с 1 февраля 1998 года Федеральный закон от 21 июля 1997 года № 113-ФЗ «О порядке исчисления и увеличения государственных пенсий» ввел новый порядок исчисления пенсий, основанный на так называемом индивидуальном коэффициенте пенсионера (ИКП). После вступления в действие этого закона пенсионеры в массовом порядке начали обращаться в суд с требованиями о перерасчете пенсии с применением более высокого ИКП, чем это делали органы Пенсионного фонда. До определенного момента суды такие требования удовлетворяли. Однако постановлением Министерства труда и социального развития Российской Федерации от 29 декабря 1999 года № 54 было утверждено разъяснение «О применении ограничений, установленных Федеральным законом «О порядке исчисления и увеличения государственных пенсий», исключавшее возможность перерасчета пенсий. Разъяснение было обжаловано рядом граждан в Верховный Суд РФ, оставивший эти заявления без удовлетворения (решение от 24 апреля 2000 года). После принятия данного решения органы Пенсионного фонда стали обращаться в суды с заявлениями о пересмотре — по вновь открывшимся обстоятельствам — ранее вынесенных судебных актов о применении индивидуального коэффициента, при этом в качестве вновь открывшегося обстоятельства указывалось именно решение Верховного Суда, подтвердившее правомерность (законность) данного Минтрудом разъяснения. В отсутствие в ГПК РФ иного основания для пересмотра судебных решений по вновь открывшимся обстоятельствам органы Пенсионного фонда ссылались на п. 1 ч. 2 статьи 392 ГПК РФ, устанавливающий, что пересмотр допускается в связи с появлением существенного для дела обстоятельства, которое не было и не могло быть известно ни сторонам, ни суду. Как правило, такие заявления удовлетворялись судами и вели к отмене ранее принятых актов о перерасчете пенсий и вынесению новых, отказывавших задним числом в удовлетворении требований об увеличении пенсий. Отмена ранее вынесенных решений о применении индивидуального коэффициента означала, что суммы пенсий, рассчитанных на его основе, существенно уменьшались. И это действовало не только в отношении пенсионеров, предъявивших свои требования о перерасчете пенсии после разъяснения Минтруда, т.е. на будущее время, но и в отношении тех, кто уже получил повышенные суммы, т.е. было распространено на прошлое время.

В силу практической идентичности данных дел правовая позиция ЕСПЧ по ним, сложившаяся практически с самого первого постановления («*Pravednaya v. Russia*» от 18 ноября 2004 года), в дальнейшем сколь-либо значительно не изменялась. Суд указал, что в результате отмены решения (присудившего повышенную пенсию) по вновь открывшимся обстоятельствам заявительница была лишена права на ее получение в испрашиваемом размере, что привело к нарушению ее права на «уважение права собственности» по смыслу статьи 1 Протокола № 1 (п. 39). В то же время изъятие имущества может быть оправдано, *inter alia*, только публичными интересами и при соблюдении условий, установленных законом (ссылка на постановление по делу «*Brumanesku v. Romania*», п. 78). Под «публичным интересом», по общему правилу, может пониматься в том числе установление эффективного и единообразного порядка выплаты государственной пенсии, для чего государство может изменить свое законодательство (п. 40). Тем не менее усилия государства по обеспечению единообразного применения Закона о пенсиях не должны приводить к ретроспективному перерасчету сумм, присужденных вынесенным ранее судебным решением. Суд указал, что, лишив заявителя права на получение пенсии в сумме, установленной окончательным судебным решением, государство нарушило справедливый баланс защищаемых интересов (см., *mutatis mutandis*, п. 41 постановления от 3 июля 1997 года по делу «*Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*», § 43)¹.

Таким образом, по делам данной категории ЕСПЧ признал принцип правовой определенности нарушенным вследствие отмены вступивших в законную силу судебных решений в связи с изменившимся толкованием норм права вышестоящим судом, исходя из факта лишения заявителей по делу присужденных им отмененным решением благ.

В постановлении по делу «*Sukhobokov v. Russia*» от 13 апреля 2006 года Суд также сделал несколько важных для решения данной проблемы выводов:

«26. <...> Допустимо, что законодательству о регулировании пенсий свойственна изменчивость и что судебное решение не может рассматриваться в качестве гарантии от таких изменений в будущем. Тем не менее исполнение вступившего в законную

¹ Перевод на русский язык: СПС «Консультант-Плюс».

силу судебного решения, по которому полагается выплата пенсии за период, предшествующий судебному решению, должно быть гарантировано. Задачей Европейского Суда в настоящем деле является не определение правомерности отмены судебного решения в аспекте Конвенции, а определение того, могла ли отмена решения служить оправданием его неисполнения. В отношении последнего вопроса Суд не находит причин, которые позволили бы сделать иные выводы, чем в деле “*Pravednaya v. Russia*”. Поэтому отмена решения, которая не соответствует принципу правовой определенности и праву заявителя “на доступ к правосудию”, не может рассматриваться как обстоятельство, оправдывающее неисполнение судебного решения»¹.

В деле «*Bulgakova v. Russia*» Европейский суд разграничил понятия «вновь открывшиеся обстоятельства» и «новые обстоятельства», указав следующее:

«39. Первый вопрос, на который следует ответить, состоит в том, может ли документ, изданный после завершения судебного разбирательства, рассматриваться как “вновь открывшееся обстоятельство”, как указал национальный суд. В связи с этим важно отличать “вновь открывшиеся обстоятельства” от “новых обстоятельств”. Обстоятельства, которые касаются дела, существуют на момент судебного разбирательства, остаются скрытыми от судьи и становятся известными только после завершения судебного разбирательства, являются “вновь открывшимися”. Обстоятельства, которые касаются дела, но возникают только после завершения судебного разбирательства, являются “новыми”. Как представляется, в настоящем деле суды перепутали эти понятия.

<...> Второй вопрос, на который предстоит ответить, состоит в том, может ли принятие нового акта оправдать отмену первоначального судебного решения».

Суд указал, что, «хотя принятие судебного решения о выплатах пенсии в определенном размере нельзя рассматривать как гарантию от изменения пенсионного законодательства в будущем, в том числе в ущерб определенному благосостоянию получателей пенсий (см. «*Sukhobokov v. Russia*»), государство не может произвольно вмешиваться в судебный процесс. Если власти проиграли дело в суде, но добились возобновле-

¹ Перевод на русский язык: СПС «Консультант-Плюс».

ния рассмотрения дела, введя новое законодательство с ретроактивным применением, возникает вопрос о нарушении п. 1 статьи 6 Конвенции (о справедливом правосудии. — *Ред.*). Проблема — ретроактивного применения нового законодательства — была в центре и других дел.

В деле «*Vasilyev v. Russia*» Европейский суд отметил, что отмена судебного решения по делу заявителя не может оправдываться наличием «вновь открывшихся обстоятельств». Единственной причиной пересмотра урегулированного спора является появившееся разъяснение государственного органа, позволившее говорить о новом толковании закона, который лежал в основе уже вынесенного в пользу заявителя судебного решения. При этом толкование было дано тем же государственным органом, который являлся проигравшей стороной судебного разбирательства. Наконец, решающим в деле является то обстоятельство, что применение новых правил привело к ретроспективному перерасчету пенсии заявителю, установленной судебным решением от 21 октября 1999 года. Таким образом, Управление Пенсионного фонда РФ, установив новые правила, которые могли быть применимы к другим делам в будущем, добилось также отмены вступившего в силу судебного решения, заменив «неверное» юридическое толкование закона «правильным», выгодным для себя, что несовместимо с принципом правовой определенности и равенства сторон (§ 43 постановления от 13 октября 2005 года)¹.

В данном постановлении ЕСПЧ определяющими критериями недопустимости отмены вступивших в законную силу судебных актов признаются два момента: иное толкование законодательства вышестоящим судом в качестве основания для отмены решения, вынесенного в пользу гражданина по его спору с государством, а также ситуация, когда «власти проиграли дело в суде, но добились возобновления рассмотрения дела, введя новое законодательство с ретроактивным применением». Использование государством в споре с частным субъектом своих возможностей, многократно превосходящих возможности данного субъекта, Суд рассматривает и как нарушение процессуального равенства сторон, и как нарушение правовой определенности.

¹ Перевод на русский язык: СПС «Гарант».

В постановлении по делу «*Kondrashina v. Russia*» от 12 июля 2007 года Суд, подтвердив свои выводы по делу «*Bulgakova v. Russia*», указал также следующее:

«50. Даже признавая, что единообразное применение закона о пенсиях необходимо в публичных интересах, следует отметить, что соответствие “пересмотра” дела заявителя требованиям законности является спорным. Также и признавая, что толкование судами национального процессуального права не было произвольным... необходимо все же установить, было ли такое вмешательство соразмерно преследуемой законной цели.

51. В этой связи Суд напоминает свои выводы по делу “*Pravednaya*”: “возможная заинтересованность государства в единообразном применении Закона о пенсиях не должна приводить к ретроспективному перерасчету присуждаемых этим решением денежных сумм (“*Pravednaya v. Russia*”, § 41)”¹.

В деле «*Kuznetsova v. Russia*» (постановление от 7 июня 2007 года) Европейский суд отметил следующее: «40. Европейский суд также особо подчеркивает, что процедура пересмотра дела по вновь открывшимся обстоятельствам сама по себе не противоречит принципу правовой определенности в той степени, насколько она служит целям исправления несправедливости при отправлении правосудия. Задача Европейского Суда — определить, была ли данная процедура реализована способом, совместимым с положениями пункта 1 статьи 6 Конвенции...»¹.

В этом деле Европейский суд также указал, что «не считает необходимым рассматривать вопрос, явилось ли решение Верховного Суда Российской Федерации, принятое 24 апреля 2000 г., то есть после принятия решения Серпуховским городским судом Московской области, “вновь открывшимся обстоятельством”, как утверждали власти Российской Федерации... поскольку данные вопросы относятся к предмету регулирования национального законодательства. <...> (§ 42)». Таким образом, Суд подчеркнул, что форма процедуры отмены не так важна, как оправданность последней и ее последствия.

Проводя различия между «вновь открывшимися» и «новыми» обстоятельствами, Суд подчеркивает, что изменение правоприменительного толкования не может рассматриваться как

¹ Перевод на русский язык: СПС «Гарант».

обстоятельство, оправдывающее отмену судебного решения, вынесенного в пользу заявителя. При этом определяющим для установления нарушения Конвенции в делах данной категории является совсем не то, что изменение толкования положения законодательства рассматривалось судами как вновь открывшееся обстоятельство, хотя на самом деле оно таковым не являлось. Недопустимость отмены связывается Европейским судом исключительно с тем, привела ли такая отмена к ухудшению установленного судебным решением положения лица.

В деле *«Kumkin and Others v. Russia»* (постановление от 5 июля 2007 года, § 34) Суд воспроизвел свою позицию, сформулированную ранее применительно к оценке производства в порядке надзора: «Тот факт, что вышестоящий суд не согласился с толкованием национального законодательства нижестоящими судами, не может, по сути, служить исключительным обстоятельством, дающим право отменять обязательное к исполнению судебное решение и возобновлять судебное разбирательство по делу заявителей (см. постановление Европейского Суда по делу *“Kot v. Russia”* от 18 января 2007 г., жалоба № 20887/03, § 29)»¹.

Этот вывод опять-таки подтверждает, что вне зависимости от конкретной процедуры пересмотра вступившего в законную силу судебного решения (в порядке надзора или по вновь открывшимся обстоятельствам) отмена такого решения единственно по основанию изменения толкования норм права вышестоящим судом несовместима с требованиями статьи 6 Конвенции (при общем условии, что такая отмена приводит к ухудшению установленного данным решением положения лица).

Универсальный характер позиции Суда относительно отмены вступивших в законную силу судебных решений вне зависимости от процедуры такого пересмотра подтверждает и упомянутое выше постановление по делу *«Vasilyev v. Russia»*. Фабула данного дела полностью совпадает с фабулой вышеупомянутых дел: заявитель обжаловал начисление ему пенсии в части примененного индивидуального коэффициента; суд первой инстанции удовлетворил требование заявителя, кассационная инстанция оставила решение без изменения, а вскоре после этого было издано разъяснение Минтруда России. Отличие же данного дела в том, что после издания разъяснения решение было отменено

¹ Перевод на русский язык: СПС «Гарант».

не по вновь открывшимся обстоятельствам, а в порядке надзора президиумом областного суда; в качестве основания для отмены решения было указано неправильное применение нижестоящим судом норм права. Рассматривая данную жалобу, Суд применил свои общие позиции по делам Рябых, Брумареску и Совтрансавто о недопустимости отмены вступившего в законную силу судебного решения по протесту должностного лица в течение не ограниченного законом срока.

Таким образом, практика ЕСПЧ демонстрирует также отсутствие четкого разграничения в правоприменительной практике российских судов общей юрисдикции двух видов пересмотра вступивших в законную силу судебных решений: в порядке надзора и по вновь открывшимся обстоятельствам, поскольку в делах с абсолютно схожими фактическими и правовыми обстоятельствами российские суды отменяют по одним и тем же основаниям судебные решения как в порядке надзора, так и по вновь открывшимся обстоятельствам.

Несколько иная фабула (связанная с выплатой военнослужащему дополнительной компенсации за участие в контртеррористической операции на территории Чеченской Республики) имела место в деле *«Tetzen v. Russia»* (постановление от 3 апреля 2008 года). В этом случае судебное решение было отменено вынесшим его судом по вновь открывшимся обстоятельствам в связи с тем, что решение было основано на «недостовверных доказательствах», а именно на расчете заявителя, не имеющем юридической силы.

В этом деле Правительство РФ указывало, что решение суда от 25 августа 2003 г. в конечном счете было отменено ввиду «недостовверных доказательств», представленных заявителем. Оно утверждало, что не было никакого нарушения принципа *res judicata*, поскольку «заявитель не мог законно ожидать стабильности судебного решения, основанного на “недостовверных доказательствах”». В равной мере он не мог законно ожидать, что решение суда будет исполнено, поскольку он понимал, что его требования были основаны на “недостовверных доказательствах”. Ошибки в доказательной базе не были известны ответчику своевременно, поскольку представитель не принимал участие в судебном заседании 25 августа 2003 г. (п. 20)». Однако Суд не убедили «утверждения Правительства, что у заявителя не было законного ожидания, что решение должно будет исполнено, поскольку оно было основано на “недостовверных доказательствах”. Воен-

ный суд рассмотрел доказательства, представленные заявителем, и удовлетворил его требования. Не было никакого указания в решении на то, что суд посчитал доказательства несоответствующими или недостоверными. [...]» (§ 23).

Суд повторил, что «процедура отмены вступившего в силу решения суда предполагает, что есть доказательства, прежде недоступные для применения, которые должны привести к другому результату судебного разбирательства. Лицо, обращающееся за отменой [по вновь открывшимся обстоятельствам], должно доказать, что не было никакой возможности представить доказательства на окончательном судебном заседании и что доказательства значимые» (см.: «*Pravednaya v. Russia*», № 69529/01, § 27, 18 ноября 2004). Правительство не указало на какие-либо исключительные обстоятельства, которые могли помешать военному командованию оспорить доказательства в суде первой или кассационной инстанции. Наоборот, как явствует, военное командование явно отказалось от права принимать участие в судебном заседании в военном суде и впоследствии предпочло не воспользоваться своим правом обжалования решения суда первой инстанции. Из этого следует, что заявление командования о пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам было, в сущности, попыткой оспорить дело по основаниям, которые командование было в состоянии представить, но не сделало этого в первоначальном судебном заседании. Суд, следовательно, считает, что заявление командования является «замаскированной жалобой», а не добросовестной попыткой исправить судебную ошибку (см. *Pravednaya*, § 32)» (§ 25 постановления)¹.

*Объединение в ЕСПЧ российских дел по жалобам
на решения Пенсионного фонда о пересмотре пенсий*

Перечень рассмотренных Судом дел данной категории достаточно обширен (см., в частности, постановления по делам «*Kuznetsova v. Russia*» от 7 июня 2007 года; «*Volkova and Basova v. Russia*» от 5 июля 2007 года, «*Kumkin and others v. Russia*», «*Левочкина против России*», «*Николай Жуков против России*», «*Смирницкая и другие против России*» от 5 июля 2007 года; «*Ведерникова против России*» от 12 июля 2007 года; «*Кондрашина против Рос-*

¹ Перевод на русский язык: сайт защиты прав граждан, пострадавших от радиации, «Чернобыль» (www.chernobyl86.ru).

сuu» от 17 июля 2007 года; «*Tetzen v. Russia*» от 3 апреля 2008 года; «*Erogoва v. Russia*» и «*Maltseva v. Russia*» от 19 июня 2008 года; «*Rodichev v. Russia*» от 23 октября 2008 года). В последнее время, очевидно в силу большого количества однотипных дел (что, в свою очередь, свидетельствует о сложившейся в российских судах практике), обычной практикой Суда становится объединение жалоб больших групп российских заявителей в силу сходства фактических и правовых обстоятельств дел. Так, в 2009 году Судом были приняты постановления по делам «*Goncharova and other 68 cases of Pensioners with Privileges v. Russia*» от 15 октября 2009 года и «*Botzkalev and Rostovtzeva and other 42 cases of Pensioners with Privileges v. Russia*» от 26 ноября 2009 года, также касающиеся отмены судебных решений о подлежащем применению размере пенсии. Фабулы данных дел практически идентичны: судебные решения по делам заявителей были вынесены в 2006—2007 годах и впоследствии отменены в связи с тем, что при их вынесении не было учтено толкование Федерального закона «О трудовых пенсиях», данное Верховным Судом РФ в декабре 2005 года и в марте 2007 года.

Во всех перечисленных делах Европейский суд рассмотрел заявления, подаваемые органами Пенсионного фонда, о пересмотре вынесенных судебных решений по вновь открывшимся обстоятельствам как замаскированное обжалование, а не как добросовестное усилие исправить ошибку при отправлении правосудия. Очевидно, впрочем, что в российской правовой системе нет однозначного понимания отличий между этими двумя концепциями в практике Суда, поскольку, например, расхождения в допустимых вариантах толкования нормы права между нижестоящим и вышестоящим судами как в практике, так и в теории подчас рассматриваются как «судебные ошибки».

*Запрет отмены решений судов, влекущий ретроактивно
ухудшение положения гражданина, выигравшего ранее
спор с государством*

У приведенных дел есть еще одно общее свойство: во всех них были отменены решения, вынесенные в пользу частного лица в его споре с государством и в результате такой отмены ретроспективно были уменьшены суммы (размеры пенсии), присужденные данными судебными решениями, т.е. ухудшилось положение граждан в их споре с государством.

В то же время по понятным причинам предметом рассмотрения Европейского суда ни разу не становились дела, в которых судебное решение было отменено с улучшением положения гражданина в споре, другой стороной которого являлись публичные органы, — в этих случаях у гражданина нет причин для недовольства и обращения в ЕСПЧ, а другой стороне (государству) такое право не предоставлено.

Соответственно, одни и те же основания для отмены окончательных судебных решений — в зависимости от того, к какому результату привела эта отмена, — с точки зрения Европейского суда могут рассматриваться как противоречащие Конвенции или как совместимые с ней.

Если, к примеру, в результате пересмотра в порядке надзора или по вновь открывшимся обстоятельствам будет отменено решение, которым ранее гражданину отказано в реализации его права по отношению к государству, и право это будет восстановлено, то такая отмена, по очевидным причинам, не будет признана несовместимой с Конвенцией.

*Правомерность ретроактивного применения
изменившегося толкования нормы права,
данного высшим судебным органом*

Соответственно, ретроактивное применение изменившегося толкования нормы права высшим судебным органом — с возможной отменой решений нижестоящих судов, вынесенных до изменения этого толкования, — может быть признано правомерным в зависимости от двух обстоятельств. Во-первых, от категории спора — это должен быть спор с элементами публично-правовой природы, включающий частного субъекта (гражданина или юридическое лицо), с одной стороны, и публичный орган (государственный или иной, выполняющий публичные функции) — с другой. Во-вторых, от результата отмены окончательного судебного решения для более слабой в споре стороны, т.е. частного субъекта, — такая отмена должна приводить к улучшению положения последнего. Если положение гражданина улучшается, то, как представляется, ничто не мешает применить и такие основания для отмены окончательного судебного решения, которые в иных обстоятельствах расценивались бы Европейским судом как недопустимые. Но важно повторить, что это применимо в основном к делам из публичных правоотношений или тесно с ними связанным

(т.е. к отношениям гражданина с государством или его агентами, выполняющими публичную функцию, причем речь далеко не всегда идет о собственно государственных органах или должностных лицах, это могут быть и субъекты, формально не являющиеся государственными, например муниципальные органы, бюджетные учреждения, скажем учреждения здравоохранения, и т.д.).

Сложнее с решениями по делам, вытекающим из гражданских правоотношений, когда, в силу равного статуса частных субъектов, отсутствия «подчиненной» стороны в правоотношении, улучшение положения одной из сторон в результате отмены судебного решения обычно сопровождается ухудшением положения другой стороны. В этом случае применяется общий принцип, сформулированный Судом, — о недопустимости произвольной отмены окончательного судебного решения.

Из сказанного можно сделать следующие выводы.

Отмена судебных решений по основанию, вытекающему из изменения высшим судебным органом толкования норм права, положенных в основу решений, уже после их вынесения, вне зависимости от примененной процедуры такой отмены, признается ЕСПЧ несовместимой с положениями Конвенции, если она приводит к ретроспективному ухудшению правового положения гражданина, установленного данным судебным решением.

Обширная практика Суда демонстрирует тенденцию к признанию недопустимой отмены судебных решений, вынесенных в пользу гражданина, по ординарным основаниям, к которым относится и изменение толкования нормы права высшим судебным органом, если в результате такой отмены гражданин лишается присужденных ему с государства или субъектов, выполняющих публичные функции, имущественных благ. Именно на защиту этого приобретенного статуса гражданина направлено действие принципа правовой определенности.

Данный вывод Суда справедлив вне зависимости от того, пересматривалось ли решение в порядке надзора или по вновь открывшимся обстоятельствам, так как в большинстве случаев выявленных Судом нарушений Конвенции вследствие отмены вступивших в законную силу судебных решений в порядке надзора речь шла об отмене решений, по которым государство или его уполномоченные органы, а также публичные агенты, выполняющие определенные функции государства (в том числе бюджетные учреждения, муниципальные образования и пр.), выступали в качестве должника, т.е. должны были уплатить денежные

суммы, предоставить имущество или совершить определенные действия.

Однако иные последствия подразумевает ситуация, когда в результате отмены решения, вынесенного по спору публично-правового характера с участием государства и гражданина, положение последнего улучшается. Из приведенного выше анализа практики Суда следует, что такого рода последствия не являются несовместимыми с Конвенцией, поскольку они направлены на защиту главного объекта охраны Конвенции — человека — в его отношениях с государством. Такой спор публично-правового характера может включать дела о привлечении гражданина (или юридического лица, которое также может рассматриваться как «частный субъект») к ответственности, дела, в которых государство несет ответственность за вред, причиненный лицу, или же в которых речь идет об исполнении государством каких-либо обязательств перед лицом (в первую очередь обязательств социального характера).

И если произвольного ухудшения положения лица, привлекаемого к ответственности, в российской правовой системе можно не допустить путем применения общеправового принципа недопустимости обратной силы закона, усиливающего ответственность, то применение данного подхода к случаям, связанным с лишением лица того, что ему было присуждено судебным решением по иску к государству, для российского правопорядка является абсолютно новым явлением.

*Соотносимость подходов ЕСПЧ и КС РФ
к вопросу об обратной силе толкования норм
высшими судебными органами*

Отмена вступивших в законную силу судебных постановлений вследствие изменения толкования норм права высшими судебными органами стала предметом особенно громких обсуждений в связи с внедрением в арбитражных судах своего рода «гибрида» процедур надзора и пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам на основании упоминавшегося постановления Пленума ВАС РФ № 14, принятого в 2008 году. Данная практика подверглась анализу Конституционного Суда РФ в постановлении от 26 января 2010 года № 1-П.

В своем постановлении Конституционный Суд фактически «вернул» данную практику в русло пересмотра по вновь открыв-

шимся обстоятельствам, уточнив, что вопрос о возможности такого пересмотра должен решаться судом, принявшим оспариваемый судебный акт. При этом указание в определении судей Высшего Арбитражного Суда РФ на возможность такого пересмотра остается лишь рекомендацией.

Конституционный Суд подчеркнул также, что в постановлениях Высшего Арбитражного Суда РФ, в которых сформулирована новая правовая позиция, должно содержаться прямое указание на возможность придания последней обратной силы, что влечет за собой возможность отмены ранее вынесенных актов нижестоящих судов, принятых на основе действовавшего прежде толкования соответствующей нормы.

Наконец — и, на наш взгляд, это самый важный вывод, сделанный в указанном постановлении, — Конституционный Суд прямо указал на недопустимость придания обратной силы такому толкованию, которое ухудшает положение частного лица в его отношениях с государством, обосновав этот вывод общим конституционным принципом недопустимости придания обратной силы закону, усиливающему ответственность. В частности, как следует из постановления КС РФ, «не может иметь обратную силу постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации или постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, содержащее толкование нормы права, вследствие которого ухудшается положение лица, привлеченного или привлекаемого к административной ответственности. В результате такого толкования не может ухудшаться (по сравнению с толкованием, ранее устоявшимся в судебной практике) и положение налогоплательщиков, поскольку — в силу статей 54 и 57 Конституции Российской Федерации — недопустимо придание обратной силы законам, ухудшающим положение налогоплательщиков, в том числе, как указано в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 8 октября 1997 года № 13-П, в актах официального или иного толкования либо в правоприменительной практике» (п. 5 мотивировочной части).

Сослался Конституционный Суд и на требование формальной определенности правовой нормы, предполагающее, что «участники соответствующих правоотношений должны иметь возможность в разумных пределах предвидеть последствия своего поведения и быть уверенными в неизменности своего официально признанного статуса, а также приобретенных прав и обязанностей. Это исключает отмену окончательных судебных

актов, определяющих права физических или юридических лиц в их отношениях с государством, в частности в случаях, когда за ними признается право на получение определенных благ, кроме случаев, когда судебный акт вынесен в результате ненадлежащего отправления правосудия, т.е. с такими нарушениями, без исправления которых невозможна компенсация ущерба, причиненного судебной ошибкой (Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 5 февраля 2007 года № 2-П)».

Соответственно, не исключается возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов на основании правовой позиции, впоследствии сформулированной в постановлении Пленума ВАС РФ или в постановлении Президиума ВАС РФ, если в результате нового толкования улучшается положение лиц, привлекаемых к налоговой, административной или иной публично-правовой ответственности. Впрочем, Конституционный Суд оставил возможность пересмотра по данному основанию и решения, вынесенного по спору равных частных субъектов, «в исключительных случаях по делам, вытекающим из гражданских правоотношений, если этого требуют — по своему существу публичные — интересы защиты неопределенного круга лиц или заведомо более слабой стороны в правоотношении».

На наш взгляд, эти выводы Конституционного Суда достаточно точно отражают подходы Европейского суда к данному вопросу, а главное — соответствуют его аргументации. Между тем дальнейшее развитие ситуации, связанной с этой проблемой, порождает меньше оптимизма, чем можно было ожидать после принятия указанного постановления Конституционного Суда.

Несогласованность с Конвенцией российского законодательного регламента и правоприменения по вопросу о пересмотре вступивших в законную силу актов в связи с толкованием норм высшими судами

Федеральным законом от 23 декабря 2010 года № 379-ФЗ в статью 311 АПК РФ внесены изменения (вступили в силу 28 марта 2011 года), согласно которым в данную норму вводится понятие «новые обстоятельства — указанные в части 3 настоящей статьи, возникшие после принятия судебного акта, но имеющие существенное значение для правильного разрешения дела обстоятельства». К таким новым обстоятельствам относится в том числе «определение либо изменение в постановлении Пленума

Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации или в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации практики применения правовой нормы, если в соответствующем акте Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации содержится указание на возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в силу данного обстоятельства» (п. 5 ч. 3 статьи 311 АПК РФ).

В этой норме ничего не говорится об условиях придания обратной силы практике применения правовой нормы о недопустимости ухудшения в результате подобного изменения правового положения лица в его правоотношениях с государствам.

Нет такой оговорки и в новой редакции статьи 392 ГПК РФ, введенной все тем же Законом № 353-ФЗ. В соответствии с данной нормой новым обстоятельством, оправдывающим пересмотр судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам, становится «определение (изменение) в постановлении Президиума Верховного Суда Российской Федерации практики применения правовой нормы, примененной судом в конкретном деле, в связи с принятием судебного постановления, по которому подано заявление о пересмотре дела в порядке надзора, или в постановлении Президиума Верховного Суда Российской Федерации, вынесенном по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора, или в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации».

Соответственно, потенциально сохраняется проблема несовместимости применения данных положений законодательства арбитражными судами с Конвенцией о защите прав человека и основных свобод.

Практика арбитражных судов, сформировавшаяся после принятия указанного постановления Конституционного Суда, также не отличается последовательностью в реализации сформулированных в данном постановлении подходов. Достаточно часто в практике Высшего Арбитражного Суда РФ можно встретить вынесенные коллегией судей определения, в которых указывается на возможность пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам судебных актов арбитражных судов, вынесенных по спорам частного характера, между частными субъектами. При этом никаких «исключительных» обстоятельств, на необходимость наличия которых указывал Конституционный Суд и которые могли бы оправдать в данных случаях придание обратной силы новому толкованию норм права Высшим Арбитражным Судом, т.е. обосновать отсут-

пление от принципа правовой определенности для одной из сторон частнопроводимого спора, в этих актах не приводится¹.

Не исключены в практике ВАС РФ и случаи, когда обратная сила придается толкованию, ухудшающему положение частного субъекта в его отношениях с публичным органом; чаще всего речь идет об изменении практики по налоговым спорам (см., например, Определение ВАС РФ от 28 февраля 2011 года № ВАС-17332/10, в котором указывается на возможность пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам судебного акта по жалобе налогового органа в связи с изменившейся практикой ВАС РФ по аналогичным правоотношениям в пользу налоговых органов). Согласно постановлению Президиума ВАС РФ, которое рассматривается как изменяющее толкование закона в худшую для гражданина сторону, налогоплательщику было отказано в признании недействительным решения налогового органа о доначислении ему налога, пеней и взыскании штрафа по операциям передачи в аренду недвижимого имущества, закрепленного за ним на праве хозяйственного ведения. Такому толкованию придана обратная сила.

Однако есть и другие примеры. Так, позиция о недопустимости придания обратной силы толкованию, ухудшающему положение налогоплательщика, сформулирована в постановлении Президиума ВАС РФ от 16 ноября 2010 года № 10914/09. В данном деле налоговый орган обратился с заявлением о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам судебных актов, вынесенных в пользу налогоплательщика, до принятия Президиумом ВАС РФ постановления от 13 октября 2009 года № 6508/09, которым была определена практика применения положений статьи 148 Налогового кодекса РФ. Согласно этой статье реализация услуг по предоставлению российскими организациями или индивидуальными предпринимателями во временное пользование морских судов в целях, не связанных с перевозкой грузов или пассажиров, подлежит обложению налогом на добавленную стоимость; при этом не имеет значения, где арендатор использует судно.

Арбитражный суд Мурманской области, куда инспекция ФНС обратилась с заявлением о пересмотре вынесенных в пользу заявителя судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам в свя-

¹ Из актов такого рода можно привести определения ВАС РФ от 3 марта 2011 года № ВАС-17947/10, от 2 марта 2011 года № ВАС-436/11 и № ВАС-17920/10, от 1 марта 2011 года № ВАС-18413-10, от 25 февраля 2011 года № ВАС-897/11 и многие другие.

зи с новой правовой позицией ВАС РФ по данному вопросу, в удовлетворении заявления отказал, сославшись на постановление Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 года № 1-П, а именно на то, что применение содержащегося в правовой позиции ВАС РФ толкования правовой нормы приведет к ухудшению положения общества, что противоречило бы конституционному принципу справедливости. Президиум ВАС РФ согласился с этим решением.

Данная позиция поддержана и в дальнейшей практике ВАС РФ. Так, коллегия судей ВАС в Определении ВАС РФ от 25 февраля 2011 года № ВАС-7854/09 указала на недопустимость пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам судебного акта по основанию изменившегося толкования нормы права Президиумом ВАС РФ, поскольку это приведет к ухудшению положения общества в его споре с налоговым органом

Применительно к делам частноправового характера, к сожалению, подходы Европейского суда (воспроизведенные Конституционным Судом в упомянутом постановлении № 1-П) не всегда соблюдаются.

*Отмена судебных актов арбитражных судов
в порядке надзора по основанию нарушения единообразия
в применении норм закона*

Проблема придания обратной силы изменившемуся толкованию правовой нормы имеет и другое измерение, до сегодняшнего дня в практике Европейского суда не встречавшееся, что не исключает возможности его проявления в будущем. Это проблема отмены судебных актов арбитражных судов в порядке надзора по основанию нарушения оспариваемыми актами единообразия в толковании и применении судами норм права (статья 304 АПК РФ). Во многих случаях отмена судебных актов в порядке надзора по названному основанию связана не с тем, что данные акты не соответствуют уже сформированной высшим судебным органом практике, а с новым (иным) толкованием примененных норм Президиумом ВАС, отличающимся от их толкования нижестоящими судами. Так, М.З. Шварц обоснованно указывает: «Анализ постановлений Президиума ВАС РФ убеждает в том, что высшая надзорная инстанция не рассматривает себя в качестве хранителя накопленного в системе арбитражных судов опыта рассмотрения дел, защитника устоявшихся подходов к их разрешению. В по-

давляющем большинстве случаев постановления Президиума ВАС РФ содержат иное толкование норм права, чем то, которое сложилось к этому моменту в арбитражной судебной практике»¹.

Аналогичное основание для отмены вступивших в законную силу судебных постановлений в порядке надзора, а именно нарушение единообразия в толковании и применении судами норм права вводится и в гражданском процессе в судах общей юрисдикции. Соответственно, возможна ситуация, когда в результате отмены судебного акта в результате изменения его толкования высшим судом произойдет ухудшение положения частного лица в правоотношениях публичной природы, что, в свою очередь, породит проблему совместимости такого рода отмены с положениями Европейской конвенции.

Поэтому, на наш взгляд, общие подходы, сформулированные Европейским судом в его практике по делам, связанным с отменой судебных решений, и воспроизведенные Конституционным Судом в постановлении от 26 января 2010 года № 1-П, должны быть применимы и к производству в порядке надзора в российских судах, с учетом того, что в настоящее время такое основание для отмены судебных актов фактически применяется как «нарушение единообразия в толковании и применении судами норм права».

4. Соотношение принципов законности и правовой определенности

*Принцип правовой определенности как методологическая
основа оценки соответствия Конвенции процедур
пересмотра и отмены судебных решений*

Для лучшего понимания тех критериев, которые используются Судом при оценке процедур пересмотра и отмены судебных решений, необходимо обратиться к принципу правовой определенности, который используется в качестве методологической основы такой оценки. Данный принцип, имеющий и в европейском праве, и в практике Суда чрезвычайно широкое наполнение, далеко не ограничивается формальной целью обеспечения стабильности судебных актов.

¹ Шварц М.З. Указ. соч. С. 110.

Принцип правовой определенности, признанный также Европейским судом справедливости одним из общих принципов права Европейского союза, произведен от верховенства права и свойствен публичному праву; он применяется в первую очередь к отношениям между гражданином и публичными органами — как национальными, так и наднациональными, имеет всеобъемлющий характер и как таковой применяется также в отношениях между государствами — членами Сообщества и его органами. Содержание данного принципа раскрывается наднациональными судебными органами, в первую очередь Европейским судом справедливости (Люксембургским судом), на базе национальных законов, при этом Люксембургский суд может признать общий принцип частью права европейских сообществ, даже если он не признается в национальном праве отдельных государств — членов ЕС¹.

Цель использования данного принципа состоит в защите индивида, в «обеспечении предсказуемости всех ситуаций и правоотношений, регулируемых правом Сообщества»², а его содержание можно свести к следующему: обязательства, налагаемые государством на граждан, должны быть четкими и понятными и все сомнения в толковании нормы права должны разрешаться в пользу граждан³.

Правовая определенность в практике Европейского суда по правам человека связывается со статусом *res judicata* судебных решений, которыми спорные отношения установлены окончательно; в практике Люксембургского суда действие этого принципа также связывается с поддержанием существующих или установленных преимуществ и благ.

Исходя из этого, Европейский суд оценивает процедуру пересмотра судебного акта не саму по себе, а в контексте тех последствий для заявителя, к которым она привела. Как отмечал ЕСПЧ в своих решениях, его задача заключается не в оценке положений национального законодательства, а в определении совместимости результатов толкования и применения судами норм национального права с Конвенцией; это относится, в частности, к ис-

¹ См.: Tridimas T. *The General Principles of EC Law*. Oxford : Oxford University Press, 1999. P. 3—4.

² Ibid. P. 165; ссылка на дело Люксембургского суда: Case C-63/93 Duff & others v. Minister for Agriculture & Food, Ireland, and the Attorney General [1996] ECR I-569, para 20.

³ Ibid, ref. 20.

толкованию судами процессуальных норм (см. постановление по делу «*Miragall Escalano v. Spain*» от 25 января 2000 года).

Для такой оценки, как было показано выше, Суд использует совокупность критериев: основания отмены, соответствие примененной процедуры основным фундаментальным гарантиям, предусмотренным Конвенцией, и имущественные последствия отмены судебного решения для заявителя. Суд признает такую отмену несовместимой с положениями Конвенции, только если в результате заявитель лишается присужденного ему (как следствие, не оправдываются правомерные ожидания заявителя), что и приводит к нарушению принципа правовой определенности. Именно поэтому нарушение статьи 6 по такого рода делам, как правило, констатируется Европейским судом «в связке» со статьей 1 Протокола № 1, гарантирующего право на уважение имущества.

В тех же случаях, когда положение гражданина (в его отношениях с государством) улучшается в результате отмены окончательного судебного решения, вопрос о нарушении по понятным причинам не возникает, поскольку здесь просто нет субъекта, недовольного отменой решения (кроме государства, которое не может обратиться в Европейский суд с жалобой на самого себя).

Таким образом, статья 6, как и другие нормы Конвенции, предполагает обеспечение прав каждого на справедливое судебное разбирательство, но при этом, очевидно, форма такого разбирательства не может рассматриваться отдельно от его результата. Стабильность судебного решения для гражданина важна не сама по себе, а только тогда, когда эта стабильность предохраняет вынесенное в его пользу решение от произвольной отмены или изменения. При этом вряд ли кто-то будет ратовать за сохранение в силе вынесенного против его интересов решения только лишь в целях защиты стабильности судебного решения. И напротив, ради улучшения своего правового положения в результате отмены решения гражданин, конечно, не будет возражать против такой отмены, даже если с точки зрения формы она не вполне соответствует сформулированным Судом позициям.

Следовательно, возможность отступления от принципа правовой определенности Суд связывает с оценкой тех интересов, необходимость защиты которых требует отмены вступившего в законную силу судебного акта. Суд при этом находится в постоянном поиске баланса между различными ценностями, гарантируемыми Конвенцией. Этот баланс состоит в выявлении соотношения интересов частного субъекта, в пользу которого вынесено

судебное решение и который имеет право полагаться на результат судебного разбирательства, завершившегося вынесением решения, вступившего в законную силу, и интересов государства, заинтересованного, среди прочего, в единообразном применении законодательства, в исправлении судебных ошибок, связанных с толкованием судами норм права¹.

*Различия в европейской и российской практике
применительно к принципу правовой определенности*

Нарушение принципа правовой определенности является, согласно практике Суда по российским делам, одним из самых распространенных. Ни принятие новых процессуальных кодексов, ни неоднократные последующие изменения законодательства, в том числе учитывающие правовые позиции ЕСПЧ, ни принятое в развитие этих позиций постановление Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 года № 2-П не смогли полностью устранить причины, приводящие к нарушениям. Такая резистентность российской правовой системы связана с приверженностью судебной практики, а также законодателя иным ценностям, отличным от тех, на которые опирается Европейский суд.

С развитием практики ЕСПЧ по российским делам, связанным с отменой вступивших в законную силу судебных решений, в российской правовой системе проявился конфликт между такими ценностями, как требования законности судебных решений и требования защиты определенности устанавливаемого ими правового состояния.

Принцип правовой определенности — фундаментальный принцип европейского права — для российской правовой системы, как отмечалось ранее, является новым. Его философская и социологическая основа, генезис и содержание мало изучены в российской науке, использование данного принципа как концептуальной основы практики Европейского суда по указанной категории дел вызывает непонимание, как следствие — неприятие и сопротивление значительной части правоприменителей, а также, в определенной мере, доктрины и законодателя.

В то же время такая ценность, как законность, обоснованность выносимых судебных актов является традиционной для

¹ На это же указывает Б.Л. Зимненко. См.: Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 177–178.

отечественной правовой системы, а следовательно, понятной и всячески поддерживаемой.

Разумеется, мы далеки от того, чтобы — в целях имплементации европейских стандартов — отказаться от принципа законности или умалить его значение. Задача, стоящая перед российской правовой системой, состоит в поиске баланса между этими двумя ценностями, подчас воспринимаемыми как противоречащие друг другу, хотя универсальный принцип законности или верховенства права в правовых системах европейских стран всегда сосуществует с принципом правовой определенности и они не воспринимаются как отражающие конфликт публичного (общественного) и частного интереса. Каждый из указанных принципов имеет и публичную и частную составляющую. Государство же должно быть более других субъектов заинтересовано в установлении разумного баланса между ними.

Разрешение споров и гармонизация правоотношений как цель гражданского судопроизводства, обуславливающая принцип правовой определенности в судебной системе

Внесение определенности в правовые отношения сторон необходимо рассматривать как одну из целей судопроизводства, из чего исходит в своей практике и ЕСПЧ. Схожее понимание основной цели деятельности суда можно найти в работах представителей дореволюционной российской процессуальной науки, в частности М. Малинина, который определял эту основную цель как «разрешение споров и водворение спокойных правоотношений».

Исходя из указанной цели деятельности гражданского судьи, М. Малинин сформулировал «основной неизменный закон гражданского процесса». Это «закон, по которому совершаются явления, образующие гражданский процесс», т.е., с одной стороны, закон, вытекающий из природы человека, неизбежно требующий удовлетворения своих потребностей, в дальнейшем неизбежно порождающий между людьми столкновение в области частноправовых отношений, с другой — закон самосохранения государства, неизбежно требующий водворения спокойствия в правоотношениях граждан¹.

¹ См.: Виноградова Е.А. Фундаментальные положения гражданского процессуального права. С. 27. В указанной работе подробно анализируется содержание «основного неизменного закона» М. Малинина и обосновывается его значение.

Восстановление спокойных правоотношений можно рассматривать как макроцель процесса, к достижению которой стремится государство путем установления процессуальных институтов. Соответственно, государство в первую очередь заинтересовано в окончательности судебного разбирательства для эффективной реализации своей функции по скорому разрешению споров и восстановлению спокойных правоотношений. Это определяет политику в установлении целей конкретных стадий и институтов судебного разбирательства. Однако в окончательности судебного разбирательства заинтересованы и конкретные лица, участвующие в деле и согласные с вынесенным судебным решением. Таким образом, окончательность судебного разбирательства — предмет как публичного, так и частного интереса.

Профессор Адриан Цукерман (Оксфордский университет) в фундаментальном труде «Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice» следующим образом обосновывает значение окончательности судебного разбирательства как общего интереса и сторон процесса, и государства:

«Так же, как граждане имеют право на обращение в суд за судебной защитой, они имеют право на уверенность в том, что их права не будут оспорены после вынесения судом окончательного решения или после того, как их права не оспариваются в течение длительного периода времени. Пока их права подвергаются риску быть оспоренными, существует неопределенность относительно судьбы этих прав и возможности их оспаривания. Такая неопределенность ослабляет верховенство права (*rule of law*), поскольку заинтересованные лица не могут в полной мере осуществлять пользование принадлежащими им правами (*fully enjoy their rights*). Таким образом, существует значительный публичный интерес в установлении границ возможности судебного рассмотрения спора, то есть в его конечности. Этот публичный интерес в окончательности судебного разбирательства имеет ряд важных проявлений в различных областях. Во-первых, он стимулирует установление временных пределов для инициирования судебного разбирательства. Он диктует необходимость разрешения переданного в суд спора возможно более полным и всесторонним образом; для того чтобы не “беспокоить” им в дальнейшем суд и других лиц, участвующих в деле. Он требует быстрого разрешения споров, переданных в суд. Наконец, он предполагает установление четких границ и оснований для возобновления рас-

смотрения вопросов, которые уже были разрешены судом в ходе судебного разбирательства»¹.

Внесение определенности в спорные правоотношения путем разрешения социальных конфликтов определяет цели дальнейшего обжалования и пересмотра судебного решения, которые не сводятся к исправлению судебных ошибок и восстановлению справедливости, а включают в себя и необходимость достижения баланса между интересами конкретных лиц, одно из которых имеет право на исправление допущенной судом в отношении него судебной ошибки, а другое — возможность правомерно полагаться на результат, установленный окончательным (вступившим в законную силу) судебным решением. Применительно ко всей судебной системе общая цель обжалования и пересмотра судебных актов предполагает исправление судебных ошибок и тем самым обеспечение законных и обоснованных решений и «водворение спокойствия в отношениях граждан», т.е. обеспечение правовой определенности.

*Окончателность судебных решений
и средства ее обеспечения*

Окончателность судебного разбирательства обеспечивается совокупностью различных средств: это и свойство исключительности судебного решения, препятствующее повторному предъявлению тождественного иска, и ограничение продолжительности собственно судебного разбирательства, и установление препятствий для неограниченного по срокам и по стадиям обжалования судебных решений. Окончателность судебного разбирательства связана со всей совокупностью элементов законной силы судебного решения (*res judicata*), отражающейся в правилах, касающихся как продолжения данного судебного разбирательства, так и возбуждения нового разбирательства, но по тому же вопросу. Однако реализация этой законной силы возможна лишь при системном обеспечении в законодательстве последствий вступления решения в законную силу, что не в полной мере соблюдается в современном российском гражданском процессе при существующем институте пересмотра вступивших в законную силу судебных постановлений в порядке надзора.

¹ Zuckerman A. Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice. 2nd ed. L. : Thomson, Sweet & Maxwell, 2006. P. 909, 241.

Сроки обжалования вступивших в законную силу судебных актов

Динамика развития отечественного процессуального законодательства последнего десятилетия¹ позволяет сделать вывод об общем стремлении законодателя обеспечить правовую определенность в рассмотрении и разрешении гражданских дел.

Прежде всего, в гражданском и арбитражном процессе в 2002 году были установлены сроки для обжалования вступивших в законную силу судебных постановлений: по ГПК РФ — год, по АПК РФ — три месяца. Эти сроки были установлены как пресекательные (не подлежащие восстановлению).

В 2004 и 2005 годах в процессуальные кодексы были внесены изменения, допускающие восстановление пропущенного процессуального срока на обжалование судебных актов в порядке надзора, если срок был пропущен по причинам, признанным судом уважительными (в ГПК РФ) или не зависящим от лица, обратившегося с заявлением или представлением об оспаривании судебного акта в порядке надзора (в АПК РФ). В АПК возможность для восстановления такого процессуального срока была ограничена шестью месяцами со дня вступления в силу последнего судебного акта по данному делу или со дня, когда это лицо узнало или должно было узнать о нарушении его прав или законных интересов оспариваемым судебным актом (ч. 4 статьи 292). В ГПК же предельный временной период для восстановления такого срока установлен не был, несмотря на отрицательное заключение по этому вопросу со стороны Правительства РФ².

¹ Имеются в виду изменения как гражданского, так и арбитражного процессуального законодательства.

² См. официальный отзыв Правительства РФ на проект федерального закона № 323742-3 «О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации», внесенный в Государственную Думу Верховным Судом Российской Федерации. В отзыве, в частности, указывалось следующее: «Годичный срок на обжалование судебных актов в порядке надзора установлен ГПК РФ специально как пресекательный, и содержание этой нормы, предусмотренной статьей 380 ГПК РФ, не является случайной. Она отражает общую концепцию ГПК по вопросам пересмотра вступивших в законную силу судебных постановлений в порядке надзора, направленную на обеспечение их стабильности, а также правоотношений, складывающихся после вступления судебных актов в законную силу. Для учета интересов сторон, пропустивших по уважительной причине установленный законом годичный срок, представляется целесообразным предусмотреть пресекательный шестимесячный срок, позволяющий в этот период обратиться в надзорную инстанцию с ходатайством о восстановлении пропущенного срока на подачу надзорной жалобы (представления)».

Действующая редакция ГПК РФ устанавливает трехмесячный срок на обжалование в порядке надзора со дня вступления в законную силу обжалуемого судебного постановления (ч. 2 статьи 391.2). При этом в ч. 4 статьи 112 сказано, что восстановление пропущенного срока допустимо, если обстоятельства, объективно исключающие возможность подачи надзорной жалобы в установленный срок, имели место в период не позднее одного года со дня вступления обжалуемого судебного постановления в законную силу.

Данная формулировка представляется неудачной, поскольку, если понимать ее буквально, срок на обжалование в порядке надзора может быть восстановлен и в тех случаях, когда обстоятельства, исключающие обжалование судебного постановления, возникли по истечении установленного Кодексом трехмесячного срока на обжалование. Обоснованность восстановления срока в таких случаях вызывает сомнения. Кроме того, остается неясным, парализуется ли возможность восстановления срока, если данные обстоятельства, возникнув до истечения общего трехмесячного срока на обжалование судебного акта в порядке надзора, отпадут по истечении годичного срока, предусмотренного ч. 4 статьи 112 ГПК РФ.

Сохраняющаяся неясность временных параметров обжалования судебных постановлений в надзорную инстанцию порождает неопределенность в вопросе о соответствии такого регулирования Европейской конвенции.

Изменение подходов к окончательности судебных решений – в сравнении с регулированием советского периода

В российской процессуальной науке дореволюционного периода, в частности в трудах М. Малинина, В.М. Гордона и А.Х., окончательность судебных решений, конечность сроков и процедур обжалования судебного решения связывались с обеспечением «определенности правового состояния»¹. Такой подход

¹ Труды указанных авторов с точки зрения выявления соотношения между целями гражданского процесса, достижением истины по делу и установлением процессуальных сроков впервые в современной российской процессуальной науке подробно проанализированы в статье Е.А. Виноградовой «Процессуальные сроки и истина в состязательном гражданском процессе: сравнительно-правовой аспект» // *Forging a Common Destiny. Vol. 2. L. : Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2005. P. 813–866.* (Нумерация страниц дается согласно тексту данной статьи, представленному по адресу: http://www.mses.ru/education/faculties/law/materials/sroki_i_istina.doc). См. также книгу Е.В. Исаевой «Процессуальные сроки в гражданском и арби-

соответствует современной концепции принципа правовой определенности, который в толковании Европейского суда по правам человека препятствует бесконечному или чрезмерно длительному — с точки зрения сроков и множественности стадий — обжалованию решений, обладающих статусом *res judicata*.

В советский период развития гражданского процессуального права указанный подход к окончательности судебных решений сменился диаметрально противоположным, основанным на отказе от предельных сроков обжалования вступивших в законную силу судебных решений, а также от ограничения оснований для их отмены обстоятельствами исключительного характера. В одном из фундаментальных трудов по советскому гражданскому процессуальному праву указывалось: «Институт пересмотра решений в порядке надзора, введенный впервые в мире в советский гражданский процесс, имел целью максимальное обеспечение объективной (а не формальной) истины в судопроизводстве, а для достижения этой цели новую проверку дела, несмотря на то, что решение вступило в законную силу (а иногда и было исполнено)»¹.

В практике работы судов и прокуратуры советских времен преобладали два аспекта: ликвидация незаконных решений и широкое вмешательство государства в судьбу уже разрешенного дела (т.е., по сути, в частноправовые отношения). «Такой аспект, как снижение устойчивости решений, затягивание исполнения ввиду бесконечного и по малейшему поводу обжалования решений, хотя и не отрицался, но явно не был в числе приоритетных — система из трех надзорных инстанций служит тому подтверждением»².

Указанным выводом подтверждается фактическое установление приоритета принципа законности, которым в данном случае обосновывалась также необходимость контроля государства за частноправовой сферой, или над правовой определенностью в современной терминологии. Требование законности при этом, в том числе и в современной системе правового регулирования, используется как про-

тражном процессе» (М. : Волтерс Клувер, 2005). Эти две работы можно рассматривать как достижения современной доктрины гражданского процесса в исследовании проблем правовой определенности в данной отрасли права.

¹ Курс советского гражданского процессуального права. Цит. по: Исаева Е.В. Указ.соч. С. 37—38.

² Терехова Л.А. Указ. соч. С. 136.

тивовес правовой определенности и направлено на реализацию целей общего характера, а именно на обеспечение единообразия судебной практики или защиту публичных интересов. В таком понимании законность вступает в противоречие с правовой определенностью как принципом, направленным на защиту индивида в его отношениях с государством или иным публичным образованием.

В последнее десятилетие постепенно актуализируется подход, который, по сути, радикально меняет сложившуюся на протяжении десятилетий истории советского и нового российского процессуального права диспропорцию между стабильностью и законностью судебного решения и ориентирует на поиск разумного баланса между ними.

Практика Европейского суда по российским делам, связанным с отменой судебных решений, вступивших в законную силу, а также ее обобщение и систематизация в постановлении Конституционного Суда от 5 февраля 2007 года № 2-П и в последующих решениях являются главной движущей силой этого процесса, определяя ориентиры и для законодателя, и для правоприменительной практики¹.

Основные выводы относительно принципа правовой определенности, вытекающие из практики Европейского суда по делам о пересмотре вступивших в законную силу судебных актов

Из практики Европейского суда по делам о пересмотре и отмене вступивших в законную силу судебных актов можно сделать два основных вывода.

Первый: Суд последовательно отстаивает такую вытекающую из Конвенции ценность, как окончательность судебных решений. Ее защита обеспечивается допустимостью отмены вступивших в законную силу судебных решений только по основаниям исключительного характера (фундаментальные нарушения, су-

¹ О значении указанного постановления Конституционного Суда РФ для развития российской процессуальной доктрины, законодательства и практики см., в частности: Филатова М.А. Значение постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 5 февраля 2007 г. № 2-П для реформирования гражданского судопроизводства // Актуальные проблемы развития судебной системы и системы добровольного и принудительного исполнения решений Конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции, арбитражных, третейских судов и Европейского суда по правам человека : сб. научных статей. Санкт-Петербург ; Краснодар : Юрид. центр Пресс, 2008. С. 102–120.

шественная несправедливость) и только в процедуре, которую можно считать определенной и предсказуемой, а также отвечающей критериям состязательности и равноправия сторон.

Второй принцип: правовая определенность и окончательность судебных решений, защищаемые Конвенцией, важны не сами по себе, а в субъективном контексте главного приоритета Конвенции — защиты гражданина (частного субъекта) в его отношениях с государством (в лице государственных органов или же иных публичных субъектов, выполняющих делегированные им государством функции). Требование защиты гражданина в его отношениях с государством отражено как в фундаментальных принципах, так и в конкретных статьях Конвенции. В практике применения статьи 6 этот приоритет, возможно, менее очевиден, чем в практике применения ряда других статей, которые прямо подразумевают «столкновение» лица с государством (статьи 2, 3, 5). В отличие от этих норм статья 6 предполагает как создание государством необходимых условий для справедливого судебного разбирательства (для участвующих в судопроизводстве частных лиц, не обладающих публичным статусом), так и недопустимость использования государством своих ресурсов в случае, если в этом разбирательстве оно является стороной и противостоит частному субъекту права.

§ 4. РАЗУМНЫЙ СРОК СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

1. Значение сроков судебного разбирательства

Разумный срок судебного разбирательства как элемент справедливого и эффективного правосудия

Устанавливаемое статьей 6 Конвенции требование «рассмотрения дела в разумный срок» отражает изменение общественных запросов к осуществлению правосудия, которые уже не исчерпываются соблюдением прав сторон в ходе судебного процесса. Данное требование предполагает также эффективность правосудия, т.е. оценку его результатов не только с точки зрения проведения самого процесса и правильности (законности, обоснованности) выносимого решения, но и с точки зрения своевременного разрешения дела, что бывает не менее важным. Современное понимание данного требования как фундаментального отражено также в названных выше «Принципах трансграничного гражданского процесса», где в комментарии к Принципу 7 указано: «Своевре-

менное отправление правосудия — вопрос доступности правосудия — может также рассматриваться как одно из фундаментальных прав человека; однако необходим баланс между этим правом и правом стороны на разумную возможность подготовить и представить свою позицию по делу». Данное требование, как один из элементов права на справедливое судебное разбирательство, является одним из наиболее часто анализируемых в работах, посвященных Конвенции. Это легко объяснимо: нарушение статьи 6 в части разумного срока констатировалось практически в отношении любого государства — участника Конвенции. С данной проблемой — разумных сроков (своевременности) рассмотрения дел — в той или иной мере сталкиваются сегодня все страны.

Повышенное внимание к данной проблеме в последнее время наблюдается и в российской общественной жизни. Например, эта проблема была затронута в Послании Президента РФ Федеральному Собранию 2008 года и в его выступлении на VII Всероссийском съезде судей в декабре того же года (тезисы данного выступления нашли свое отражение в постановлении съезда).

В Послании Федеральному Собранию президент, отметив необходимость сокращения сроков рассмотрения гражданских дел и введения дополнительных мер ответственности за необоснованное затягивание судопроизводства, указал на необходимость установления механизма возмещения ущерба, причиненного гражданам нарушением их права на судопроизводство в разумные сроки, на полное и своевременное исполнение судебных решений¹.

В постановлении VII Всероссийского съезда судей от 4 декабря 2008 года в качестве одного из важнейших направлений повышения эффективности правосудия названо создание условий, которые позволили бы осуществлять судопроизводство в предусмотренные законом сроки (п. 1.3 постановления)².

*Новое российское регулирование правил о разумных сроках
при осуществлении правосудия*

Для обеспечения исполнения международных обязательств Российской Федерации, вытекающих из Конвенции о защите прав человека и основных свобод, был принят и вступил в силу

¹ См. СПС «Консультант-Плюс»; текст Послания доступен также на официальном сайте Президента РФ www.kremlin.ru

² См. www.ssrff.ru, раздел «Постановления».

Федеральный закон от 30 апреля 2010 года № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»¹.

Данный закон был принят во исполнение пилотного постановления ЕСПЧ по делу «*Burdov (#2) v. Russia*» от 15 января 2009 года (стало окончательным 4 мая 2009 года). В соответствии с этим постановлением Российская Федерация должна была в течение шести месяцев с того момента, когда постановление станет окончательным, создать «эффективное внутригосударственное средство правовой защиты или комплекс таких средств, которые обеспечили бы адекватное и достаточное восстановление нарушенных прав в случае неисполнения или задержек в исполнении национальных судебных решений в соответствии с принципами Конвенции, закрепленными в постановлениях Суда».

Хотя в постановлении Европейского суда затрагивались вопросы чрезмерной продолжительности судебного разбирательства применительно к неисполнению судебных решений, вынесенных в отношении государства, оно ускорило принятие закона, устанавливающего внутригосударственные средства правовой защиты от двух этих нарушений, поскольку они связаны между собой и неисполнение решений рассматривается в юриспруденции Европейского суда как нарушение права на справедливое правосудие в смысле статьи 6 Конвенции.

Судебная практика применения Закона № 68-ФЗ продемонстрировала, что не всегда заложенные в его основу идеи правильно воспринимаются. Поэтому 23 декабря 2010 года было принято совместное постановление Пленума Верховного Суда РФ (№ 30) и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ (№ 64) «О некоторых вопросах, возникших при рассмотрении дел о нарушении права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок».

Соответственно, можно говорить о том, что проблема сроков судебного разбирательства вышла за рамки того технического значения, которое ей традиционно придавалось в отечественной процессуальной науке, и в настоящее время приобретает общегосударственный характер².

¹ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2010. № 18. Ст. 2144.

² Проблема сроков судебного разбирательства наиболее остро стоит при рассмотрении уголовных дел, особенно тех, по которым обвиняемому избрано в качестве меры пресечения заключение под стражу. Однако в данном разделе рассматриваются исключительно сроки по гражданским делам.

2. Разумный срок судебного разбирательства в практике Европейского суда

Соотношение процессуальных сроков по российскому законодательству и требования разумного срока по Конвенции

Введение в российское право понятия «разумный срок» как критерия обеспечения права на справедливое судебное разбирательство в рамках национальной правовой системы, т.е. в рамках *domestic remedy* (внутригосударственного средства правовой защиты по смыслу статьи 35 Конвенции), обуславливает необходимость пересмотра сложившихся российских подходов к значению сроков судебного разбирательства для обеспечения права на судебную защиту по смыслу статьи 46 Конституции РФ и статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, а также для достижения целей гражданского судопроизводства. Исходя из этого необходимо не только уточнить сущность и критерии разумных сроков, усвоить ценности, заложенные в основу общеевропейского подхода к определению разумности срока судебного разбирательства, но и выяснить, как данное понятие соотносится с установленными российским законодательством сроками рассмотрения дел.

Российское гражданское процессуальное и арбитражное процессуальное законодательство представляет собой редкий в иностранной практике пример регулирования гражданского судопроизводства, при котором сроки рассмотрения гражданских дел установлены в самом законе¹. В большинстве стран законом

¹ Так, профессор Марсель Шторме (Гентский ун-т), бывший председатель Международной ассоциации процессуального права, в докладе на международной конференции «The Recent Tendencies of Development in Civil Procedure Law — Between East and West» (Вильнюс, апрель 2007 года) отметил следующее: «Если я не ошибаюсь, не существует Кодекса гражданского судопроизводства, содержащего какие-либо положения, регулирующие временной фактор при отправлении правосудия. <...> Другими словами, закон не устанавливает время, необходимое для разрешения спора...». Однако установление в самом законе сроков рассмотрения дел было свойственно советскому процессу, поэтому фиксированные сроки в настоящее время установлены в законодательстве не только России, но и некоторых других стран на постсоветском пространстве. Так, статья 111 ГПК Армении устанавливает двухмесячный срок со дня принятия заявления для рассмотрения дела и вынесения решения судом первой инстанции; ГПК Азербайджана устанавливает общий трехмесячный срок рассмотрения дел по первой инстанции и сокращенный срок в один месяц для некоторых категорий дел; статья 59 ГПК Грузии устанавливает сроки рассмотрения отдельных категорий дел (данные на 2007 год).

могут устанавливаться сроки совершения сторонами и судом отдельных процессуальных действий, но не срок рассмотрения дела в целом¹.

Статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, закрепляя право на рассмотрение дела в разумный срок, также не определяет даже примерных временных границ этого срока: соблюдение требования разумности применительно к сроку разбирательства оценивается Европейским судом индивидуально в каждом конкретном деле на основе совокупности критериев, выработанных в практике Суда. При этом зачастую сроки, соответствующие с точки зрения ЕСПЧ критерию разумности, весьма значительно превышают сроки, установленные российским законодательством для рассмотрения отдельных категорий дел². По-

¹ Одним из немногих примеров установления срока рассмотрения дела в нормативном акте, изданном не на постсоветском пространстве, является Регламент Европейского союза от 11 июля 2007 года, устанавливающий процедуру для рассмотрения исков на незначительную сумму (Regulation (EC) № 861/2007 establishing a European Small Claims Procedure). Согласно статье 7 данного Регламента суд, рассматривающий дело, должен вынести решение в течение 30 дней со дня получения отзыва ответчика на иск (если дело рассматривается в письменном производстве) или в течение 30 дней со дня проведения устного слушания или получения затребованной у сторон информации и документов; согласно параграфу 3 этой же статьи, если соответствующая сторона не представила запрошенную у нее информацию и документы в течение установленного Регламентом срока, суд выносит решение на основе имеющихся в деле доказательств. Поскольку данный документ не устанавливает каких-либо последствий пропуска судом данного срока, его можно рассматривать как рекомендательный, примерно отвечающий понятию «разумного» с учетом характера рассматриваемого спора.

² Так, в 2007 году ЕСПЧ признал неприемлемыми четыре жалобы против России по делам, продолжительность рассмотрения которых в российских судах значительно превышала нормативы, установленные национальным законодательством. В деле «*Blokhin v. Russia*» (dec., 4 января 2007 года) продолжительность рассмотрения дела в российских судах составила в общей сложности 20 месяцев (в двух инстанциях); в деле «*Chernykh v. Russia*» (dec., 5 июня 2007 года) имели место несколько судебных разбирательств с участием заявителя в российских судах, общей продолжительностью от 2 лет и 4 месяцев до 4 лет 5 месяцев; в деле «*Kuimov v. Russia*» (dec., 15 мая 2007 года) также было несколько судебных разбирательств продолжительностью от 4 месяцев до 1 года и 3 месяцев; в деле «*Kuznetsova v. Russia*» (dec., 24 мая 2007 года) период разбирательства в российских судах составил около 3 лет и 10 месяцев. Во всех вышеуказанных случаях ЕСПЧ признал жалобы неприемлемыми в связи с соблюдением Российской Федерацией требования разумного срока судебного разбирательства.

этому представляется, что нет оснований отождествлять эти виды сроков¹.

Цель данной книги — определение степени имплементации европейских стандартов в различные сферы российской правовой жизни — предполагает анализ соответствия сложившихся в практике Европейского суда подходов к реализации тех или иных статей Конвенции практике регулирования соответствующих правоотношений в российской правовой системе. Однако, как уже отмечалось, есть и другая цель, которая, по нашему мнению, заключается в определении того, являются ли выявленные различия неотъемлемой особенностью национальной правовой системы, связанной с глубинными причинами исторического, культурного, социального характера, преодоление которых не только затруднительно, но и нецелесообразно, или же эти «национальные особенности» не соответствуют потребностям современных правовых систем и социальным запросам к отправлению правосудия. Поэтому мы задались вопросом о генезисе современной концепции сроков судебного разбирательства в европейском и российском правовом поле и о причинах (или препятствиях) для сохранения современных российских подходов.

Чтобы понять, почему не совпадают подходы к срокам рассмотрения дел в российском праве и праве европейских государств, целесообразно проанализировать эволюцию этих подходов в разных правовых системах. Однако необходимо иметь в виду, что у данной задачи есть два уровня решения. Один уровень — это собственно анализ существующих подходов к определению понятия разумного срока судебного разбирательства в практике Европейского суда и случаев отступления от этих подходов в российских делах, а также анализ причин нарушения разумных сроков в данных делах, выявленных Судом. Вто-

¹ Например, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 года № 52 «О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях» со ссылкой на п. 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод указывается, что «с учетом требований данной нормы, а также положений подпункта “с” пункта 3 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах уголовные, гражданские дела и дела об административных правонарушениях должны рассматриваться без неоправданной задержки, в строгом соответствии с правилами судопроизводства, важной составляющей которых являются сроки рассмотрения дел».

рой уровень решения, гораздо более важный и сложный, — это анализ самого подхода к регулированию сроков судебного разбирательства, сложившихся в российском праве, в сравнении с подходами, принятыми в большинстве европейских стран.

*Практика ЕСПЧ по вопросу о сроках
судебного разбирательства*

Нарушения разумного срока судебного разбирательства — по смыслу статьи 6 Конвенции — не являются распространенным основанием в российских жалобах. Число постановлений, в которых констатируется нарушение разумного срока судебного разбирательства в российских делах, в последние годы колеблется от 13 в 2007 году (во всех случаях речь идет о производстве в судах общей юрисдикции¹) до 23 в 2010 году (причем эти дела охватывают случаи нарушения разумного срока как в гражданском, так и в уголовном судопроизводстве²). Таким образом, проблема чрезмерно длительных сроков судебного разбирательства в России все-таки существует, но в отличие от неисполнения судебных решений или от пересмотра судебных актов в гражданском процессе не носит системного характера.

В тех касающихся России постановлениях, где Европейский суд рассматривал вопросы, связанные с нарушением разумных сроков судебного разбирательства, он опирался на выработанные при рассмотрении прецедентных дел критерии определения разумности данного срока (постановление Большой палаты ЕСПЧ по делу «*Frydlender v. France*» от 27 июня 2000 года, постановление по делу «*Comingersoll S.A. v. Portugal*» от 6 апреля 2000 года и др.).

Эта практика Суда достаточно подробно изучена как в российской литературе³, так и в зарубежных исследованиях⁴. К последним, в частности, относятся весьма детальные аналитические обзоры, подготовленные такими органами Совета Европы, как

¹ Данные предоставлены Аппаратом Уполномоченного РФ при ЕСПЧ.

² Эти данные приводил А.И. Ковлер, судья Европейского суда по правам человека от России, в своем выступлении в Российской академии правосудия 23 декабря 2010 года.

³ См., в частности: Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 207—213; Афанасьев С.Ф. Указ. соч. С. 225—252.

⁴ См., в частности: Сальвиа М., де. Указ. соч. С. 460—482.

Венецианская комиссия¹ и Европейская комиссия по эффективности правосудия². В их докладах подробно анализируются как критерии разумности срока судебного разбирательства, определяемые юриспруденцией Европейского суда, так и различные средства правовой защиты от данного нарушения, применяемые в государствах — членах Совета Европы, включая оценку Судом эффективности этих средств.

*Критерий для оценки соблюдения
разумного срока разбирательства*

Европейский суд по правам человека выработал для оценки разумного срока судебного разбирательства следующие критерии: сложность дела, поведение сторон, поведение судебных властей, а также административных властей, которые вмешались в процесс («*Frydlender v. France*», «*Comingersoll S.A. v. Portugal*» и др.), важность предмета разбирательства для заинтересованного лица, например в области семейных и трудовых споров («*Frydlender v. France*»). При этом Суд на основании данных критериев рассматривает каждое дело индивидуально, и поэтому его решения не позволяют определить какие-либо «универсальные сроки» для рассмотрения отдельных категорий дел. Суд также не ставит задачу определить как причины чрезмерной длительности судебного разбирательства (хотя, анализируя его продолжительность, невольно эти причины констатирует), так и возможные пути их устранения.

Как отмечается в исследованиях европейских наднациональных органов об обеспечении своевременности в отправлении правосудия, разумный срок — в его концептуальном понимании, вытекающем из практики Европейского суда, — представляет собой «нижнюю границу», обозначающую водораздел между на-

¹ Комиссия «Задемократию через права» (именуемая также Венецианская комиссия — Venice Commission) в 2007 году подготовила исследование эффективности национальных средств правовой защиты от чрезмерной продолжительности судебного разбирательства. URL: [http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD\(2006\)036rev-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD(2006)036rev-e.asp)

² The European Commission for the Efficiency of Justice; Study «Length of court proceedings in the member states of the Council of Europe based on the case law of the European Court of Human Rights» (2006) URL: http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp

рушением и отсутствием нарушения Конвенции¹, т.е. это максимально допустимый и оправдываемый срок. Государства же применительно ко всем аспектам судебной системы должны придерживаться трех принципов: 1) обеспечение равновесия между вложенными в систему правосудия ресурсами и поставленными перед системой целями; 2) создание универсального инструментария для измерения эффективности системы правосудия; 3) обеспечение равновесия всех требований, предъявляемых к справедливому судебному разбирательству (т.е. учет процессуальных гарантий, обуславливающих невозможность уменьшения тех или иных сроков).

В ведущих правовых системах доминирует характерный для юриспруденции ЕСПЧ акцент на том, что разумный срок судебного разбирательства отражает должный баланс между быстрым и справедливым разбирательством дела и что обеспечение процессуальных гарантий заставляет считать такие сроки выражением заботы о надлежащем отправлении правосудия («*Acquaviva v. France*», постановление от 21 ноября 1995 года, «*Nideröst-Huber v. Switzerland*», постановление от 18 февраля 1997 года).

В упомянутом выше докладе Венецианской комиссии, посвященном анализу практики ЕСПЧ по определению разумного срока судебного разбирательства, с одной стороны, и оценке национальных средств правовой защиты — с другой, подчеркивается следующее:

«Своевременность разбирательства дела отвечает потребности в правовой определенности, как для граждан, так и для государства, и необходимости поддерживать и восстанавливать так скоро, как только возможно, мирное сосуществование индивидов (*Rechtsfrieden*) (тем не менее, как сказано в постановлении по делу “*Gast and Popp v. Germany*” от 25 февраля 2000 года, “своевременность [отправления правосудия], однако, не должна быть целью в ущерб надлежащему его осуществлению”. — *Ped.*).

<...> Надлежащее внимание должно в первую очередь уделяться необходимости обеспечить справедливость судебного

¹ См., в частности, доклад Европейской комиссии за эффективность правосудия (СЕРЕЈ) «Новая цель для судебных систем: рассмотрение каждого дела в оптимальные и прогнозируемые сроки» (A new objective for judicial systems: the processing of each case within an optimum and foreseeable time); СЕРЕЈ(2004)19REV2, п. 3. URL: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ%282004%2919&Language=lanEnglish&Ver=rev2&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>

разбирательства; другие гарантии, подразумеваемые в статье 6 Конвенции, именно право на доступ к суду, равноправие сторон, принцип состязательности и право располагать адекватным временем и возможностями для подготовки своей защиты, не должны умаляться или нарушаться слишком поспешным проведением судебного процесса.

<...> Требование своевременности правосудия не должно умалять необходимости обеспечить независимость судебной власти в части организации ею своих процедур без ненадлежащего внутреннего и внешнего воздействия.

<...> Оценка разумности продолжительности любой стадии судебного разбирательства никогда не должна быть механической. Она с необходимостью зависит от специфических обстоятельств дела»¹.

*Причины нарушений разумного срока судебного
разбирательства в российских делах*

Выводы Европейского суда свидетельствуют об однотипности причин нарушения разумных сроков судебного разбирательства. Чаще всего Суд учитывает значительные периоды бездействия судебной системы, в отношении которых не представлено каких-либо убедительных пояснений. При этом Суд неоднократно указывал, что заявителю не могут предъявляться претензии за затягивание сроков в связи с использованием им в полной мере предоставляемых национальным законодательством возможностей для защиты своих прав (постановления по делам «*Sokolov v. Russia*», «*Skorobogatova v. Russia*» и др.).

Длительность разбирательства в различных делах, рассмотренных Судом, была обусловлена, в частности:

- длительным неназначением или проведением экспертизы без возможностей контроля над сроками и эффективностью последней («*Volovich v. Russia*», постановление от 5 октября 2006 года; «*Nikitin v. Russia*», постановление от 2 ноября 2006 года; «*Angelova v. Russia*», постановление от

¹ The European Commission for the Efficiency of Justice; Study «Length of court proceedings in the member states of the Council of Europe based on the case law of the European Court of Human Rights» (2006). Пункты 18, 22, 24, 25. Перевод М.А. Филатовой.

- 13 декабря 2007 года; «*Rolzeger v. Russia*», постановление от 29 апреля 2008 года);
- ненадлежащей организацией судом хода судопроизводства (длительное неназначение судебного заседания, частый перенос судебного заседания, непринятие мер в отношении ответчиков — государственных органов в связи с их систематической неявкой в суд («*Nikitin v. Russia*»); многочисленные откладывания судебного разбирательства (так, в деле «*Orlova v. Russia*», постановление от 9 октября 2008 года, судебные заседания откладывались 40 раз, в том числе из-за неявки ответчика — государственного органа, болезни судьи и ее участия в другом процессе);
 - ненадлежащей организацией судопроизводства внутри суда (длительное неназначение нового судьи в связи с заменой первоначального; участие судьи в другом процессе; длительная пересылка дела из одного суда в другой — «*Shelomkov v. Russia*», постановление от 5 октября 2006 года);
 - неопределенностью в регулировании вопросов подведомственности дел различным ветвям судебной власти, в результате чего дела заявителей передавались из одной системы в другую в течение продолжительного времени («*Baburin v. Russia*», постановление от 24 марта 2005 года; «*Avakova v. Russia*», постановление от 22 сентября 2006 года; «*Kudinova v. Russia*», постановление от 2 ноября 2006 года; «*Kolomietz v. Russia*», постановление от 22 февраля 2007 года (в последнем деле Суд нашел «удивительным», что властям понадобилось более шести лет, чтобы установить компетентный суд по данному делу);
 - многократным рассмотрением дела в суде вышестоящей инстанции с направлением на новое рассмотрение в суд первой инстанции («*Maruseva v. Russia*», постановление от 29 мая 2008 года).

Многих из приведенных выше причин задержек в разбирательстве дел российскими судами можно было бы избежать при лучшей организации процесса, предоставлении суду больших контрольных полномочий по организации хода судебного разбирательства, а также по воздействию на участников процесса в случае ненадлежащего исполнения ими их процессуальных обязанностей. Например, по делам, вытекающим из публичных правоотношений, в которых государственные органы выступают

на стороне ответчика, бремя доказывания распределяется таким образом, что в силу действующего процессуального закона их неявка может привести к проигрышу ими дела. Если бы подобная мера применялась, это могло бы в значительной степени повысить процессуальную дисциплину участников процесса. Однако процессуальные санкции — согласно обычному подходу — ограничиваются лишь весьма небольшими судебными штрафами.

3. Сроки рассмотрения дел в российском праве: эволюция концепции и современное состояние

Действующее российское регулирование процессуальных сроков по гражданским делам

Масштабные реформы гражданского судопроизводства периода 1990-х — начала 2000-х годов не коснулись концептуального подхода к срокам рассмотрения и разрешения судами гражданских дел, которые в настоящее время по-прежнему устанавливаются законом — ГПК РФ и АПК РФ, хотя сами сроки были немного увеличены по сравнению с ранее действовавшим правовым регулированием.

Распространение на Россию требований и стандартов Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в том числе в части рассмотрения дела в разумный срок, также не изменило сущностных подходов к срокам судебного разбирательства в российском законодательстве и правоприменительной практике. Более того, сохраняется стремление к отождествлению понятий «разумный срок» и «установленный законом срок рассмотрения дела».

По замечанию Л.Б. Алексеевой, среди всех требований, предъявляемых Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, требование разумных сроков судебного разбирательства было, пожалуй, самым неожиданным для российской теории и практики, поскольку сроки никогда не считались неотъемлемой и важной частью справедливого правосудия¹.

¹ См.: Алексеева Л.Б. Практика применения ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод Европейским судом по правам человека. Право на справедливое правосудие и доступ к механизмам судебной защиты. М., 2000. С. 65.

Сроки рассмотрения дел, установленные российским процессуальным законодательством, варьируются для дел с разной родовой подсудностью, а также для разных видов производства: исковое производство, производство по делам из публичных правоотношений (в АПК РФ — производство по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений), особое производство (в АПК РФ — производство по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение); специальные сокращенные сроки установлены также ГПК РФ для приказного производства.

Так, ГПК РФ устанавливает следующие сроки рассмотрения гражданских дел:

- два месяца (со дня поступления заявления в суд) — общий срок рассмотрения дел искового производства во всех судах первой инстанции, кроме мировых судей (статья 154 ГПК РФ);
- один месяц (со дня принятия заявления к производству или со дня подачи заявления) — для рассмотрения дел общих категорий мировыми судьями и дел об оспаривании нормативных правовых актов, соответственно (статьи 154 и 252 ГПК РФ);
- 10 дней — для рассмотрения заявлений об оспаривании решения, действия (бездействия) органа государственной власти, органа местного самоуправления, должностного лица, государственного и муниципального служащего (статья 257 ГПК РФ);
- пять дней (со дня поступления заявления) — для вынесения судебного приказа (статья 126 ГПК РФ).

Особо короткие сроки установлены для рассмотрения дел о защите избирательных прав: в период избирательной кампании, кампании референдума заявление, поступившее в суд до дня голосования, должно быть рассмотрено и разрешено в течение пяти дней со дня его поступления, но не позднее дня, предшествующего дню голосования, а заявление, поступившее в день, предшествующий дню голосования, в день голосования или в день, следующий за днем голосования, — немедленно (ч. 6 статьи 260 ГПК РФ).

В свою очередь, АПК РФ устанавливает общий срок рассмотрения дел искового производства в три месяца со дня вынесения определения суда о назначении дела к судебному разбирательству (ч. 1 статьи 152 АПК РФ). Данный срок может быть продлен

председателем суда на основании мотивированного заявления судьи, рассматривающего дело, до шести месяцев в связи с особой сложностью дела, значительным количеством участников арбитражного процесса (ч. 2 статьи 152 АПК РФ). Срок для рассмотрения дел о взыскании обязательных платежей и санкций составляет два месяца со дня поступления заявления, включая срок на подготовку дела к судебному разбирательству (статья 215 АПК РФ), дел упрощенного производства — один месяц (статья 228 АПК РФ) и т.д.

Большинство процессуальных сроков согласно принятой в науке гражданского процессуального права классификации относятся к процессуальным срокам для совершения процессуальных действий судьей, или, по незаслуженно забытому выражению С.Н. Абрамова, являются «служебными сроками», и в отличие от сроков, установленных для совершения сторонами процессуальных действий, их истечение не влечет утрату права на совершение каких-либо процессуальных действий или необходимость их восстановления либо продления. В случае пропуска таких сроков дело продолжает рассматриваться судом в обычном режиме.

Как следует из норм процессуальных кодексов, данные сроки не изменяются в зависимости от сложности дела, состава участников или доказательств по делу. Единственным исключением является установленная ч. 2 статьи 152 АПК РФ возможность продления срока рассмотрения дела арбитражным судом до шести месяцев вместо трех обычных по решению председателя арбитражного суда на основании заявления судьи, рассматривающего дело.

Исторические предпосылки российского регулирования процессуальных сроков

Поскольку подходы к регулированию сроков рассмотрения дел в российском праве существенно отличаются от доминирующих сегодня в мировом пространстве, но при этом носят устойчивый характер, важно проанализировать предпосылки и условия их возникновения.

Процессуальные сроки в отечественной науке процессуального права последние несколько десятилетий рассматривались в большей степени как технический институт. Причем предметом самостоятельного монографического исследования в советской и новейшей истории данная тема стала относительно недав-

но: в 1987 году — в диссертации Г.П. Бужинскаса на соискание ученой степени кандидата юридических наук по теме «Процессуальные сроки в советском гражданском судопроизводстве»¹, в 2004 году — в диссертации, а затем в монографии Е.В. Исаевой «Процессуальные сроки в гражданском и арбитражном процессе»².

Одна из важнейших реформ гражданского судопроизводства в отечественной истории — судебная реформа 1860-х годов, завершившаяся принятием Устава гражданского судопроизводства (далее также УГС), — была направлена, как известно, на устранение «чрезвычайной медленности судопроизводства», названной одним из главных недостатков дореформенного российского суда³. Оптимизация сроков рассмотрения дел в данный исторический период происходила за счет установления сроков совершения отдельных процессуальных действий сторонами и судом, уменьшения количества инстанций, введения упрощенных видов производств для малоценных и несложных дел. Большинство установленных новым Уставом сроков предназначались для сторон, некоторые — для деятельности суда⁴, однако сроки рассмотрения дела «в целом» новым законом не устанавливались⁵. Сторонам, кроме того, было предоставлено право подавать жалобы «на медленность» судопроизводства в вышестоящий суд⁶.

¹ См.: Бужинскас Г.П. Процессуальные сроки в советском гражданском судопроизводстве : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1987.

² См.: Исаева Е.В. Указ. соч.

³ См.: Судебные уставы 20 ноября 1864 г., с изложением рассуждений, на коих они основаны, изданные Государственной канцелярией. Ч. 1. С. VII—IX. Цит. по: Исаева Е.В. Указ. соч. С. 3—4.

⁴ Так, Е.А. Нефедьев называет следующие сроки для деятельности суда: сроки для постановления резолюции судебного решения; сроки для изложения судебного решения в окончательной форме; сроки для выдачи копий решения (статьи 139, 183, 141, 144, 700, 713 УГС). См.: Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. М., 1909. С. 140—145. Цит. по: Виноградова Е.А. Процессуальные сроки и истина...

⁵ При этом в литературе высказывались предложения в пользу установления таких сроков в законе. В частности, Е.В. Васьковский предлагал «наперед назначить в законе период времени, в течение которого каждый процесс непременно должен быть окончен» (Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса. М., 1913. Т. 1. С. 466).

⁶ См. статьи 167—169 УГС.

В работах российских ученых дореволюционного периода пристальное внимание уделялось объективной социальной потребности в конечности, обозримой продолжительности судебного разбирательства. Так, М.И. Малинин, В.М. Гордон, А.Х. Гольмстен связывали указанную потребность с «законом самосохранения государства, неизбежно требующим водворения спокойствия в правоотношениях граждан», с «определенностью правового состояния»¹.

Кроме того, в научных работах этого времени ставился вопрос о соотношении процессуальных сроков и достижения истины по делу. А.Х. Гольмстен указывал на невозможность достижения объективной истины по делу при наличии процессуальных сроков для совершения процессуальных действий, в то время как Е.В. Васьковский считал «быстроту» рассмотрения дела одним из условий вынесения правильного судебного решения и достижения «материальной правды». Таким образом, при разном понимании соотношения процессуальных сроков и целей процесса в виде достижения истины по делу общим было признание взаимозависимости данных категорий².

В дореволюционный период развития отечественного процессуального права продолжительность судебного разбирательства регулировалась путем закрепления сроков совершения отдельных процессуальных действий, в том числе обжалования постановлений судов различных инстанций, и наделения суда полномочиями по контролю за соблюдением этих сроков, но не путем установления фиксированных сроков судебного разбирательства в самом законе.

Данный подход претерпел радикальные изменения после 1917 года. Одним из приоритетов судопроизводства нового государства стало сокращение сроков рассмотрения дел. Достижению этой цели были подчинены структура и идеология первого гражданского процессуального кодекса новой республики — ГПК РСФСР 1923 года. Предполагалось отменить подготовку к судебному разбирательству и апелляции, продол-

¹ Подробный анализ трудов указанных авторов с точки зрения выявления соотношения между целями гражданского процесса, достижением истины по делу и установлением процессуальных сроков осуществлен в работах Е.А. Виноградовой («Процессуальные сроки и истина...») и Е.В. Исаевой (Указ. соч.).

² Подробно об этом см.: Исаева Е.В. Указ. соч. С. 7.

жительность же рассмотрения дел в первоначальной редакции Кодекса каким-либо сроком не ограничивалась. Однако в дальнейшем сроки рассмотрения гражданских дел устанавливаются в самом законе: сначала для рассмотрения трудовых споров, дел об алиментах и установлении отцовства¹, затем, уже в ГПК РСФСР 1964 года, для всех категорий дел². Установленные законом унифицированные сроки не позволяли учитывать индивидуальные особенности дела: состав участников, их поведение, состав доказательств, их доступность, сложность поставленных перед судом вопросов и т.д. Эти сроки предназначались исключительно для суда (их истечение не влекло за собой погашения права других участников процесса на совершение каких-либо действий) и носили дисциплинирующий характер, играя роль административного регулятора деятельности судов, позволяя отразить качество работы последних в цифрах — в статистических данных. В итоге качество правосудия стало измеряться количественными показателями — сроками рассмотрения дел и процентом отмены судебных решений вышестоящим судом.

Установление достаточно коротких сроков рассмотрения дел судом в процессуальном законодательстве советского периода сочеталось с закрепленной статьей 14 ГПК РСФСР 1964 года обязанностью суда, не ограничиваясь представленными материалами и объяснениями, принимать все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного выяснения действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей

¹ В соответствии с введенной позднее статьей 53-а ГПК РСФСР трудовые споры должны были рассматриваться как в особых сессиях народного суда по трудовым делам, так и в краевых (областных) судах не позднее пяти дней со дня их поступления. Принятая в 1937 году статья 53-б устанавливала срок рассмотрения дел об алиментах в случае проживания ответчика в данной местности — не более 10 дней со дня поступления дела, в других случаях — не более 20 дней.

² По делам о взыскании алиментов, о возмещении вреда, причиненного увечьем или иным повреждением здоровья, а также смертью кормильца, и по требованиям, вытекающим из трудовых правоотношений, рассматриваемым судом первой инстанции, этот срок составлял не более 10 дней, если стороны находились в одном городе или районе, а в других случаях не более 20 дней со дня принятия заявления. Срок рассмотрения остальных гражданских дел составлял не более месяца со дня принятия заявления (статья 99 ГПК РСФСР 1964 года в первоначальной редакции), а в дальнейшем — со дня окончания подготовки дела к судебному разбирательству.

сторон, т.е. с формализованным закреплением в законе обращенного к суду требования достижения объективной истины по делу.

Таким образом, в советский период имела место тенденция, с одной стороны, к установлению сроков рассмотрения гражданских дел в самом законе, с другой — к абсолютизации принципа объективной истины.

По справедливому замечанию С.Ф. Афанасьева, «объективная истина как требование, обращенное к суду... затронула почти все институты гражданского процессуального права»¹. В частности, поскольку возможность достижения объективной истины была ограничена вследствие установления в законе фиксированных (и достаточно коротких) сроков рассмотрения дел, это компенсировалось созданием института надзорного производства — уникального элемента советского процесса, с множественностью инстанций и неограниченными сроками опротестования решений. Данный механизм позволял в течение неограниченного времени проверять законность и обоснованность вступивших в законную силу судебных актов с целью обнаружения и исправления допущенных нижестоящими судами судебных ошибок². Для этого же суд надзорной инстанции, не будучи связанным доводами протеста, был также наделен полномочиями по проверке дела в полном объеме как по имеющимся в деле, так и по дополнительно представленным материалам (статья 49 Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик)³.

Таким образом, недостаток времени для исследования фактических обстоятельств дела в суде первой инстанции отчасти компенсировался в дальнейшем неограниченностью сроков и оснований для отмены вступивших в законную силу судебных постановлений в порядке надзора⁴.

¹ Афанасьев С.Ф. Краткий обзор проблемы истины в гражданском процессуальном праве и судопроизводстве // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2005. № 4. СПб. : Изд-во юридич. ф-та С.-Петербурга. государств. ун-та, 2006. С. 194.

² См., в частности: Комиссаров К.И. Указ. соч. С. 7.

³ См.: Там же. С. 56.

⁴ См. также: Виноградова Е.А. Процессуальные сроки и истина... С. 47—50.

*Современные тенденции российского регулирования
и практики соблюдения процессуальных сроков*

Сокращение возможностей по обжалованию судебных постановлений в современный период развития гражданского судопроизводства можно рассматривать как еще одну предпосылку изменения подходов к установлению сроков рассмотрения дел в самом законе.

В то время как для большинства государств — членов Совета Европы актуальна проблема сокращения реальных временных затрат на рассмотрение дел, в том числе путем использования различных средств оптимизации судебного процесса, перед российской правовой системой стоит вопрос другого рода: насколько оправданно сохранение установленных законом жестких (недифференцированных) сроков рассмотрения дел? Не вступает ли такое регулирование в противоречие с принципами как справедливого правосудия в целом, так и судебской независимости в частности?

Наконец, необходимо понять, имеет ли проблема чрезмерной продолжительности судебного разбирательства, неоднократно отмечаемая в выступлениях российских должностных лиц разного уровня, действительно системный характер, требующий незамедлительного принятия структурных мер, или же необходимы иные — организационные, ресурсные и процессуальные решения.

Ответить на данные вопросы помогают данные о соблюдении сроков рассмотрения дела, публикуемые на сайтах высших судебных органов. Согласно статистическим данным ВАС РФ, в 2010 году арбитражными судами было рассмотрено 1 197 000 дел, что на 15% меньше, чем в 2009 году. Из них с нарушением срока рассмотрено по первой инстанции 7,3% дел, в апелляционной инстанции — 3,5% (для сравнения: в 2008 году — 11%, в 2009 году — 9% дел)¹. При этом в 25% дел, рассмотренных с превышением сроков, сроки начала рассмотрения дела соответствовали требованиям АПК РФ. В Аналитической записке к статистическому отчету о работе арбитражных судов Российской Федерации в 2008 году в качестве основных причин несо-

¹ URL: http://www.arbitr.ru/_upimg/ABB739E6657079D763C2E5A005FA9779_1.pdf (см. также Аналитическую записку к статистическому отчету о работе арбитражных судов Российской Федерации в 2010 году).

блюдения сроков рассмотрения дел назывались неявка в судебное заседание лиц, участвующих в деле (17,6% от общего числа дел, рассмотренных с нарушением сроков в судах первой инстанции); отложение судебного разбирательства по ходатайствам лиц, участвующих в деле (19,5% от общего числа дел, рассмотренных с нарушением сроков в судах первой инстанции); непредставление доказательств по делу (17,9% дел).

В отношении судов общей юрисдикции статистика за 2010 год представлена на сайте Судебного департамента при Верховном Суде РФ¹. Согласно этим данным в 2010 году судами общей юрисдикции по 1-й инстанции было принято к производству 14 млн дел, из них рассмотрено с вынесением решения 12,7 млн дел. При этом с нарушением установленных законом процессуальных сроков было рассмотрено 229 тыс. дел, т.е. менее 2%. Из них подавляющее количество дел рассмотрено в срок до трех месяцев.

Безусловно, в абсолютных цифрах количество дел, рассмотренных с нарушением сроков, все же достаточно велико, и, наверное, каждый практикующий юрист, а часто и сами граждане могут привести примеры значительных сроков рассмотрения дел из личного опыта. Вместе с тем с точки зрения относительных показателей такие дела составляют, казалось бы, незначительную часть от общего числа рассмотренных дел.

Почему же проблема обеспечения своевременного рассмотрения гражданских дел продолжает вызывать беспокойство как руководителей государства, так и судейского сообщества и юридических кругов в целом? Возможно, одна из причин состоит в том, что приведенные статистические данные не вполне отражают реальное положение дел и, как и во всякой статистике, определенное лукавство присутствует уже в самом алгоритме подсчета.

Так, в общем количестве дел, рассмотренных судами общей юрисдикции, учитываются и дела, рассмотренные в порядке приказного производства (почти 70% от общего числа дел, рассмотренных мировыми судьями). С учетом их несостязательного характера данные дела не требуют значительного времени для рассмотрения. Соответственно, большинство случаев превышения сроков относится к оставшимся чуть более 30% дел, что несколько меняет общую картину.

¹ URL: <http://cdep.ru/index.php?id=5&item=452>

Кроме того, в срок рассмотрения дел, установленный процессуальным законодательством, не включаются отдельные, иногда достаточно продолжительные, периоды, в частности время приостановления производства по делу. Поскольку перечень оснований для приостановления довольно внушителен, можно предположить, что оно достаточно часто используется в практике судов в том числе как средство получить отсрочку в рассмотрении дел без каких-либо дисциплинарных санкций, например путем направления судебного поручения в другой суд (статья 62 ГПК РФ). Установленные законом сроки рассмотрения дел не учитывают также периоды задержки, вызванные некоторыми другими причинами, например заменой судьи, пересылкой дела из одного суда в другой по подсудности или из вышестоящего суда в нижестоящий при направлении дела на новое рассмотрение. Кроме того, согласно действующему правовому регулированию сроки рассмотрения дел начинают течь с начала в случае изменения предмета или основания исковых требований (ч. 3 статьи 39 ГПК РФ), привлечения соответчиков или соответчика к участию в деле, замены ненадлежащего ответчика надлежащим (ч. 1 статьи 41 ГПК РФ, ч. 3 статьи 47 АПК РФ).

В то же время Европейский суд по правам человека, как известно, при определении соответствия срока судебного разбирательства требованию разумности, установленному п. 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, принимает во внимание общий календарный период рассмотрения дела, со всеми возможными остановками, в том числе вызванными приостановлением производства по делу и другими причинами.

Соответственно, официальная статистика российских судов, касающаяся сроков рассмотрения дел в отдельных инстанциях, не отражает совокупного календарного срока рассмотрения дела и потому не может дать представления о реальной ситуации, а следовательно, не позволяет прогнозировать количество обоснованных жалоб на чрезмерную длительность судебного разбирательства, которые могут поступать в российские суды после введения в действие нового закона о компенсациях за несвоевременное рассмотрение дел и исполнение судебных решений.

Тем не менее ситуация со сроками рассмотрения дел в России, на наш взгляд, в целом неплохая, особенно по сравнению с другими странами (наиболее яркий негативный пример — Ита-

ля¹). Косвенным подтверждением этого может служить приведенный выше анализ практики ЕСПЧ по рассмотрению российских дел данной категории, который не позволяет утверждать, что нарушение требования разумного срока рассмотрения дел может быть признано для России проблемой системного характера. Гораздо более распространены такие связанные со сроками разбирательства проблемы, как длительное неисполнение судебных решений или отмена вступивших в законную силу судебных решений в порядке надзора и по вновь открывшимся обстоятельствам.

Однако, хотя ситуация и не является критичной, главный вопрос заключается в том, насколько обеспечивается в современной российской правовой системе баланс между продолжительностью судебного разбирательства и другими факторами, определяющими эффективность и качество правосудия, и какой ценой достигаются хорошие статистические показатели. Неслучайно представители судейского сообщества постоянно призывают увеличить установленные законом сроки рассмотрения дел. Это говорит о том, что подход, закрепленный в ранний период существования советского государства, сохраняет свое значение до настоящего времени и, как можно предположить, полнота и всесторонность рассмотрения дел по-прежнему часто приносятся в жертву скорости их рассмотрения, а, соответственно, баланс между правильностью и своевременностью рассмотрения дел не обеспечивается надлежащим образом².

¹ На плачевную ситуацию со сроками рассмотрения дел в Италии обращает внимание, в частности, профессор С. Кьярлони (Sergio Chiarloni) из Туринского университета. По его данным, средний срок рассмотрения дела в судах первой инстанции составляет 3,3 года, нередко случаи рассмотрения дела в трех инстанциях в течение более 10 лет, из них только время ожидания рассмотрения в Кассационном Суде Италии (Corte di Cassazione) — высшем судебном органе страны — около четырех лет. В результате стороны нередко отказываются от продолжения судебного разбирательства и вынесением решения по существу заканчивается только около 35% всех дел, поскольку большинство участников спорных разбирательств предпочитают заключение мирового соглашения, пусть даже на невыгодных для себя условиях, многолетнему ожиданию разрешения дела судом. См.: Chiarloni S. *Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective* // Adrian Zuckerman (ed.) // *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure*. United Kingdom : Oxford University Press, 1999. P. 263—290.

² Отрадно, что на эту проблему начали обращать внимание и руководители высших российских судов. См., например: Что предлагает изменить Валерий Зорькин // *Коммерсантъ*. 2011. 4 марта.

Нарушение процессуальных сроков как основание дисциплинарной ответственности судей в РФ

Серьезную озабоченность вызывают последствия несоблюдения установленных законом сроков рассмотрения дел для самих судей. Хотя истечение этих сроков с точки зрения процессуального законодательства не влечет за собой каких-либо неблагоприятных последствий для вынесенного решения, их несоблюдение может служить основанием для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности, в том числе в виде досрочного прекращения его полномочий.

Так, в обзоре деятельности Высшей квалификационной коллегии судей РФ за первое полугодие 2007 года указывается, что «основаниями для привлечения к дисциплинарной ответственности судей и руководителей судов в большинстве случаев были грубые или систематические нарушения норм процессуальных кодексов и Кодекса судейской этики, повлекшие в той или иной мере волокиту при рассмотрении судебных дел, ущемление прав и законных интересов граждан, причинение ущерба авторитету судебной власти и званию судьи; при этом лишь в единичных случаях совершение судьями дисциплинарных поступков не было связано с рассмотрением судебных дел»¹. Таким образом, в отсутствие подробной официальной статистики применения оснований для наложения дисциплинарных взысканий можно предположить, что нарушение сроков судебного рассмотрения гражданских дел является достаточно распространенным основанием для применения таких взысканий, в том числе в виде досрочного прекращения полномочий судьи. Полагаем, что это подрывает принцип независимости судей, а стремление во что бы то ни стало уложиться в предписанные законом сроки не может не отражаться негативно на качестве рассмотрения гражданских дел².

Очевидно, что вместо карательных санкций, применяемых индивидуально к судьям, допускающим просрочки в ходе судебного разбирательства, необходимо устранять причины чрезмер-

¹ URL: www.vkks.ru

² См., в частности: Боннер А.Т. Больное правосудие // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2007. № 6. СПб.: Университ. издат. консорциум «Юридическая книга», 2008. С. 31–35.

ной продолжительности судебного разбирательства — при общем изменении подходов к срокам рассмотрения дел.

4. Развитие подходов к срокам рассмотрения дел в зарубежном праве: краткий обзор

Эффективность и качество судебного разбирательства в контексте статьи 6 Конвенции

В мировой процессуальной науке XX века вопросы справедливого судебного разбирательства непосредственно связываются с вопросами его эффективности¹. Разумность же срока рассматривается как один из ключевых параметров качества судебного разбирательства, анализ которого проводится в ряде государств в рамках специальных программ². Очевидно, что в данном контексте эффективность и качество правосудия можно считать синонимами.

При этом как качество, так и эффективность правосудия оценивается не только с точки зрения результата последнего (вынесение законного решения), но и с точки зрения факторов, которые так или иначе влияют на составляющие судебной деятельности и ее восприятие сторонами и другими лицами, участвующими в деле³. В исследовательских проектах отмечается, что законность является наиболее важным, ключевым критерием работы судов, но все же недостаточным критерием качества судебного разбирательства⁴.

В общей концепции доступа к правосудию, как она была представлена ее основоположником Мауро Капелетти в рамках всемирного сравнительного правового исследования «Access to Justice» (так называемый Флорентийский проект), проводивше-

¹ См., в частности: Taruffo M. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation // *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente (Oral and Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure)*. Universitat de Valencia, 2008. P. 185—204; Zuckerman A. *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure* // *Civil Justice in Crisis*. Oxford University Press, 2000. P. 6.

² В частности, проекты по улучшению качества рассмотрения дел в судах осуществлялись в Финляндии (Апелляционный суд округа Рованиеме), Швеции, Нидерландах и США.

³ См.: Оценка качества разрешения дел в судах. Проект Апелляционного суда округа Рованиеме, Финляндия. Esa Print Oy, 2007. С. 3.

⁴ См.: Там же. С. 12.

гося в 60-е годы прошлого столетия, разумный срок судебного разбирательства также является одним из ключевых параметров¹.

Нормативный характер требования разумного срока судебного разбирательства получило после закрепления в статье 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, приобретая, таким образом, обязательное значение для всего европейского правового пространства и став одним из ключевых элементов права на справедливое судебное разбирательство («минимального стандарта правосудия»).

*Эволюция подходов к срокам судебного
разбирательства в судопроизводстве Англии*

Эволюция подходов к временному фактору судебного разбирательства и регулированию процессуальных сроков «на пространстве всемирной истории»² шла разными путями. В наиболее ярком виде она проявилась в судопроизводстве Англии, где формально до середины XIX, а фактически до конца XX века сроки совершения сторонами отдельных процессуальных действий и тем более срок рассмотрения дела в целом никак не ограничивались³.

Вопреки сложившемуся в отечественной процессуальной науке мнению о преобладании в англосаксонском процессе концепции «формальной», а не «материальной» истины⁴ анализ работ ведущих английских ученых подтверждает, что чрезмерная, не ограниченная предельными сроками продолжительность судебного разбирательства исторически была обусловлена стремлением с максимально возможной точностью достичь истины по делу, т.е. знания об истинных фактах (*true facts*), для чего сторо-

¹ См.: The Florence Access-to-Justice Project. A Series Under the General Editorship of Mauro Cappelletti.

² Выражение, использованное К.И. Малышевым в его «Курсе гражданского судопроизводства». СПб., 1876. С. 39. Цит. по: Виноградова Е.А. Процессуальные сроки и истина... С. 1.

³ См.: Zuckerman A. Justice in Crisis... P. 14.

⁴ Такое мнение, сформулированное в 1937 году в книге Вышинского «К положению на фронте правовой теории», закрепилось в отечественной науке и отчасти сохранило свое влияние до настоящего времени, в том числе из-за недостаточного освещения работ иностранных ученых по данному вопросу и их переводов на русский язык. Об этом см. подробнее: Виноградова Е.А. Процессуальные сроки и истина... С. 47–49.

нам предоставлялись практически неограниченные возможности для представления и исследования доказательств; суд был не вправе вмешиваться в этот процесс¹.

Однако такая система судопроизводства показала себя неэффективной, что привело к попыткам ее реформирования: в конце XIX века английское законодательство наделяет суд полномочиями устанавливать сроки совершения сторонами отдельных процессуальных действий; формально истечение данных сроков погашало право на совершение соответствующего процессуального действия².

*Реформы английского правосудия
в 90-х годах XX столетия в сфере контроля
суда за движением процесса*

Несмотря на формальное закрепление в английском законодательстве права суда устанавливать сроки совершения сторонами процессуальных действий, вплоть до проведения реформ конца 90-х годов XX столетия (реформы Вульфа) английское правосудие исходило из приоритета рассмотрения дела по существу (*justice on the merits*), ориентированного на достижение истинных фактов (*establishing true facts*) и применение к ним норм права. Исходя из приоритета «разрешения дела по существу», суд зачастую был вынужден оставлять несоблюдение сторонами сроков совершения процессуальных действий без последствий, поскольку в противном случае невозможно было бы вынести истинное решение³.

¹ На данный факт, основываясь на анализе национальных докладов по Англии и США, представленных на XI Всемирный конгресс по процессуальному праву (Вена, 1999 год), указывает Е.А. Виноградова: «Именно определение цели гражданского процесса в этих странах (Англии и США. — *Ред.*), как разрешение дела на основе его истинных обстоятельств, было положено в основу системы состязательного судопроизводства, не ограниченного сроками для представления адвокатами сторон доказательств и сроками окончания процесса». См.: Виноградова Е.А. Процессуальные сроки и истина... С. 59—60; Zuckerman A. Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure. P. 16—17.

² См.: Zuckerman A. Court Control and Party Compliance — the Quest for Effective Litigation Management / G. Giapichelli (ed.) // The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective. Torino, 2005. P. 145—146.

³ См.: Zuckerman A. Justice in Crisis... P. 16—17.

Как следствие, проблема длительности рассмотрения дел судом носила чрезвычайно острый характер. Согласно данным международных сравнительно-правовых исследований, которые проводятся с целью оценить эффективность правосудия и его доступность в различных странах, средние сроки рассмотрения дел в Англии до реформ Вульфа составляли: в Высоком суде — 161 неделя в Лондоне и 195 недель по стране; в судах графств — 70 и 90 недель соответственно¹. Чрезмерный срок рассмотрения дела был назван в числе трех главных проблем английского правосудия наряду со стоимостью и сложностью процедуры (*Cost, Delay & Complexity*)².

Профессор Адриан Цукерман (Оксфорд), в свою очередь, также обозначил три измерения правосудия — стоимость, срок и истинность вынесенного решения (*Cost, Delay & Truth*) — и выдвинул тезис об их взаимозависимости: чем больше срок рассмотрения дела и вкладываемые в организацию судопроизводства финансовые ресурсы, тем больше вероятность вынесения «истинного решения», соответствующего фактическим обстоятельствам дела. Иными словами, хотя срок и стоимость рассмотрения дела не могут напрямую обеспечить истинность выносимых решений, они существенным образом влияют как на процесс отправления правосудия в целом, так и на индивидуальные результаты рассмотрения конкретных дел³. Так, любые сроки совершения процессуальных действий, а также срок рассмотрения дела потенциально ограничивают возможность полного и всестороннего исследования фактических обстоятельств дела⁴.

¹ Указанные данные со ссылкой на доклад Пола Михалика (Paul Michalik) на XI Всемирном конгрессе по процессуальному праву приводит Е.А. Виноградова в статье «Фундаментальные положения гражданского процессуального права» (с. 61).

² На эти недостатки со ссылкой на Доклад о состоянии гражданской юстиции (Civil Justice Review), подготовленный лордом-канцлером и представленный в парламент в 1988 году, указывал лорд Вульф в своем промежуточном докладе о доступе к правосудию (Access to Justice. Interim Report).

³ См.: Zuckerman A. Justice in Crisis... P. 6.

⁴ Данная точка зрения корреспондирует подходам некоторых российских ученых как дореволюционной, так и современной процессуальной школы. См.: Юридические исследования и статья А.Х. Гольмстена. СПб., 1894; Виноградова Е.А. Процессуальные сроки и истина...; Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. М.: Юрист. 2003; Алехин Д.Е., Алехина Е.Е. К вопросу

Кроме того, временной фактор является принципиальным с точки зрения целесообразности решения: если спорный вопрос к моменту вынесения решения по нему уже утратит свою актуальность, это может свести на нет всю пользу от принятия решения (в этой связи нельзя не вспомнить известное выражение *Justice delayed is justice denied*, что означает «задержка правосудия — это отказ в правосудии»).

Подход к осуществлению правосудия в английской судебной системе претерпел радикальные изменения в конце XX столетия, когда отправление правосудия по существу (*justice on the merits*) перестало быть единственным приоритетом модели гражданского судопроизводства, принятой в результате реформ Вульфа. В соответствии с новой концепцией правосудие должно осуществляться с учетом всех критериев эффективности (срок судебного разбирательства, его стоимость, доступность правосудия). Цель достижения правосудия была дополнена концепцией соразмерности, согласно которой суд должен не просто достичь истинного решения, но достичь его в такой срок и с затратой таких ресурсов, которые соразмерны сложности и значению рассматриваемого дела¹. Основные изменения, привнесенные реформами Вульфа, касаются не структуры процесса, а его философии и подходов к отправлению правосудия, в том числе возложения на суд основной обязанности по контролю за движением судебного процесса².

об эволюции и содержании некоторых явлений (принципов) в гражданском процессе // Тенденции развития гражданского процессуального права России. СПб. : Юридический центр Пресс, 2008. С. 512—525.

¹ См. доклад лорда Вульфа «Access to Justice: Final Report», Overview (The Principles). URL: www.dca.gov.uk/civil/final

² На это же указывает Е.В. Кудрявцева: «В настоящее время в Англии благодаря введению управления движением дел наблюдается отказ от прежней практики, в рамках которой развитие гражданского процесса по делу шло в зависимости лишь от воли сторон. Теперь руководство процессом перешло к суду, особенно на подготовительной стадии, что позволяет ускорить производство и сократить расходы. Нелишне подчеркнуть, что задержки происходят прежде всего на стадии подготовки дела к судебному разбирательству, а не во время самого судебного разбирательства. С этой точки зрения существенную роль играет график движения дела» (Кудрявцева Е.В. Подготовка дела к судебному разбирательству в России и Англии // Законодательство. 2008. № 11).

*Развитие в США полномочий суда
по контролю за движением дела*

В другой стране общего права — США — в 20-х годах XX века начинается процесс наделения суда полномочиями по контролю за ходом судебного процесса, управлению сроками рассмотрения дела и контролем за своевременностью совершения сторонами процессуальных действий — эта система получила название *case-management*. Как указывает Е.А. Виноградова, «в ответ на общественное недовольство неограниченным абсолютным контролем сторон за ходом подготовки дела к разбирательству в судебном заседании, такие права сторон постепенно ограничиваются в пользу вводимого “контроля суда над всеми участниками процесса”. Именно с этой целью в 1926 году судья Айра Джейн из штата Мичиган, считавший, что “процесс можно изменить, только если инициативу возьмут на себя судьи”, начал использовать досудебные совещания [*pre-trial conferences*]»¹.

В настоящее время средняя продолжительность рассмотрения дел в США сильно колеблется от штата к штату, но остается достаточно существенной, что приводит к переоценке сложившейся философии процесса и функций суда, особенно с учетом позитивного опыта английских реформ. Основным компонентом намечающейся судебной реформы в США называют наделение суда большими полномочиями по контролю за ходом процесса. Например, суд получил право контролировать досудебное раскрытие доказательств (*pre-trial discovery*) — стадию, на которой в гражданском процессе ранее участвовали только стороны. Таким образом, здесь также прослеживается общая тенденция к постепенному внедрению и усилению судебного контроля за ходом судебного разбирательства (изменение привычного *case-management* на дифференцированную систему управления ходом движения дела — *differentiated case-management*)². Для мониторинга временного параметра качества судебной деятельности в США

¹ Виноградова Е.А. Фундаментальные положения гражданского процессуального права. С. 64

² О системе управления движения делом см.: Прокудина Л.А. Оптимизация в организации арбитражного судопроизводства в России. М.: Юриспруденция, 2007; Она же. Перспективы использования в российских судах системы управления движением дела / под ред. М.К. Треушников // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве. М.: Городец, 2004.

применяются Стандарты деятельности и Система контроля деятельности судов первой инстанции (*The Trial Courts Performance Standards and Measurement System*), включающие пять областей: 1) доступ к правосудию (*Access to Justice*); 2) быстрота и своевременность (*Expedition and Timeliness*); 3) равенство, справедливость и честность (*Equality, Fairness and Integrity*); 4) независимость и ответственность (*Independence and Accountability*); 5) доверие общественности (*Public Trust and Confidence*). При этом во второй области (быстрота и своевременность) применяются три стандарта: а) ведение дела, б) соответствие расписанию, в) быстрое применение материальных и процессуальных норм¹.

Новая философия гражданского судопроизводства, вслед за Англией распространяющаяся по всему миру, заключается именно в распределительном характере правосудия, соразмерности затрачиваемых ресурсов — временных, человеческих и финансовых — сложности и значимости каждого конкретного дела и постепенно внедряется в большинстве процессуальных систем, направленных на повышение эффективности и рационализации судопроизводства².

Основные тенденции французской реформы гражданского судопроизводства

Реформы гражданского судопроизводства во Франции в течение последних пяти десятилетий выявили две основные тенденции: 1) расширение специализации судов путем передачи все большего количества дел в специализированные суды (дифференциация судопроизводства); 2) передача контроля за ходом процесса от сторон к суду. Как отмечают исследователи, во французском процессе стороны традиционно могли в значительной степени контролировать ход процесса (что опять-таки не подтверждает сложившееся в российской процессуальной науке представление о контроле хода процесса в странах общего права сторонами, а в странах континентального права — судом)³. С не-

¹ См.: Оценка качества разрешения дел в судах. С. 29.

² О новой модели гражданского судопроизводства в Англии более подробно см.: Кудрявцева Е.В. Гражданское судопроизводство Англии. М.: Городец, 2008.

³ См.: Zuckerman A. Justice in Crisis... P. 22; Cadet L. Civil Justice Reform: French Perspective // Civil Justice in Crisis. P. 314.

давнего времени активность суда во французском процессе начала усиливаться, но такая же тенденция, как было показано выше, наблюдается в последние годы и в английском судопроизводстве. Важно подчеркнуть, что возрастание активности суда в части управления ходом движения дела — причем в системах как англосаксонского, так и континентального права — не означает вторжения суда в традиционные распорядительные полномочия сторон, в части определения пределов судебного разбирательства и границ материально-правового требования. Эти полномочия не только не подвергаются ограничениям в пользу суда, но даже расширяются.

Хотя процесс по-прежнему «принадлежит» сторонам (с точки зрения определения пределов спора), суду предоставлены значительные полномочия по контролю за ходом судебного разбирательства, а также по истребованию документов и принятию иных мер, направленных на получение доказательств¹. Новый подход позволяет повысить степень сотрудничества между сторонами и судом в ходе судебного разбирательства. Кроме того, подобно английской модели, французский ГПК также устанавливает различные процедуры (треки) движения дела в зависимости от его сложности. В результате средняя продолжительность рассмотрения гражданского дела в суде большой инстанции (*tribunal de grande instance*) составляет 8,8 месяца, а в окружных судах (*tribunal d'instance*) около пяти месяцев в стандартных формах судопроизводства, однако, с учетом также срока рассмотрения дел в упрощенном производстве, реальный срок рассмотрения дела в обычном (исковом) производстве может быть намного больше. Срок рассмотрения дела в апелляции в среднем составляет 15,6 месяца².

Изменения в гражданском судопроизводстве Германии

В Германии, где гражданский процесс традиционно является в высокой степени состязательным, т.е. процессуальные права и свободы сторон могут быть ограничены лишь в минимальной степени³, в последнее время наметилась тенденция

¹ См. статьи 138—139, 142 и др. ГПК Франции.

² См.: Cadet L. Op. cit. P. 306.

³ См.: Zuckerman A. Justice in Crisis... P. 31.

к изменению этого подхода под влиянием растущего количества дел. Гражданское процессуальное уложение Германии не устанавливает сроков рассмотрения дел, однако содержит важнейшие положения о полномочиях суда по руководству процессом: п. 136 «Функции председательствующего по руководству процессом», п. 139 «Руководство рассмотрением дела по существу», п. 142 «Распоряжение о представлении документов», п. 143 «Распоряжение о представлении официальных документов» и др. Эти полномочия позволяют суду гибко подходить к срокам рассмотрения дела (в частности, в зависимости от сложности дела и его фактических обстоятельств предварительное заседание согласно § 272 «Определение вида производства» может проводиться в устной или письменной форме) и, как отмечают комментаторы, используются исключительно для затягивания процесса¹.

Средние сроки рассмотрения дел в судах Германии в целом укладываются в понятие разумных. В участковых судах (*Amtsgerichte* — нижний уровень судебной системы) около 50% дел рассматриваются в течение трех месяцев, 30% — в течение шести месяцев и 18% — в течение 12 месяцев. Средний срок рассмотрения дел в участковых судах составляет 4,6 месяца, при этом 4% дел рассматриваются более двух лет. Суды земель (*Landsgerichte*) рассматривают 40% дел в течение трех месяцев, 25% — в течение шести месяцев, 22% — в течение 12 месяцев, около 10% — в течение 24 месяцев².

*Опыт судебной системы Финляндии
по внедрению проекта качества правосудия*

Интересен опыт судебной системы Финляндии по внедрению Проекта качества правосудия. В опубликованном введении к данному Проекту подчеркивалось, что предлагаемые в нем критерии качества правосудия предназначены не для мониторинга деятельности отдельных судей и не для применения к судьям мер дисциплинарного воздействия, а для постоянного улучшения работы судов и поддержания на должном уровне и дальнейшего совершенствования навыков и компетентности

¹ См.: Гражданское процессуальное уложение Германии / [вступит. ст. В. Бергманна и М. Гутброта]. М. : Волтерс Клувер, 2006. С. XII—XIII.

² Данные приведены по: Zuckerman A. Justice in Crisis... P. 31—32.

судей. В данном Проекте скорость рассмотрения дела была названа среди шести основных критериев оценки качества судебного разбирательства в силу ее особой значимости для сторон, однако подчеркивалось, что ее нужно рассматривать, сопоставляя с другими качественными критериями¹. Под скоростью рассмотрения дела подразумевается, что дела рассматриваются и разрешаются в суде настолько быстро, насколько это возможно, без неоправданных задержек. Завершение судебного разбирательства в разумный срок является целью и внутреннего законодательства, и международных соглашений. Быстрота рассмотрения дела, согласно Проекту, определяется следующими качественными критериями:

- а) дело должно быть рассмотрено в течение оптимального времени, установленного для организации работы суда (не должно быть периодов, когда с делом ничего не происходит);
- б) при составлении графика рассмотрения дела необходимо учитывать значимость дела для сторон и продолжительность рассмотрения дела на более ранних стадиях (речь идет о выборе процедуры движения дела судьей в зависимости от сложности дела и иных его особенностей);
- в) стороны должны чувствовать, что судебное разбирательство было быстрым;
- г) сроки, установленные судом и согласованные со сторонами, должны соблюдаться².

*Основные аспекты оценки качества
судебной деятельности в Швеции*

В Швеции в 1997 году был опубликован Отчет о качестве, определивший основные параметры качества судебной деятельности, среди которых были названы правильность решения и соответствие его закону, временной фактор, обращение с лицами, участвующими в деле, компетентность и профессиональная подготовка судей. Временной фактор предполагает, что дела должны рассматриваться и разрешаться настолько быстро, насколько это возможно. Как этого добиться? Судья должен использовать эффективные методы управления делом. Судебный процесс дол-

¹ См.: Оценка качества разрешения дел в судах. С. 33—35.

² См.: Там же. С. 40—43.

жен быть распланирован детально и последовательно. Должен осуществляться надзор за сроками рассмотрения каждого дела. Серьезное внимание должно уделяться очередности рассмотрения дел. В Отчете также обращалось внимание на возможные противоречия между стремлением к скорейшему разрешению дела и правильностью выносимого решения¹.

*Программа модернизации
правосудия в Нидерландах*

В Нидерландах в 1998—2002 годах была реализована масштабная программа модернизации правосудия. Одним из ее направлений стала разработка и внедрение системы оценки качества работы судов по пяти секторам (беспристрастность и честность судей; компетентность судей; обеспечение процессуальной справедливости; справедливые действия суда; быстрота рассмотрения дела)². Последний сектор предполагает оценку того, придерживаются ли судьи установленного плана рассмотрения дел; при этом контролируются как сроки рассмотрения дел и продуктивность работы судей при рассмотрении различных видов дел, так и сверхпродуктивность, которая может являться знаком перегрузки работы суда, что не отвечает потребностям «потребителей»³. В этих реформах были использованы наиболее удачные и зарекомендовавшие себя наилучшим образом институты как континентального процесса, так и процесса стран общего права, среди которых одним из главных стало закрепление полномочий суда по активному руководству движением дела (в качестве образца выступали процессуальные системы Англии и Германии)⁴.

¹ См.: Оценка качества разрешения дел в судах. С. 24—25.

² См.: Там же. С. 27—28.

³ См.: Там же. С. 27.

⁴ Подробнее об опыте Голландии и других стран по заимствованию подтвердивших свою эффективность институтов других процессуальных систем см.: Филатова М.А. Импорт и экспорт гражданского процессуального права в глобальном контексте : Коллоквиум Международной Ассоциации процессуального права в Киото (Япония), 20—22 сентября 2006 года // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2006. № 5. СПб.: Изд. дом СПбГУ, 2007. С. 756—766.

Основные выводы о современных тенденциях обеспечения разумных сроков судебного разбирательства в контексте эффективности гражданского судопроизводства

В современной концепции развития процессуального права срок судебного разбирательства рассматривается как один из ключевых параметров качества и эффективности правосудия, но соответствие этому параметру не должно достигаться в ущерб другим основополагающим параметрам, в первую очередь правильности выносимого решения.

Большинство современных процессуальных систем основаны на концепции соразмерности при определении разумности срока судебного разбирательства; соразмерность же определяется как соответствие продолжительности рассмотрения дела его сложности, индивидуальным особенностям и значимости для сторон. В то же время с точки зрения процедуры индивидуальный подход к определению продолжительности судебного разбирательства, соответствующей концепции соразмерности, обеспечивается расширением полномочий суда по управлению ходом движения дела в странах как общего, так и континентального права.

Таким образом, само по себе введение применительно к судебному разбирательству понятия разумности срока — посредством статьи 6 Европейской конвенции — повлекло за собой пересмотр роли суда в управлении ходом судебного разбирательства. У суда появились дополнительные полномочия по определению той оптимальной временной модели, которая требуется для рассмотрения и разрешения конкретного дела исходя из его сложности, значимости и других важных критериев.

При этом определяемый Европейским судом «разумный» срок по тем или иным делам не может быть принят за образец такой «оптимальной» модели, поскольку, как отмечалось выше, он представляет собой срок пограничный, т.е. такой, превышение которого уже означает нарушение.

Соответственно, сегодня перед всеми без исключения правовыми системами стоит задача выработать такую модель определения срока (вместе с механизмами ее реализации), которая, с одной стороны, обеспечивала бы полноценное рассмотрение каждого дела с учетом его индивидуальных особенностей, а с другой — не допускала бы такой ситуации, при которой итог рассмотрения дела мог быть обесценен чрезмерной длительностью

ожидания результата определения судом прав и обязанностей каждой заинтересованной стороны.

Остается добавить, что безусловного внимания со стороны российской правовой системы заслуживают такие новейшие тенденции в данной области, как установление для дел разных категорий соответствующих гибких временных рамок, в пределах которых судья вправе самостоятельно (а иногда с учетом мнения сторон) определять сроки и последовательность совершения процессуальных действий участниками процесса¹.

5. Концептуальные основы и направления дальнейшей оптимизации сроков судебного разбирательства в российском гражданском судопроизводстве

В связи с распространением на Россию юрисдикции ЕСПЧ проблема оптимизации сроков судебного разбирательства привлекает к себе особое внимание, в том числе на высшем государственном уровне.

Необходимость изменения целей и концепции реформ, направленных на оптимизацию сроков рассмотрения дел

Прежде всего необходимо изменить цель осуществляемых в данной области реформ. Сегодня она формулируется как «ускорение рассмотрения споров судами», «сокращение сроков рассмотрения дел» или «обеспечение рассмотрения дел в установленные законом сроки». С точки зрения обеспечения баланса критериев качества правосудия, а именно полноты рассмотрения дела, правильности и обоснованности выносимого решения и продолжительности судебного разбирательства, более оправданным является *рассмотрение каждого дела в течение такого срока, который учитывал бы индивидуальные особенности дела и обеспечивал бы полное и всестороннее изучение всех его обстоятельств*. Лишь при этом условии возможно говорить об эффективности правосудия не только по форме, но и по существу, поскольку одно лишь стремление любой ценой сократить сроки судебного

¹ См. упоминавшийся выше доклад Европейской комиссии по эффективности правосудия «Новая цель для судебных систем: рассмотрение каждого дела в оптимальные и прогнозируемые сроки» («A new objective for judicial systems: the processing of each case within an optimum and foreseeable time»).

разбирательства, как показывает в том числе предшествующий исторический опыт, неизбежно приводит к конфликту качественных и количественных параметров правосудия.

Названной цели должен соответствовать концептуальный подход к регламентации сроков рассмотрения гражданских дел. Выше было показано, что сегодня в мировой процессуальной науке существует два таких основных подхода, основанных на признании срока судебного разбирательства одним из неотъемлемых критериев качества последнего. Но при этом в соответствии с одним подходом объективно необходимая продолжительность судебного разбирательства определяется индивидуально для каждого конкретного дела на основе принципа соразмерности, позволяющего затратить на рассмотрение дела такое количество ресурсов (в том числе временных), которое оправдано его сложностью, составом субъектов процессуальных отношений и надлежащих доказательств, а также его социальной значимостью (этот подход в общем виде отражен в требовании разумного срока судебного разбирательства). Второй подход предполагает установление сроков рассмотрения дел в самом законе, с небольшой дифференциацией для различных видов судопроизводства и дел с различной родовой подсудностью, изначально без учета индивидуальных особенностей дела, но с возможностью «приостанавливать» исчисление срока в тех случаях, когда эти особенности требуют совершения каких-либо дополнительных действий (повторный вызов сторон, истребование доказательств, изменение субъектного состава и т.д.). При этом соблюдение сроков судьей, рассматривающим дело, фактически стимулируется возможностью дисциплинарных санкций за их нарушение.

В пользу перехода российской правовой системы к концепции разумного срока судебного разбирательства говорят несколько соображений.

Прежде всего, обеспечение внутригосударственных средств правовой защиты от нарушения разумного срока, предусмотренного статьей 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, уже предполагает введение данного понятия и обосновывающей его концепции в правовой оборот. Очевидно, что одновременное существование и применение в законе двух таких понятий, как разумный срок и установленный законом срок рассмотрения дела, вряд ли возможно. Если нарушение установленных законом сроков само по себе не означает нарушения разумного срока, эти сроки не могут быть содержательно значимыми. Следовательно, целесообразно ли сохранять их в российском судопроизводстве?

*Преимущества концепции разумного срока разбирательства
в отличие от установленного законом*

Вторым соображением в пользу перехода к концепции разумного срока судебного разбирательства является уже отмеченная выше необходимость обеспечения баланса между такими важнейшими параметрами правосудия, как вынесение правильного и обоснованного решения и быстрота (оперативность) разрешения спора. С одной стороны, дело не должно рассматриваться бесконечно долго, с отсутствием временных ограничений на представление доказательств сторонами, но с другой — стремление суда во что бы то ни стало уложиться в предусмотренные законом временные границы, невзирая на объем вопросов и доказательств, которые ему предстоит рассмотреть, может существенно снижать качество судебного разбирательства. Не говоря уже о том, что фактическое применение дисциплинарных санкций за несоблюдение установленных законом сроков негативно отражается на независимости судей.

Выбор критерия разумного срока как определяющего допустимую продолжительность судебного разбирательства также будет способствовать выявлению реальной картины длительности рассмотрения гражданских дел, поскольку при оценке разумности срока — согласно практике Европейского суда по правам человека — принимается во внимание именно фактическая календарная продолжительность процесса.

*Изменение роли суда в контроле
за продолжительностью судебного процесса*

Принятие в качестве концептуальной основы регулирования сроков судебного разбирательства требования разумного срока рассмотрения дела потребует пересмотра сложившихся подходов к роли суда и его полномочиям по управлению ходом движения дела исходя из индивидуальных особенностей последнего.

В отсутствие у суда четкого ориентира в виде срока, установленного законом, он должен будет определять этот срок самостоятельно, и, таким образом, при дифференцированном подходе к срокам рассмотрения дел от суда потребуются дополнительные усилия по оценке обстоятельств дела в целях прогнозирования графика его рассмотрения. Отдельные полномочия суда по контролю за ходом судебного разбирательства вытекают из положений процессуальных кодексов и реализуются в судебной практике

(особенно это справедливо для арбитражных судов). Например, можно рассматривать в качестве контрольного полномочия указание суда в определении о назначении предварительного судебного заседания на необходимость представления сторонами определенных документов и обязательность явки в судебное заседание. Иногда в таких определениях указывается и на возможность наложения штрафа за невыполнение предписаний суда. Конечно, применение подобных мер не может противоречить принципу диспозитивности, не должно приводить к неоправданным ограничениям автономии воли сторон. Задача процессуальной науки и практики состоит и в том, чтобы, руководствуясь объективными потребностями, находить баланс при решении таких задач. Пока ресурсное обеспечение судебной системы этому не способствует. В условиях, когда за половину рабочего дня (с 9 до 14 часов) судья должен рассмотреть более 90 дел (такие списки судебных дел приходилось видеть, например, в Арбитражном суде Санкт-Петербурга и Ленинградской области), поиск мер, позволяющих судье максимально сокращать продолжительность рассмотрения дел, становится вопросом выживания для судебной системы в целом и отдельных ее представителей.

Существующие в законе и сложившиеся в практике полномочия суда по управлению ходом движения дела требуют систематизации и расширения, в том числе на основе изучения опыта стран, таких, например, как Англия и Франция, где уже успешно работают различные процедуры составления графиков движения дел с различной степенью наполнения их планируемыми процессуальными действиями.

*Перераспределение активности суда и сторон
в целях обеспечения разумного срока разбирательства*

В современных процессуальных системах обеспечение разумного срока судебного разбирательства связано также с определенным перераспределением активности между судом и сторонами. Сравнительно-правовой анализ демонстрирует тенденцию установления во многих системах модели, в соответствии с которой суд контролирует и регулирует поступательное движение дела, в то время как стороны определяют предмет рассмотрения дела и его пределы. В результате усиливается конвергенция процессуальных систем. В системах общего права, изначально отличавшихся доминирующей ролью сторон в процессе, все больше внимания

уделяется роли суда в управлении ходом судебного разбирательства. При этом на судью возлагается ответственность за организацию процедуры судебного разбирательства в соответствии с особенностями конкретного дела для обеспечения ее максимальной эффективности. В то же время страны континентального права не только подтверждают свою приверженность состязательному процессу, но и придают ему новые черты, заимствуя типичные для стран общего права институты, такие как перекрестный допрос, свидетели-эксперты, раскрытие доказательств и др.¹

Безусловно, решение проблемы сроков рассмотрения дел невозможно без принятия мер общего характера, направленных на развитие внесудебных способов защиты права и примирительных процедур, на уменьшение нагрузки судей, улучшение технологического и информационного обеспечения судопроизводства и др.² Однако необходимо определить и те точки, в которых возможно развитие уже существующего потенциала процессуальных норм и судебной системы, что также может способствовать оптимизации деятельности суда.

Управление движением дела

Усиление роли суда в осуществлении контроля за ходом движения дела может предотвратить многие нарушения разумного срока судебного разбирательства, которые, по заключению Европейского суда³, являются следствием ненадлежащей организации процесса и отсутствия должного руководства движением дела со стороны суда и обусловлены в том числе непринятием адекватных дисциплинирующих мер в отношении ответчиков,

¹ См.: Trocker N., Varano V. Concluding remarks // The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective. P. 244.

² В частности, в выступлении председателя ВАС РФ 21 сентября 2009 года были названы следующие меры, направленные на уменьшение количества дел, поступающих в арбитражные суды, и усовершенствование процедуры рассмотрения споров: развитие упрощенного производства; противодействие злоупотреблению процессуальными правами; сокращение возможностей обжалования судебных решений по делам незначительного характера; ограничение судебного контроля над решениями налоговых органов о взыскании недоимок, штрафов и пеней по налоговым платежам; стимулирование внесудебного разрешения споров (<http://arbitr.ru/press-centr/news/24663.html>).

³ См., в частности, постановления ЕСПЧ по делам «Marchenko v. Russia» от 5 октября 2006 года, «Glazkov v. Russia» от 12 октября 2006 года, «Volovich v. Russia» от 5 октября 2010 года и др.

в первую очередь государственных органов, в связи с неоднократной неявкой их представителей в судебное заседание; непредставлением отзывов и иных затребованных судом документов; непринятием мер по устранению задержек в проведении экспертизы и т.д.

Отдельные элементы системы управления движением дела, которая получила в современной процессуальной науке название *case-management* и активно используется в процессуальных системах как общего, так и континентального права, появились в российском, французском и германском судопроизводстве уже во второй половине XIX века¹. В современной же российской процессуальной науке комплексному исследованию системы управления движением судебного дела посвящены лишь работы Л.А. Прокудиной (в том числе в соавторстве с Дж. Сесил), представившей обзор основных характеристик системы управления движением дела в США, а также исследование перспектив внедрения системы управления движением дела в низовом звене арбитражных судов РФ, проведенное в 2002 году². В этом исследовании управление движением дела рассматривается не только как фактор, позволяющий минимизировать задержки в ходе процесса или избежать их, но и как концептуальная основа организации управления деятельностью суда в целом, так как полномочия суда по управлению движением дела служат реализации его основной задачи — своевременному отправлению правосудия³.

Кроме того, усиление контроля суда за ходом судебного разбирательства должно сопровождаться повышением ответственности сторон за нарушение своих процессуальных обязанностей, что обуславливает модернизацию концепции

¹ См.: Виноградова Е.А. Процессуальные сроки и истина... С. 30.

² См.: Прокудина Л.А., Сесил Дж.С. Система управления движением дела — фактор повышения эффективности отправлению правосудия // Вестник ВАС РФ. 2003. № 10. С. 157—172; Прокудина Л.А. Перспективы использования в российских судах системы управления движением дела // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве. С. 115—127.

³ См.: Прокудина Л.А., Сесил Дж. С. Система управления движением дела... С. 158.

гражданско-правовой ответственности и теоретическую разработку проблемы злоупотребления процессуальными правами¹.

§ 5. НЕИСПОЛНЕНИЕ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ

1. Исполнение судебных решений как элемент права на судебную защиту

*Толкование статьи 6 Конвенции как включающей
исполнение судебных решений в право на суд*

Самый большой блок нарушений статьи 6 Конвенции со стороны России связан с неисполнением судебных решений внутригосударственных судов, вынесенных в пользу заявителей. В большинстве случаев это решения по искам против государства или его публичных агентов. Жалобы данной категории составляют 35% всех российских жалоб, зарегистрированных Судом².

В своей практике Суд исходит из понимания права на исполнение судебных решений как неотъемлемого элемента «права на суд» по смыслу статьи 6 Конвенции. Основные концептуальные подходы к данному вопросу были сформулированы Судом в постановлениях по делу *«Di Pede v. Italy»* от 26 сентября 1996 года, когда Суд прямо указал, что исполнительное производство должно рассматриваться как второй этап судебного разбирательства (п. 24), и по делу *«Hornsby v. Greece»* от 19 марта 1997 года.

В последнем дана следующая развернутая характеристика права на исполнение судебного решения:

«34. Суд вновь напоминает, что пункт 1 статьи 6 Конвенции закрепляет за каждым право обращаться в суд в случае любого спора о его гражданских правах и обязанностях; таким образом, она включает в себе «право на суд», одним из аспектов которого является право на доступ к правосудию, представляющее собой право возбуждать исковое производство в судах по вопросам

¹ Об этом см., в частности: Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. СПб. : Изд-во СПбГУ, 2005; Гражданское процессуальное правонарушение и ответственность. СПб. : Изд-во СПбГУ, 2009.

² См.: Ковлер А.И. Постановления, принятые Европейским судом по правам человека в отношении Российской Федерации в 2009 году // Российское правосудие. 2010. № 2 (46). С. 4.

гражданско-правового характера. Однако такое право было бы иллюзорным, если бы правовая система государства — участника Европейской Конвенции допускала, чтобы судебное решение, вступившее в законную силу и обязательное к исполнению, оставалось недействующим в отношении одной стороны в ущерб ее интересам. Немыслимо, чтобы пункт 1 статьи 6 Конвенции, детально описывая процессуальные гарантии сторон — справедливое, публичное и проводимое в разумный срок разбирательство, не предусматривал бы защиты процесса исполнения судебных решений; толкование статьи 6 Конвенции исключительно в рамках обеспечения лишь права на обращение в суд и порядка судебного разбирательства, вероятней всего, привело бы к ситуациям, несовместимым с принципом верховенства права, который государства — участники Европейской Конвенции обязались соблюдать, подписав Конвенцию. Исполнение судебного решения, принятого любым судом, должно, таким образом, рассматриваться как составляющая «судебного разбирательства» по смыслу статьи 6 Конвенции...».

Данный вывод Суда, безусловно, имеет огромное значение для обоснования соотношения исполнения судебного решения со стадиями собственно гражданского судопроизводства¹. Отнесение же права на исполнение судебного решения к сфере регулирования статьи 6 преследовало сугубо практические, а не теоретические цели, а именно обеспечение, в рамках предоставленного Конвенцией инструментария, конечного результата правосудия — восстановления нарушенных прав, без которого правосудие немыслимо. Эта позиция Суда, разумеется, не лишает стадию исполнения всех присущих ей самостоятельных признаков, в первую очередь связанных с иным субъектным составом правоотношений, возникающих в ходе исполнения. Однако для целей правового регулирования важен вывод о распространении на исполнение судебных решений общих стандартов статьи 6 Конвенции, в том числе в части разумного срока исполнения, и признание обязательства государства в рамках данной статьи обеспечить реальный результат правосудия.

В деле «*Di-Pede v. Italy*» Суд прямо указал, что он не включается в теоретическую дискуссию (ведущуюся в итальянской

¹ Различные точки зрения по данному вопросу широко представлены в российской правовой литературе. Подробный их обзор дал, в частности, С.Ф. Афанасьев. См.: Афанасьев С.Ф. Указ.соч. С. 288—299.

доктрине) относительно того, является ли исполнительное производство самостоятельным процессом или же частью судебного производства. По смыслу высказываний Суда для него является важным, было ли реализовано право заявителя, установленное судебным решением, и тем самым каков был реальный, практический результат судебного процесса (см. п. 22 постановления по делу *«Di-Pede v. Italy»*).

2. Неисполнение судебных решений: особенности российских дел

Дело по жалобе «Burdov v. Russia»

Первым российским делом, касающимся неисполнения судебных решений, стало дело по жалобе гражданина Бурдова против России (постановление от 7 мая 2002 года), связанной с тем, что решение, вынесенное российскими судами по иску заявителя о взыскании компенсации вреда здоровью, причиненного в результате участия заявителя в ликвидации последствий аварии на Чернобыльской АЭС, не исполнялось российскими властями (органами социальной защиты населения) в связи с отсутствием финансирования.

В данном деле Европейский суд применил ранее сформулированные им в постановлении по делу *«Hornsby v. Greece»* подходы, касающиеся исполнения судебных решений как неотъемлемого элемента права на суд и обеспечения процесса исполнения в рамках процессуальных гарантий, предоставляемых статьей 6.

*Недопустимость оправдания неисполнения
решения суда отсутствием ресурсов*

Еще один важный вывод Суда в данном постановлении касается возможности оправдать неисполнение судебного решения, вынесенного против государства (или муниципального образования), отсутствием финансирования (бюджетных средств) для его исполнения. В этом вопросе Суд сослался на постановление Большой палаты Европейского суда по делу *«Immobiliare Saffi v. Italy»*), указав следующее: «35. Орган государства-ответчика не волен ссылаться на недостаточное финансирование в оправдание неуплаты долга, установленного решением суда. Предполагается, что та или иная задержка исполнения судебного решения

при определенных обстоятельствах может быть оправдана. Однако задержка не может быть такой, что она нарушала бы саму суть права, гарантируемого пунктом 1 статьи 6 Конвенции...»¹.

Этот вывод был подтвержден и в последующей практике Суда: «Государственный орган не может ссылаться на отсутствие средств или других ресурсов, таких как жилье, в качестве основания для невыплаты присужденного долга (*Malinovsky v. Russia*; *Plotnikov v. Russia*); это также касается и трудностей, которые испытывают государственные правоприменительные органы, и сложности бюджетных взаимоотношений (*Vasserman v. Russia*)»².

*Подтвержденное судебным решением право требования
как право на уважение собственности*

В российских делах данной категории начиная с «дела Бурдова» Суд, как правило, наряду с нарушением статьи 6 Конвенции констатирует также нарушение статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции, гарантирующей право лица на уважение своей собственности. В данном случае право требования, установленное судебным решением, рассматривается Судом как имущество, на что Суд также указал в постановлении по «делу Бурдова» со ссылкой на базовый прецедент по этому вопросу — постановление Европейского суда по делу «*Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*» от 9 декабря 1994 года: «40. Суд вновь напоминает, что «требование» может пониматься как «собственность» по смыслу статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции в случае, если в достаточной мере установлено, что оно может быть юридически реализовано...»³.

Соответственно, Суд признает длящееся неисполнение судебного решения, вынесенного в пользу заявителя, нарушением права на доступ к суду и препятствием к получению заявителем причитающегося ему имущества, на получение которого он обоснованно рассчитывал; такая позиция была воспроизведена в делах «*Vasserman v. Russia*», «*Gerasimova v. Russia*», «*Gizatova v. Russia*» и многих других.

¹ Перевод на русский язык: СПС «Консультант-Плюс».

² Перевод на русский язык: Аппарат Уполномоченного РФ при ЕСПЧ.. Цит. по: «*Mizuik v. Russia*», постановление от 12 апреля 2007 года.

³ Перевод на русский язык: СПС «Консультант-Плюс».

*Общие черты российских дел
о неисполнении судебных решений*

Практика Суда по данной категории российских дел на редкость монолитна, что объясняется чрезвычайной схожестью фактических обстоятельств этих дел. Как правило, позиция Суда, которая была сформулирована в самых первых постановлениях по делам данной категории — «*Burdov v. Russia*», «*Vasserman v. Russia*» и др., здесь не подвергается какой-либо значительной корректировке от решения к решению. Поэтому в постановлениях по указанным делам чаще всего Суд констатирует нарушение статьи 6 и статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции, указывая, что «правительство не предоставило никаких объяснений или аргументов, которые могли бы убедить его принять другое решение в данном деле» (см., например, среди многих других постановления по жалобам «*Korolev v. Russia*» и «*Miziuk v. Russia*» от 12 апреля 2007 года, «*Stivich v. Russia*» от 31 июля 2007 года).

Что касается фактической стороны указанных дел, то в подавляющем большинстве из них речь идет о неисполнении судебных решений, вынесенных по искам против государства или иных публичных образований. Сам факт наличия такого большого количества дел, в которых неисполнение решений происходит по вине самого государства в лице его органов или иных публичных субъектов, является именно российской особенностью (возможно, присущей до некоторой степени также практике некоторых стран Восточной Европы).

*Государство и его агенты – бюджетные учреждения,
муниципальные образования – как субъекты
неисполнения судебных решений*

Пристальное внимание Суда к неисполнению решений, вынесенных против государства, объясняется тем, что страны, подписавшие Конвенцию, несут особую ответственность за исполнение своих обязательств, предусмотренных статьей 6. Если субъектом неисполнения выступает само государство, против которого вынесено решение, то это с точки зрения Суда усиливает негативный аспект последствий такого неисполнения для заявителя, поскольку подрывает доверие к государству. Таким образом, в повышенной требовательности Суда к государству, четко

прослеживающейся в делах данной категории, проявляется особая защитная философия Конвенции в отношении индивида.

Необходимо отметить, что Европейский суд рассматривает ответственность России как государства — ответчика по данным делам чрезвычайно широко, устанавливая эту ответственность за неисполнение решений не только собственно государственными органами (министерствами, ведомствами и т.д.), но и муниципальными образованиями, бюджетными и казенными предприятиями и учреждениями.

Согласно позиции Суда государство как ответчик по судебным решениям выступает не только в лице казны или государственных органов, но и в лице субъектов, не являющихся с точки зрения права государственными, но рассматриваемых Судом как агенты государства, выполняющие публичные функции (см., в частности, постановления ЕСПЧ по делам «*Bakharev v. Russia*» от 19 июля 2007 года — о неисполнении судебного решения по иску к администрации муниципального образования о предоставлении жилого помещения; «*Yavorivskaya v. Russia*» от 21 июля 2005 года — о длительном неисполнении судебного решения по иску к муниципальной больнице о взыскании компенсации вреда, причиненного ненадлежащим лечением; «*Ayrapetyan v. Russia*» от 14 июня 2007 года — о неисполнении судебного решения по иску к командованию воинской части о выплате задолженности; «*Vydrina v. Russia*» от 29 марта 2007 года — о длительном неисполнении судебного решения по иску к органам муниципального образования о выплате пособия на ребенка; «*Korolev v. Russia*» от 12 апреля 2007 года — о длительном неисполнении судебного решения по иску к отделу связи Уральского военного округа о взыскании денежных средств). В указанных и многих других делах ЕСПЧ пришел к выводу, что именно государство несет ответственность за неисполнение судебных решений публичными субъектами.

Данная позиция Суда последовательно прослеживается в его практике. В постановлении по делу «*Kletzko v. Russia*» от 12 апреля 2007 года отмечается: «Власти РФ не продемонстрировали, что муниципальное предприятие пользовалось достаточной институциональной и оперативной независимостью от государства, чтобы последнее не несло ответственность за его действия

или бездействие в соответствии с Конвенцией (“*Mikhailenko and Others v. Ukraine*”; “*Lisiansky v. Ukraine*”)¹.

Аналогичную позицию Европейский суд подтвердил и в постановлении «*Grigoriev and Kakaurova v. Russia*» от 14 апреля 2007 года, сочтя, что государство должно нести ответственность за долги ФГУП «Восток»: «Суд заново повторяет, что государство несет ответственность за принадлежащие органам местного самоуправления организации в том смысле, что они управляются государственными законами и исполняют государственные функции, возложенные на них (“*Gerasimova v. Russia*”). Унитарные предприятия, такие как муниципальное предприятие по техническому обслуживанию, не обладают достаточной институциональной и оперативной независимостью от государства (“*Grigoriev and Kakaurova v. Russia*”)².

Постановление по делу «*Zhuk v. Russia*» от 14 ноября 2008 года: «Правительство снимает с себя всякую ответственность... если речь идет о долгах муниципальных предприятий, поскольку владелец муниципального предприятия отвечает за долги предприятия только тогда, когда оно обанкротилось в результате действий государства. Суд отмечает, что Правительство не доказало того, что муниципальное предприятие пользовалось достаточной учрежденческой и рабочей независимостью от его владельца, чтобы государство не несло ответственности по Конвенции за свои действия или бездействие»³.

В этих и многих других делах ЕСПЧ пришел к выводу, что именно государство несет ответственность за неисполнение судебных решений публичными субъектами. Так, в деле «*Yavorivskaya v. Russia*» ЕСПЧ указал, что «муниципальные учреждения являются публичными организациями в том отношении, что их деятельность регулируется нормами публичного права и они осуществляют общественно значимые функции, которыми они наделены в соответствии с Конституцией Российской Федерации и другими нормативными правовыми актами», и напомнил, что понятие «государственная организация» распространяется не только на центральные органы государственной власти. В государствах с децентрализованной системой управления дан-

¹ Перевод на русский язык: Аппарат Уполномоченного РФ при ЕСПЧ.

² Перевод на русский язык: Аппарат Уполномоченного РФ при ЕСПЧ. Цит. по: «*Liatzkaya v. Russia*», постановление от 18 сентября 2008 года.

³ Перевод на русский язык: Аппарат Уполномоченного РФ при ЕСПЧ.

ное понятие распространяется на любые органы власти, которые осуществляют общественно значимые функции (см. решение по делу «*Gerasimova v. Russia*», постановления по делу «*Zhovner v. Ukraine*», «*Piven v. Ukraine*» и др.).

Возложение на государство ответственности за неисполнение судебных решений публичными субъектами, не являющимися органами государства, но финансируемыми из бюджетных средств, в подобных случаях обуславливается Судом еще и тем, что в соответствии с нормами Бюджетного кодекса РФ взыскание на средства бюджетов всех уровней выведено из сферы принудительного исполнения, что предполагает совпадение должника и лица, ответственного за исполнение. Таким образом, государство несет ответственность за ненадлежащую организацию процедуры исполнения.

*Отличие российского подхода, не признающего
государственную ответственность за действия других
субъектов публичной власти, от позиции ЕСПЧ*

Для российской правовой системы такая позиция была весьма необычной, поскольку, в силу устоявшихся в российском праве подходов, государство не несет ответственности за действия субъектов, не входящих в структуру органов государственной власти. Так, в соответствии со статьей 12 Конституции РФ органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти. Российское гражданское право дифференцирует ответственность за вред, причиненный органами государственной власти и органами местного самоуправления: в зависимости от причинителя вреда последний возмещается за счет соответственно казны Российской Федерации, казны субъекта РФ или казны муниципального образования. Европейский суд, однако, не вдается в детали дифференциации статуса того или иного органа, результатом действий (бездействия) которых явилось нарушение Конвенции, и возлагает эту ответственность на государство как субъекта обязательств по Конвенции.

Еще интереснее обстоит дело с ответственностью за неисполнение судебных решений, вынесенных против государственных и муниципальных унитарных предприятий. Основы правового статуса этих лиц и их взаимоотношений с собственником переданного имущества устанавливаются Гражданским кодексом РФ. В соответствии с п. 7 статьи 114 ГК РФ собственник имущества, основанного на праве хозяйственного ведения, не отвечает по обя-

зательствам предприятия, за исключением случаев, предусмотренных п. 3 статьи 56 ГК РФ (т.е. в случае банкротства предприятия, вызванного обязательными указаниями собственника). Согласно п. 5 статьи 115 Кодекса собственник имущества казенного предприятия несет субсидиарную ответственность по обязательствам такого предприятия при недостаточности его имущества.

Как видно из практики Суда по российским делам данной категории, подобные нюансы российского правового регулирования его не смущают и Суд исходит из общего принципа ответственности государства за исполнение судебных решений теми субъектами, которые находятся в организационной и финансовой зависимости от него.

*Неответственность государства за невозможность
взысканий по судебному решению с субъектов частного права*

Совершенно иной подход у Суда к ситуациям неисполнения судебных решений в отношении частных компаний. Согласно его практике ответственность государства в этих случаях сводится только к надлежащей организации процедуры принудительного исполнения, но при этом государство не может нести ответственность за невозможность взыскания, присужденного судебным решением, с частноправовых субъектов.

«В отношении же неисполнения решения, вынесенного в отношении частной компании (закрытого акционерного общества), Суд указал, что неплатежеспособность ЗАО не может повлечь за собой ответственность государства в отношении Конвенции и протоколов к ней, оно может быть привлечено к ответственности только в результате действий или бездействия председателя ликвидационной комиссии или представителя, назначенного судом» (решение о приемлемости жалобы «*Shestakov v. Russia*» от 18 июня 2002 года).

Суд указал также, что какой бы то ни было недостаток в действиях участвующих в исполнительном производстве органов, выявленный национальными судебными органами, не является достаточным для того, чтобы констатировать нарушение Конвенции. Для такой констатации действие или упущение, которое может быть вменено в вину государству, должно было существенным образом негативно повлиять на исполнительное произ-

водство в целом (решение о приемлемости жалобы «*Krivosnogova v. Russia*» от 1 апреля 2004 года)¹.

В более поздних делах, в частности в деле «*Bobrova v. Russia*», Суд отметил, что согласно Конвенции государство не отвечает по долгам частных компаний и не ответственно за долги частных лиц. Принцип своевременного исполнения судебного решения не может быть интерпретирован как принцип, обязывающий государство исполнить судебное решение вместо частного лица в случае банкротства последнего. По таким делам обязательство государства должно быть реализовано посредством представления заявителю возможности требовать от службы судебных приставов исполнения судебного решения, принятого в его пользу. То обстоятельство, что по настоящему делу судебный пристав был безуспешен, не свидетельствует о нарушении Конвенции (п. 16 постановления от 17 ноября 2005 года), Указанная позиция была подтверждена также в постановлении по делу «*Reibah v. Russia*» от 29 сентября 2005 года и в постановлении по делу «*Liudmila Smirnova v. Russia*» от 3 июля 2008 года.

*Ограничение обязанности государства по исполнению
взысканий с частных компаний предоставлением
юридических средств для исполнения*

В делах, связанных с неисполнением решений, вынесенных против «частного» ответчика, Суд ограничивает обязанность государства обеспечением объема юридических средств, позволяющих гражданам получить от должников уплату сумм, присужденных судебным решением (решение о приемлемости жалобы «*Dachar v. France*» от 6 июня 2000 года). При этом речь идет не об обязательстве предоставить результат, а только о средствах обеспечения исполнения решения. Поэтому, если только не было установлено, что меры, предпринятые государственными органами власти, не были адекватными и достаточными, государство не является ответственным за неуплату долга по исполнительному листу «частным» должником (постановление по делу «*Kunashko v. Russia*» от 17 декабря 2009 года)².

В деле «*Kunashko v. Russia*» предметом рассмотрения Суда стала жалоба на неисполнение службой судебных приставов судебного приказа о взыскании в пользу заявительницы заработной пла-

¹ Перевод на русский язык: СПС «Консультант-Плюс».

² Перевод на русский язык: Аппарат Уполномоченного РФ при ЕСПЧ.

ты с частной компании. В данном деле Суд детально исследовал действия судебных приставов-исполнителей по розыску имущества должника и обращению на него взыскания и счел, что упущения, вменяемые в данном деле в вину судебным приставам, являются серьезными и способными подорвать адекватный характер исполнительного производства в целом, что было подтверждено и несколькими решениями судов по жалобам на бездействие судебных приставов. Поэтому в данном деле Суд признал, что помощь, предоставленная заявительнице органами власти, в основном в лице судебных приставов, не была адекватной и достаточной и, следовательно, имело место нарушение п. 1 статьи 6 Конвенции.

*Длительность неисполнения судебного решения
как разновидность нарушения статьи 6 Конвенции
о разумном сроке разбирательства*

Категория дел о неисполнении судебных решений включает в себя дела как собственно о неисполнении, т.е. отсутствии исполнения полностью или частично, так и о длительном неисполнении, т.е. нарушении разумного срока исполнения судебных решений по смыслу п. 1 статьи 6 Конвенции. Это касается случаев, когда решение в итоге все-таки было исполнено, но, по мнению Суда, потребовавшееся для его исполнения время не отвечает критерию «разумного срока», установленному Конвенцией.

*Связь длительного неисполнения судебных решений
с нарушениями Конвенции в результате
их отмены в надзорном порядке*

В ряде дел нарушения Конвенции вследствие длительного неисполнения судебных решений признавались Европейским судом одновременно с признанием нарушений в результате отмены этих решений, вступивших в законную силу, в порядке надзора. В этих случаях Суд указывал также, что такая отмена не может оправдать неисполнение судебных решений: «Суд ранее устанавливал, что если пересмотр вступившего в законную силу решения суда направлен на исправление якобы неправильного применения норм материального права, то это является замаскированным обжалованием и нарушает Конвенцию. Учитывая вывод Суда о том, что отмена решения в порядке надзора была несовместима с Конвенцией, Суд считает, что период неиспол-

нения, который следует принять во внимание, должен быть учтен и после даты такой отмены (см. *Sukhobokov v. Russia*). Таким образом, исполнение решения суда продолжалось свыше пяти лет, что несовместимо с положениями Конвенции» (постановление по делу «*Alexeev v. Russia*» от 11 декабря 2008 года).

А в постановлениях по делам «*Sukhobokov v. Russia*» от 13 апреля 2006 года, «*Velskaya v. Russia*» от 5 октября 2006 года, «*Kudrina v. Russia*» от 21 июня 2007 года отмечается: «Отмена решения суда в нарушение принципа правовой определенности и права заявителя на судебное разбирательство не может быть рассмотрена в качестве достаточной причины для неисполнения судебного решения».

Данный вывод Суда по меньшей мере необычен для российской правовой практики, поскольку означает, что даже отмена судебного решения не может оправдать его неисполнение. Разумеется, речь идет об отмене, несовместимой с парадигмой Конвенции, однако, как было показано выше, эта парадигма, будучи основанной на совершенно иной системе ценностей и целей гражданского судопроизводства, с большим трудом находит свое понимание и признание в российском праве.

*Неадекватность возмещения со стороны государства
как основание для признания нарушенным права
на исполнение судебного решения*

Решая вопрос о приемлемости жалоб на длительное неисполнение судебных решений, Суд применил свою ранее сформулированную применительно к другим категориям дел позицию, в соответствии с которой принятые властями решение или мера, благоприятные для заявителя, не являются в принципе достаточными для того, чтобы лишить его статуса «жертвы», если национальные власти не признали, явно или по существу, нарушение Конвенции и не предоставили возмещение («*Amuur v. France*», «*Dalban v. Romania*», «*Metaxas v. Greece*»). Так, в ряде дел, связанных с неисполнением судебных решений, Правительство РФ просило признать жалобы неприемлемыми на основании того, что власти полностью выплатили признанный в судебном решении долг и признали нарушение прав заявителя. В таких делах Суд оценивал, могла ли выплата, имевшая место только после существенной задержки и после уведомления правительства об обращении в Европейский суд, предоставить заявителю адекватное возмещение, и, если такая оценка была отрицательной, устанавли-

ливал нарушение статьи 6 Конвенции (постановление по делу «*Timishev v. Russia*» от 14 июня 2007 года и др.)¹.

Обоснованность задержки исполнения решения

Принимая решение о том, была ли задержка в исполнении решений обоснованной, Суд рассматривает, «насколько сложным было исполнительное производство, каково было поведение заявителя и властей и какой характер носило принятое судебное решение» (постановление по делу «*Raylyan v. Russia*» от 15 февраля 2007 года).

Примером такой оценки может служить следующее постановление Суда: «В настоящих делах для каждого заявителя исполнение как минимум одного судебного решения просрочено более чем на один год. Принимая во внимание отсутствие каких-либо сложностей в исполнении судебных решений, поведение сторон и характер решения, Суд полагает, что такой период просрочки несовместим с требованиями Конвенции» (постановление по делу «*Kozodoev and Others v. Russia*» от 15 января 2009 года).

Значение поведения заявителя в ходе исполнительного производства для признания нарушенным его права на исполнение судебного решения

Для понимания того, в какой степени поведение заявителя может служить фактором, смягчающим ответственность государства за неисполнение вынесенных судебных решений, принципиально важным представляется следующий вывод Суда: исполнение решений, вынесенных против государства или его агентов, не может обуславливаться требованием к заявителю соблюдения надлежащей процедуры возбуждения исполнительного производства — в данном случае самого факта вынесения решения против таких субъектов должно быть достаточно для беспрекословного исполнения этого решения всеми уполномоченными органами.

Вывод, согласно которому для исполнения решения, вынесенного против государства, последнее не вправе ссылаться на несоблюдение заявителем процедуры предъявления исполнительных документов к исполнению, был сформулирован Судом

¹ Перевод на русский язык: Аппарат Уполномоченного РФ при ЕСПЧ.

в его постановлении по делу «*Metaxas v. Greece*» от 27 мая 2004 года и получил свое развитие в российских делах данной категории.

«Суд принял во внимание доводы властей РФ о том, что заявитель должен был передать исполнительный лист не в Федеральную службу судебных приставов, а в Федеральное казначейство, поскольку судебные приставы не имели полномочий на приведение в исполнение решения суда; однако Суд отметил, что, даже предполагая, что исполнительные документы были переданы заявителем ненадлежащему органу, судебные приставы не сообщили истцу о его ошибке и не вернули ему исполнительный лист для повторной передачи его надлежащему органу, что и привело в последующем к его утрате и повторной выдаче дубликата спустя 10 месяцев» (постановление по делу «*Ayrapetyan v. Russia*» от 14 июня 2007 года)¹.

«От лица, добившегося имеющего обязательную силу решения против государства... нельзя требовать следования процессуальным нормам, чтобы добиться исполнения этого решения (*Metaxas v. Greece*, § 19); в обязанности должностного лица, представляющего государство, входит организация государственной системы судопроизводства таким образом, чтобы обеспечить координацию действий между различными исполнительными учреждениями и обеспечить выплату судебных долгов государства в надлежащее время» (постановление по делу «*Pridatchenko and Others v. Russia*» от 21 июня 2007 года)¹.

Данный вывод был неоднократно воспроизведен и развит Судом в его последующей практике.

Из постановления по делу «*Ustalov v. Russia*» от 6 декабря 2007 года: «Правительство утверждало, что заявитель не исчерпал внутренние средства правовой защиты, поскольку не предоставил должнику исполнительный лист. Суд отметил, что истец, в пользу которого в результате успешного судебного процесса против государственных органов было вынесено обязательное для исполнения решение суда, не обязан прибегать к процедуре правоприменения для приведения решения в действие (*Koltsov v. Russia*; *Petrushko v. Russia*; *Metaxas v. Greece*)»¹.

Из постановления по делу «*Burdov v. Russia (№ 2)*» от 15 января 2009 года: «...государственный орган-ответчик должен быть надлежащим образом уведомлен о решении, что дает ему все воз-

¹ Перевод на русский язык: Аппарат Уполномоченного РФ при ЕСПЧ.

возможности совершения всех необходимых действий во исполнение решения либо для его направления другому компетентному государственному органу, ответственному за его исполнение. Это положение приобретает особую важность в тех случаях, когда ввиду сложностей и возможного дублирования в ходе добровольного и принудительного исполнения заявитель может иметь разумные сомнения относительно того, какой государственный орган несет ответственность за добровольное или принудительное исполнение решения (см. *Akashev v. Russia*)¹.

С течением времени позиция Суда по данному вопросу подвергалась определенной корректировке, которая хорошо видна в пилотном постановлении по делу «*Burdov v. Russia (№ 2)*»: «От выигравшей стороны может потребоваться совершение определенных процессуальных действий с целью взыскания с должника в соответствии с решением суда, будь то в рамках добровольного исполнения Государством или исполнения в принудительном порядке (см. *Shvedov v. Russia*... 20 октября 2005 года). Соответственно, запрос заявителю со стороны государственных органов о предоставлении дополнительных документов, например, банковских реквизитов, с целью ускорения процесса исполнения решения, не является неразумным (см., с соответствующими изменениями, *Cosmidis and Cosmidu v. Greece*, 8 ноября 2007 года). Требование содействия кредитора не должно, однако, выходить за пределы необходимости и, вне зависимости от обстоятельств, не освобождает государственные органы от возложенных на них Конвенцией обязательств по совершению своевременных действий по собственной инициативе и на основании имеющейся у них информации с целью исполнения решения против Государства... Таким образом, Суд полагает, что бремя обеспечения исполнения решения против Государства несут в первую очередь государственные органы, считая с даты, в которую решение вступает в законную силу и начинает подлежать исполнению».

Из постановления по делу «*Kazmina and Others v. Russia*» от 13 января 2009 года: «Суд отмечает довод Правительства о том, что сроки задержки исполнения, за которые власти несут ответственность, должны отсчитываться от дат, когда заявители предоставили исполнительный документ соответствующим властям. Тем не менее Суд повторяет: если судебное решение вынесено

¹ Перевод на русский язык: СПС «Консультант-Плюс».

против Государства, то оно должно само проявить инициативу по его исполнению («*Akashev v. Russia*»).

*Постановление от 15 января 2009 года
по второму делу по жалобе «Burdov v. Russia»
на неисполнение судебного решения*

Причиной такой «жесткой» позиции Суда в российских делах является та сложная и не всегда понятная процедура, которой должны придерживаться взыскатели по судебным решениям против государства. Во многом эта сложность связана с постоянными изменениями субъектов, непосредственно отвечающих за неисполнение судебных решений. В частности, именно с таким положением вещей было связано повторное неисполнение судебного решения в деле Бурдова.

Напомним, что, после того как по жалобе гражданина Бурдова Европейским судом было вынесено первое прецедентное постановление, касающееся проблемы неисполнения судебных решений по российским делам, оно вновь не было исполнено российскими властями и заявитель был вынужден повторно обратиться с жалобой на неисполнение в Страсбургский суд.

Другой распространенной причиной неисполнения является реорганизация органов, ответственных за исполнение решений по искам к государству.

Из постановления по делу «*Kharitich v. Russia*» от 6 декабря 2007 года: «Что касается аргумента Правительства о том, что заявитель не ходатайствовал о замене должника, Суд напоминает, что подобных действий от заявителя не требовалось. Факт того, что финансово-контрольный комитет был реорганизован в другой государственный орган, не исключает обязательства комитета, установленные по судебному решению в пользу заявителя. На службу судебных приставов была возложена обязанность вести исполнительное производство, предписанное законодательством по делам, когда должник подвергается реорганизации, и погасить долг (*Furman v. Russia*)»¹.

Из постановления по делу «*Liatzsaka v. Russia*» от 18 сентября 2008 года: «Период неисполнения составил более шести лет, что несовместимо с Конвенцией. Правительство обосновывает за-

¹ Перевод на русский язык: Аппарат Уполномоченного РФ при ЕСПЧ.

держку в исполнении ликвидацией и, соответственно, расформированием ответчиков, но Суд уже отклонял такое оправдание при аналогичных обстоятельствах (см. «Shlepkin v. Russia»).

*Согласованность выводов ЕСПЧ и ВАС РФ,
касающихся пределов ответственности государства
в сфере исполнения судебных решений*

Общий вывод ЕСПЧ, касающийся пределов ответственности государства в сфере исполнения судебных решений, сводится к следующему: «Обязанностью Договаривающихся Государств является такая организация собственных правовых систем, при которой компетентные государственные органы будут в состоянии исполнять свои соответствующие обязательства (см., с соответствующими изменениями, “Comingersoll S.A. v. Portugal”... и “Frydlander v. France”») (из постановления по второму делу «Burdov v. Russia»).

Нужно отметить, что в регулировании данного вопроса (об обязанности взыскателя предпринимать необходимые действия для того, чтобы иметь право на компенсаторные последствия неисполнения судебного решения) в российской правоприменительной практике недавно наметился значительный прогресс в связи с принятием Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ постановления от 14 декабря 2010 года № 8893/10¹. В данном постановлении ВАС РФ первым среди высших судебных органов сформулировал подход к ответственности должника — государства (или его представителя) за несвоевременное исполнение судебного решения. В указанном деле истец — негосударственное образовательное учреждение «Краевая школа парикмахерского искусства “Кибалион”» пыталась взыскать с администрации Владивостока проценты, начисленные в порядке, установленном статьей 395 ГК РФ, на сумму неосновательного обогащения, взысканную ранее на основании судебного решения, добровольно не исполненного должником. Первая и апелляционные инстанции требования истца удовлетворили, а суд кассационной инстанции судебные акты отменил, во взыскании процентов отказал, поскольку непредъявление исполнительного листа к исполнению в порядке, предусмотренном статьями 242.1 и 242.2 Бюджетного

¹ См.: <http://kad.arbitr.ru/?id=adca8d22-12c4-4826-bfc4-f75beef03439> (по состоянию на 25 июня 2012 года).

кодекса Российской Федерации, является просрочкой кредитора, приведшей к задержке исполнения исполнительного документа, в связи с чем основания для взыскания процентов отсутствуют.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отменил указанное постановление суда кассационной инстанции, сформулировав крайне важные для всей российской правовой системы, в том числе системы исполнения судебных актов, правовые позиции. Акцентируя внимание на обязательности вступивших в законную силу судебных актов для всех субъектов, Президиум подчеркнул обязательность их безусловного исполнения всеми органами государственной власти. Соответственно, обязанность исполнения судебного акта лежит на должнике независимо от совершения взыскателем действий по принудительному исполнению судебного решения, поэтому непредъявление исполнительного листа к исполнению не должно рассматриваться в качестве основания освобождения государственного органа от ответственности за несвоевременное исполнение судебного акта.

Далее было признано, что «установленные Бюджетным кодексом Российской Федерации особенности порядка исполнения судебных актов, предусматривающие взыскание средств за счет бюджетов по предъявлении исполнительного листа, не регулируют имущественные гражданско-правовые отношения, не затрагивают соотношения прав и обязанностей их участников и сами по себе не изменяют оснований и условий применения гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательств. В этой связи непредъявление взыскателем исполнительного листа к исполнению не может быть расценено как просрочка кредитора или его вина в нарушении должником гражданско-правового обязательства. Иное толкование противоречило бы принципу равенства участников гражданско-правовых отношений».

Необходимо отметить, что в результате принятия данного постановления произошло также «уравнивание» должников по судебным решениям частноправового характера и должников, относящихся к публичной сфере, т.е. выступающих от имени государства или в качестве его агентов. Ранее обязательство по уплате процентов за пользование чужими денежными средствами с момента вступления решения в законную силу до его фактического исполнения распространялось только на должников, не относящихся к публично-правовым образованиям (не обладающих публично-правовым статусом).

3. Новое внутригосударственное средство защиты от неисполнения судебных решений: перспективы применения

Федеральный закон от 30 апреля 2010 года № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» как внутригосударственное средство защиты от неисполнения судебных решений

До недавнего времени в России отсутствовали какие-либо внутригосударственные средства защиты от данного нарушения, которые можно было бы рассматривать как эффективные. Предпосылки для улучшения ситуации были созданы лишь после вступления в силу Федерального закона от 30 апреля 2010 года № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» (далее — Закон о компенсации).

Принятию указанного закона предшествовал длительный период, в течение которого ЕСПЧ принял значительное количество постановлений, констатируя нарушение Конвенции в связи с длительным неисполнением судебных решений и отсутствием эффективных внутригосударственных средств защиты от нарушения Конвенции. Само принятие Закона о компенсации также явилось следствием признания Европейским судом системного характера проблемы неисполнения, что выразилось в вынесении пилотного постановления по делу *«Burdov v. Russia (№ 2)»*.

Тем не менее вывод о том, что создаваемое данным законом средство правовой защиты является достаточным для качественного улучшения ситуации, был бы преждевременным. Новый закон вводит лишь компенсаторное, т.е., по сути, последующее, а не превентивное, средство правовой защиты, устраняющее не причины нарушения, но лишь его последствия.

Кроме того, в законе осталась нерешенной проблема эффективного средства правовой защиты от неисполнения решений о передаче государством какого-либо имущества¹. Результатом

¹ Чаще всего такие дела касаются выделения жилых помещений гражданам, имеющим право на специальные льготы (см., например, постановления по делам *«Mizjuk v. Russia»* от 12 апреля 2007 года, *«Nevolin v. Russia»* от 12 июля 2007 года, *«Bakharev v. Russia»* от 19 июля 2007 года и др.).

игнорирования законодателем данной проблемы стало принятие 17 апреля 2012 года Европейским судом постановлений по делам «*Ilyushkin and Others v. Russia*» и «*Kalinkin v. Russia*». Европейский суд не только установил нарушение статей 6 (п. 1), 13 и статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции, в связи с неисполнением государством своих обязательств в натуре (речь шла о предоставлении жилья военнослужащим), но и с сожалением отметил, что, несмотря на принятие Закона «О компенсации...», проблема предоставления эффективного внутригосударственного средства правовой защиты от неисполнения государством своих обязательств в натуре, установленных судебным решением, осталась нерешенной.

Также остался не охваченным в новом законе — в толковании, по пути которого пошла судебная практика, — вопрос об ответственности государства за неисполнение судебных решений муниципальными унитарными предприятиями и иными «государствозависимыми» субъектами, которые в практике ЕСПЧ однозначно рассматриваются как аффилированные с государством и за неисполнение обязательств которых государство несет ответственность. В российском законодательстве, как известно, ситуация иная: ответственность государства за действия таких субъектов весьма ограничена.

Вопрос об ответственности государства по обязательствам ГУПов и МУПов становился предметом рассмотрения ЕСПЧ, в частности в постановлении по жалобе «*Yershova v. Russia*» от 8 апреля 2010 года. Суд подчеркнул, что правовой статус предприятия по национальному праву не является для него решающим с точки зрения определения ответственности государства по обязательствам таких субъектов в контексте Конвенции. Не принял Европейский суд и аргумент правительства об институциональной и оперативной самостоятельности таких предприятий, указав, что самостоятельность последних существенно ограничена наличием тесных институциональных связей с государством, а также множеством ограничений в пользовании и распоряжении имуществом.

Следовательно, в отношении указанных категорий дел вопрос об эффективном внутригосударственном средстве правовой защиты по-прежнему остается открытым.

*Оценка ЕСПЧ эффективности
российских внутригосударственных средств защиты
от неисполнения судебных решений*

При рассмотрении Судом дел о неисполнении судебных решений, вынесенных против государства, до принятия Закона о компенсациях Правительство РФ ссылалось на различные процедуры как на внутригосударственные средства правовой защиты (и превентивные и компенсаторные). Тем не менее аргументы правительства не убедили Суд, который не признал эти процедуры эффективными средствами правовой защиты. В качестве внутригосударственных средств защиты от нарушений Конвенции правительством были названы:

- возможность обжалования действий (бездействия) государственных органов и должностных лиц в судебном порядке (глава 25 ГПК РФ, Закон РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан»);
- возможность взыскания убытков и возбуждения уголовного разбирательства в отношении лиц, ответственных за просрочку исполнения (статья 315 УК РФ);
- возможность компенсации как денежного, так и морального вреда, причиненного вследствие просроченного исполнения (глава 59 ГК РФ); возможность индексации сумм, присужденных судебным решением (статья 208 ГПК РФ и статья 395 ГК РФ).

В различных делах Суд дал оценку таким утверждениям правительства. В частности, было прямо указано на отсутствие в российской правовой системе превентивного средства правовой защиты, которое могло бы ускорить процесс исполнения судебного решения, вынесенного против государственного органа, в том числе в силу отсутствия полномочий судебных приставов-исполнителей по принудительному исполнению решений, вынесенных против государства («*Lositzky v. Russia*» от 14 декабря 2006 года и «*Isakov v. Russia*» от 19 июня 2008 года).

В отношении возможности обжалования бездействия государственных органов Суд указал, что по такой жалобе могло быть вынесено декларативное решение, в котором было бы повторно указано на то, что в любом случае с очевидностью вытекало из первоначального решения: государство обязано исполнить судебное решение. Это новое решение не приблизило бы заявителя

к желаемой цели, а именно к фактической выплате присужденной судом суммы или, при наличии оснований, компенсации за несвоевременное исполнение («*Moroko v. Russia*» от 12 июня 2008 года, «*Jasiuniene v. Lithuania*» от 6 марта 2003 года).

В отношении возможного применения к лицам, ответственным за неисполнение, мер уголовной ответственности Суд указал следующее: «Что касается статьи 315 Уголовного кодекса... и широкого набора предусматриваемых ею санкций, Суд не исключает возможности того, что подобные меры воздействия способны изменить отношение тех лиц, которые недопустимым образом просрочивают исполнение решений. Однако Суд не нашел подтверждения эффективности данной нормы на практике. Как раз наоборот — данная норма не была применена, несмотря на неоднократные жалобы заявителя, направленные в компетентные государственные органы, в том числе и в прокуратуру... В таких обстоятельствах Суд не может признать данную норму эффективной как в теории, так и на практике, чего требует статья 13 Конвенции» (постановление по делу «*Burdov v. Russia (№ 2)*», п. 104).

Применительно к возможности индексации присужденной суммы ЕСПЧ указал, что «одна лишь индексация... в соответствии со статьей 208 Гражданского процессуального кодекса не удовлетворяет конвенционному требованию эффективности, поскольку она может компенсировать только инфляционные потери, но не дополнительный ущерб, материальный или моральный. Данное средство правовой защиты в виде индексации если и является доступным и эффективным в законодательстве и на практике, таким образом, в целом не предоставляет адекватного и полного возмещения в связи с неисполнением или несвоевременным исполнением национального решения» («*Moroko v. Russia*», п. 27)¹.

Компенсация морального вреда, причиненного неисполнением судебного решения, как не отвечающая требованиям стандарта эффективного средства правовой защиты

«Что касается возможности требования компенсации морального вреда на основании главы 59 Гражданского кодекса, Европейский суд отмечает, что, как указывал заявитель, этот

¹ Перевод на русский язык: СПС «Консультант-Плюс»

российский закон прямо не предусматривает компенсацию морального вреда, причиненного неисполнением или несвоевременным исполнением национального решения. Принимая мнение властей Российской Федерации о том, что возможность подобной компенсации согласно общей части Гражданского кодекса не исключается, Европейский суд не убежден, что такая возможность является достаточно определенной на практике для того, чтобы обеспечивать заявителю разумные перспективы на успех, как того требует Конвенция» («*Moroko v. Russia*», п. 28).

«За исключением ограниченного перечня случаев, предусмотренных в статьях 1070 и 1100, компенсация морального вреда осуществляется при наличии вины властей. Европейский суд отмечает, что это условие едва ли может систематически достигаться в делах о неисполнении судебных решений с учетом сложностей исполнительного производства и возможных объективных обстоятельств, препятствующих исполнению, как, например, отсутствие средств на счету должника. Сомнения относительно эффективности данного средства правовой защиты подкрепляются тем, что власти Российской Федерации не продемонстрировали существование в достаточной степени установившейся и последовательной прецедентной практики, подтверждающей, что это средство правовой защиты является эффективным в теории и на практике» (там же, п. 29).

*Различие подходов ЕСПЧ и КС РФ
к оценке компенсации морального вреда в качестве
эффективного средства правовой защиты*

Вопрос о возможности использования компенсации морального вреда как средства правовой защиты ярко продемонстрировал различие европейских и российских подходов к основаниям, условиям и пределам ответственности государства в его отношениях с частным лицом. Попытки использования компенсации морального вреда как средства правовой защиты хорошо демонстрирует дело, рассмотренное Конституционным Судом РФ, по результатам которого было принято Определение от 3 июля 2008 года № 734-О-П (по жалобе гражданки В. на нарушение ее конституционных прав статьей 151 Гражданского кодекса РФ). В данном деле заявительница обратилась в суд общей юрисдикции с заявлением о компенса-

ции морального вреда в связи с длительным неисполнением судебного решения, вынесенного по иску к муниципальному образованию о предоставлении ей жилого помещения. Суд первой инстанции требования к администрации муниципального образования частично удовлетворил, взыскав с ответчика денежную компенсацию морального вреда в соответствии со статьей 151 ГК РФ. При определении размера компенсации (75 тыс. рублей) суд принял во внимание практику Европейского суда по правам человека по рассмотрению дел, вытекающих из сходных правоотношений. Однако кассационная инстанция данное решение отменила, дело направила на новое рассмотрение, указав при этом (также со ссылкой на статью 151 ГК РФ), что моральный вред компенсируется в случаях нарушения или посягательства на личные нематериальные блага (права) граждан; в других случаях, т.е. при нарушении имущественных прав граждан, компенсация морального вреда допускается, если это специально предусмотрено законом; применительно же к рассматриваемому случаю возможность взыскания с нарушителя денежной компенсации морального вреда законом прямо не предусмотрена.

В указанном определении Конституционный Суд признал статью 151 ГК РФ в системе действующего гражданского правового регулирования не препятствующей принятию решения о денежной компенсации в случае неисполнения судебных решений по искам к Российской Федерации, ее субъектам или муниципальным образованиям. Таким образом, Конституционный Суд не стал вступать в теоретическую дискуссию о том, какую природу имеет право на исполнение судебного решения (как элемента права на судебную защиту и на справедливое судебное разбирательство), за нарушение которого может выплачиваться компенсация, а также кто является непосредственно обязанным субъектом при выплате компенсации за нарушение, допущенное публичными образованиями различных уровней.

Подход же Европейского суда к возможности присуждения компенсации морального вреда в подобных случаях может быть выражен следующим образом: «Допускается чрезвычайно прочная, хотя и опровержимая, презумпция, в соответствии с которой чрезмерная длительность разбирательства служит причиной причинения морального вреда (см. дело *Scordino [v. Italy]*... § 50). Суд признает особенную убедительность данной презумпции в случае чрезмерной просрочки исполнения Государством

решения, вынесенного против него, принимая во внимание неизбежную неудовлетворенность в связи с неисполнением Государством собственной обязанности погасить свою задолженность и тот факт, что заявитель уже прошел через все стадии судебного разбирательства и выиграл дело» («*Burdov v. Russia (№ 2)*», § 100).

Признавая, что отдельные случаи взыскания компенсации морального вреда за длительное неисполнение судебных решений, вынесенных против государства, имели место, Страсбургский суд в постановлении по делу Бурдова (№ 2) отметил, что эти примеры представляются исключениями и изолированными случаями, а не подтверждением сложившейся и согласованной судебной практики. Кроме того, даже в этих исключительных случаях применения главы 59 ГК РФ уровень присужденного возмещения морального вреда был нередко неразумно низким по сравнению с суммами, присужденными Судом в рамках аналогичных дел о неисполнении решений.

Подробно анализируя вопросы, связанные с наличием указанных механизмов в национальном законодательстве, Европейский суд в постановлении по делу «*Vasserman v. Russia (№ 2)*» указал, в частности, что «в российском праве отсутствует специальное компенсаторное средство правовой защиты в отношении жалоб, возникающих из чрезмерной длительности исполнительного производства. Хотя Конституционный Суд — еще в 2001 году — призвал законодателя установить процессуальные правила, регулирующие иски о компенсации за нарушение права на справедливое судебное разбирательство в смысле статьи 6 Конвенции... состояние российского права с тех пор не изменилось. Эта ситуация, рассматриваемая в контексте отсутствия достаточно сложившейся и последовательной судебной практики по делам, сходным с делом заявителя, приводит Суд к выводу о том, что возможность получения возмещения за нематериальный вред с помощью такого средства правовой защиты не была достаточно определенной, как того требует прецедентная практика Европейского суда по Конвенции» (п. 54 постановления)¹.

¹ Перевод на русский язык: Управление международных связей, изучения и обобщения зарубежной практики конституционного контроля Конституционного Суда РФ.

*Пилотное постановление ЕСПЧ по делу Бурдова (№ 2)
в связи с системным характером нарушений, связанных
с неисполнением судебных решений*

Отсутствие адекватных внутригосударственных средств защиты и многочисленность реальных и потенциальных нарушений прав граждан вследствие неисполнения государством вынесенных по искам против его органов решений привели к признанию Европейским судом системного характера данной проблемы.

В постановлении по делу «*Burdov v. Russia (№ 2)*» от 15 января 2009 года Европейский суд, исходя из своей прежней позиции по данному вопросу, вновь дал отрицательную оценку тем правовым механизмам, на которые правительство указывало как на внутригосударственные средства правовой защиты от неисполнения судебных решений. Кроме того, учитывая систематически повторяющиеся нарушения права на исполнение судебного решения и хронический характер их причин, а также настоятельную необходимость предоставить скорейшее и надлежащее возмещение на внутреннем уровне большому кругу лиц, столкнувшихся в России с проблемой неисполнения решений судов (§ 130 постановления), и установив, что выявленные по делу нарушения не были вызваны единичными обстоятельствами, но явились следствием недобросовестности государственных органов, на которые возложены регулирующие и/или административные функции по исполнению судебных решений, обязывающих к выплате денежных сумм гражданам, Суд применил в данном деле процедуру пилотного постановления. В нем сформулированы обязательства государства по осуществлению мер общего характера, которые должны быть направлены на устранение и предупреждение нарушений, в том числе на создание эффективного механизма правовой защиты от них, поскольку сложившаяся устойчивая внутригосударственная практика не позволяла надеяться на улучшение ситуации без таких общих мер. Нетерпимость же такого положения была связана не только с большим числом нарушений, но и с тем, что они касались особенно слабо защищенных групп населения России, а государство, по замечанию Суда, слишком часто уличалось в значительных просрочках исполнения судебных решений, обязывающих к выплате пенсий и таких социальных пособий, как пособия на детей, сумм возмещения вреда, понесенного в ходе военной службы, или компенсации за незаконное

уголовное преследование. Соответственно, Суд обязал государство в течение шести месяцев со дня вступления в силу данного постановления¹ создать эффективное внутригосударственное средство правовой защиты, т.е. принять комплексные и структурные меры для улучшения сложившейся ситуации, и в течение года со дня вступления постановления в силу предоставить надлежащее и достаточное возмещение всем потенциальным жертвам, а в ожидании принятия этих мер «заморозил» находившиеся в его производстве дела данной категории.

Эффективное средство правовой защиты от неисполнения судебных решений по Федеральному закону «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»

Федеральный закон «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» был принят несколько позже обозначенного Судом срока (вступил в силу 30 апреля 2010 года). Согласно п. 2 статьи 6 данного Закона в течение шести месяцев со дня вступления его в силу лица, подавшие в Европейский суд по правам человека жалобу на предполагаемое нарушение их права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок, в отношении которой не вынесено решение по вопросу ее приемлемости или по существу дела, могут обратиться в порядке, установленном настоящим Законом и процессуальным законодательством Российской Федерации, в суд, арбитражный суд с заявлением о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок с указанием в нем даты обращения с жалобой в Европейский суд по правам человека и номера этой жалобы.

Таким образом, целью данного Закона являлось, среди прочего, «переориентирование» граждан, уже обратившихся к моменту его вступления в силу с жалобами в Европейский суд, но не успевших получить решение о приемлемости.

В постановлении от 30 сентября 2010 года по делу «*Matveev and Others v. Russia*», вынесенном уже после принятия данного Закона и объединившем 34 жалобы бывших рабочих заброшен-

¹ Постановление по делу Бурдова (№ 2) стало окончательным 4 мая 2009 года.

ных шахт, добивавшихся исполнения судебных решений о предоставлении субсидий на приобретение жилья, Суд, подтвердив ранее сделанные выводы относительно отсутствия эффективных средств правовой защиты до появления нового национального механизма компенсации, уточнил, что констатации нарушений по данному делу не могут быть интерпретированы как ставящие под сомнение вопрос эффективности введенных согласно последнему регулированию компенсаторных средств защиты.

Каковы же перспективы улучшения внутригосударственных средств защиты от неисполнения судебных решений после принятия Закона о компенсации? Как показывает анализ практики Суда, при оценке эффективности средств правовой защиты от неисполнения судебных решений он применяет общие подходы, сложившиеся в том числе применительно к нарушениям разумного срока судебного разбирательства. Они были воспроизведены Судом, в частности, в постановлении по делу «*Vasserman v. Russia (№ 2)*», в котором предметом изучения являлось неисполнение судебных решений, вынесенных в пользу заявителя: «Как и во многих областях, в делах о длительности разбирательства наилучшим решением в абсолютном смысле бесспорно является предотвращение. Суд напоминает, что, как он много раз отмечал, пункт 1 статьи 6 налагает на Договаривающиеся Государства обязанность организовывать свои судебные системы таким образом, чтобы их суды соответствовали всем этим требованиям, включая обязанность рассматривать дела в разумный срок (см., например, «*Subžmann v. Germany*», постановление от 16 сентября 1996 года, Reports 1996-IV, с. 1174, § 55). Если судебная система дефектна в этом аспекте, наиболее эффективным решением является средство правовой защиты, предназначенное для ускорения разбирательства, чтобы предотвращать превращение его в чрезмерно длительное (см. вышеупомянутое дело Scordino, § 183)» (постановление от 10 апреля 2008 года, § 47).

*Компенсаторные и ускоряющие производство средства
правовой защиты от нарушения сроков
разбирательства и исполнения судебных решений*

Однако государства могут предпочесть введение только компенсаторного средства правовой защиты, и последнее не будет считаться неэффективным (см. постановление по делу «*Scordino*», § 187). Если такое компенсаторное средство право-

вой защиты доступно в национальной правовой системе, Суд должен оставлять государству широкие пределы усмотрения, чтобы позволить организовать средство правовой защиты способом, соответствующим его собственной правовой системе и традициям и созвучным стандартам жизни в данной стране. В частности, национальным судам будет проще ссылаться на размер сумм, присуждаемых на национальном уровне в качестве компенсации за другие виды вреда (например, вреда здоровью, вреда, причиненного смертью родственника, или вреда в делах о клевете), и основываться на своем внутреннем убеждении, даже если в результате размер присуждаемых сумм окажется несколько меньше того, что устанавливает Европейский суд в сходных делах (дело «*Scordino*», § 187).

Далее, если средство правовой защиты является «эффективным» в том смысле, что позволяет ускорить предстоящее разбирательство или предоставить потерпевшей стороне адекватную компенсацию за задержки, которые уже произошли, то такой вывод может быть сделан только при условии, что обращение о компенсации остается как таковое эффективным, адекватным и доступным средством правовой защиты в отношении чрезмерной длительности судебного разбирательства (дело «*Scordino*», § 195). Суд определил следующие критерии, которые могут влиять на эффективность, адекватность или доступность такого средства правовой защиты:

- обращение о компенсации должно быть рассмотрено в разумный срок (дело «*Scordino*», § 195, *in fine*);
- компенсация должна быть выплачена в скором времени и обычно не позднее, чем через шесть месяцев со дня вступления в силу решения о присуждении компенсации (§ 198);
- процессуальные правила, регулирующие обращение о компенсации, должны соответствовать принципу справедливости, гарантируемому по статье 6 Конвенции (§ 200);
- правила, относящиеся к судебным расходам, не должны возлагать на тяжущихся чрезмерное бремя, если их обращение оправданно (§ 201);
- уровень компенсации не должен быть неразумным в сравнении с суммами, присуждаемыми Европейским судом в сходных делах (§ 202—206 и 213).

*Положительные черты нового механизма компенсации
за неисполнение судебных решений*

Если оценивать новый Закон с точки зрения вышеприведенных подходов Суда, то можно констатировать, что наметился существенный прогресс по вопросу создания эффективного средства защиты от неисполнения судебных решений.

Прежде всего, прямо закреплено право заинтересованных лиц обращаться с заявлениями о выплате компенсации за указанные нарушения; при этом сам Закон в качестве ориентиров для определения «разумного срока» применительно к судебному разбирательству и исполнению судебных актов отсылает к практике Европейского суда. При этом для российской правовой системы крайне важно, что выплата компенсации за длительное неисполнение судебного акта не требует установления вины органа, на котором лежит обязанность его исполнения, и, как следует из ч. 1 статьи 1 Закона, это распространяется на случаи нарушения права на исполнение судебного акта, предусматривающего обращение взыскания на средства бюджетов бюджетной системы Российской Федерации.

Приведенные положения Закона полностью соответствуют подходу, в соответствии с которым на государство возлагается ответственность за неисполнение его агентами вынесенных против государства (или субъектов, реализующих его функции) судебных актов. Указанный подход — со ссылкой на практику ЕСПЧ — был сформулирован Конституционным Судом в уже упоминавшемся Определении от 3 июля 2008 года № 134-О-П:

«Право на судебную защиту (а следовательно, и его конституирующий элемент — право на исполнение судебных решений) носит публично-правовой характер, поскольку может быть реализовано лишь с помощью государства, создающего для этого необходимые институциональные и процессуальные условия. Соответственно, по смыслу статьи 46 Конституции Российской Федерации и статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод нарушение данного права, исходя из его природы, возможно лишь со стороны государства как субъекта, призванного гарантировать и обеспечивать его реализацию посредством установления конкретных процедур, включая установление системы мер, позволяющих в своей совокупности организовать и обеспечить эффективное и своевременное исполнение судебных решений.

В то же время в сфере исполнения судебных решений, вынесенных в отношении частных субъектов, ответственность государства ограничивается надлежащей организацией принудительного исполнения судебного решения и не может подразумевать обязательность положительного результата, если таковой обусловлен объективными обстоятельствами, зависящими от должника, а не от самой по себе системы исполнения судебных решений».

Такое ограничение пределов ответственности государства в новом Законе, к сожалению, не является безусловно понятным для всех заинтересованных лиц, а также для правоприменителей. После принятия Закона в суды начали поступать заявления о взыскании компенсации за длительное неисполнение решений, вынесенных против не государства и его публичных агентов, а против иных субъектов. Потребовалось разъяснение указанных положений Закона в совместном постановлении Пленума ВАС РФ и Верховного Суда РФ, чтобы избежать их недопустимо расширительного толкования: «...судам следует иметь в виду, что действие Закона о компенсации не распространяется на требования о присуждении компенсации в случаях нарушения срока исполнения судебных актов, предусматривающих обращение взыскания на денежные средства граждан, а также организаций, не являющихся получателями бюджетных средств» (п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 30, Пленума ВАС РФ № 64 от 23 декабря 2010 года «О некоторых вопросах, возникших при рассмотрении дел о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»).

Конституционный Суд РФ также еще раз подтвердил правомерность распространения нового регулирования лишь на случаи неисполнения судебных актов, предусматривающих обращение взыскания на средства бюджетов бюджетной системы Российской Федерации. В Определении от 8 февраля 2011 года № 115-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Головина С.Д. на нарушение его конституционных прав частью 1 статьи 1 Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» КС указал на специальный характер новой меры — как направленной на реализацию конституционного права взыскателя по судебному решению, вынесенному по иску к государству, на судебную защиту

и на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти и их должностных лиц, с учетом особого порядка исполнения решений, вынесенных против государства.

Впрочем, Конституционный Суд отметил, что установление такого специального средства правовой защиты от неисполнения государством вынесенных против него и его органов судебных актов не означает невозможности использования иных средств, предусмотренных законодательством, в случае длительного неисполнения судебных актов, вынесенных против частных субъектов, по вине органов принудительного исполнения. В частности, к таким средствам относится возмещение вреда в соответствии со статьями 1069 и 1070 ГК РФ, а также компенсация морального вреда на основании статьи 151 ГК РФ.

Безусловное достоинство данного Ракона в том, что он создал действительное и действующее внутригосударственное средство правовой защиты, которое уже было признано Европейским судом эффективным с точки зрения статьи 13 Конвенции. В частности, ЕСПЧ признал неприемлемой жалобу гражданина Балагурова, который воспользовался предусмотренной данным Законом процедурой и получил по решению российского суда компенсацию в размере 70 тыс. рублей в связи с длительным неисполнением решения по его делу. ЕСПЧ указал, что российский суд рассмотрел вопрос о компенсации в соответствии с установленными Конвенцией критериями в разумный срок и присудил сумму компенсации, сопоставимую с суммами, присуждаемыми Европейским судом в подобных случаях в соответствии со статьей 41 Конвенции. Соответственно, заключил Суд, решение российского суда о компенсации в данном случае должно рассматриваться как удовлетворяющее требованиям к национальному средству защиты, установленным в постановлении по делу «*Burdov (№ 2)*» (см. решение о приемлемости жалобы «*Balagurov v. Russia*» от 2 декабря 2010 года).

В то же время, как было указано выше, остается актуальной проблема создания внутригосударственного средства правовой защиты от неисполнения государством обязательств в натуре, установленных судебным решением, а также проблема ответственности государства за неисполнение судебных решений иными публичными субъектами, непосредственно не интегрированными в структуру государственной власти (МУПы, ГУПы и их аналоги в действующем правовом регулировании).

Расширение круга агентов государства, за неисполнение которыми судебных актов выплачивается компенсация

Согласно новому регулированию расширен круг субъектов, за действия (а точнее бездействие) которых государство несет ответственность, что также соответствует юриспруденции Европейского суда). Данный — расширительный — подход был ранее воспринят Конституционным Судом. Так, в Определении Конституционного Суда от 3 июля 2008 года № 734-О-П указывается: «При регулировании... механизма исполнения судебных решений как неотъемлемой составляющей права на судебную защиту и самого правосудия федеральный законодатель устанавливает специальный порядок обращения взыскания на средства бюджетов бюджетной системы Российской Федерации, выделяя, таким образом, в качестве особых субъектов, в отношении которых может осуществляться исполнение судебных решений, публичные образования. К последним, согласно практике Европейского суда по правам человека, следует относить любые органы власти, осуществляющие общественно значимые функции» (постановления от 29 июня 2004 года по делу «*Zhovner v. Ukraine*» и по делу «*Piven v. Ukraine*», от 21 июля 2005 года по делу «*Yavorivskaya v. Russia*», решение от 16 сентября 2004 года по делу «*Gerasimova v. Russia*»).

В Законе эта достаточно осторожная формулировка выражена более четко: «Компенсация за нарушение права на исполнение судебного акта в разумный срок присуждается за счет средств федерального бюджета, бюджета субъекта Российской Федерации, местного бюджета, если такое нарушение было допущено органом или организацией, финансируемыми за счет средств соответствующего бюджета, либо должностным лицом этого органа или этой организации» (п. 3 статьи 4).

Данный пункт был уточнен и конкретизирован в совместном постановлении пленумов двух высших судов:

«В силу части 1 статьи 1 Закона о компенсации во взаимосвязи с положениями его статьи 3 действие данного Закона распространяется на случаи:

а) ...

б) нарушения разумных сроков исполнения судебных актов, вынесенных по искам или заявлениям к Российской Федерации, субъекту Российской Федерации, муниципальному образованию о возмещении вреда, причиненного физическому или юридиче-

скому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления либо их должностных лиц; нарушения разумных сроков исполнения судебных актов, предусматривающих возложение обязанности на органы государственной власти, органы местного самоуправления, их должностных лиц, государственных или муниципальных служащих произвести выплаты за счет средств федерального бюджета, бюджета субъекта Российской Федерации, местного бюджета, а также судебных актов, предусматривающих обращение взыскания на средства федерального бюджета, бюджета субъекта Российской Федерации, местного бюджета по денежным обязательствам бюджетных (казенных) учреждений» (п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 30, Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 года № 64 «О некоторых вопросах, возникших при рассмотрении дел о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»).

*Недостатки нового механизма защиты
от неисполнения судебных решений*

К недостаткам нового Закона, помимо ограниченного предмета регулирования (см. выше), относится и то, что он вводит лишь компенсаторное — но не превентивное — средство правовой защиты и потому не обеспечивает устранения причин неисполнения судебных актов.

Безусловно, эти причины коренятся в факторах разного характера: нормативного, технического, организационного, кадрового и др. Так, анализируя причины структурных проблем в области исполнения решений против государства, Европейский суд в деле «*Burdov v. Russia (№ 2)*» указал и на недостаток межведомственной координации. Чтобы устранить данные причины, необходимо изменить сам алгоритм взаимодействия государственных органов в процессе исполнения судебных решений, при котором каждый орган действует в рамках своей компетенции, а за общий результат не отвечает никто.

Следующий недостаток нового Закона непосредственно связан с только что названным: это процедура обращения за компенсацией вследствие нарушения права на исполнение судебного акта в разумный срок, которую вряд ли можно назвать понятной и простой. Проблема заключается в нечетком определении того

органа, который представляет интересы Российской Федерации, а также непосредственно исполняет решение о присуждении компенсации за нарушение права на исполнение в разумный срок судебного акта по иску к Российской Федерации, субъекту РФ, муниципальному образованию о возмещении вреда.

В результате данный закон сталкивается с определенными сложностями в применении его судами на практике, поскольку является не только образцом совершенно нового подхода к регулированию отношений данного вида, но и проводником изменяющегося подхода к регулированию взаимоотношений личность — государство. Однако сам факт закрепления такого подхода, на наш взгляд, и есть главное достоинство нового Закона. Без пересмотра сложившихся концепций взаимоотношений государства и индивида, государства и общества, не на словах, а на деле ставящего личность, ее права и интересы во главу угла, внедрение европейских стандартов во все области правового регулирования неизбежно столкнется с серьезными проблемами.

* * *

Статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в ее толковании Европейским судом по правам человека, отражает сложную, изменяющуюся структуру требований к отправлению правосудия в современном мире в условиях его глобализации.

Закрепляемый данной статьей «минимальный стандарт правосудия» отражает общее понимание того, без каких элементов правосудие как таковое не существует.

Данный стандарт включает в себя как основополагающие процессуальные гарантии, утвердившиеся еще со времен римского права, так и новые требования, относящиеся к эффективности правосудия (его своевременность, или разумный срок), явившиеся результатом изменения общественных запросов, предъявляемых к процессуальным системам, и формирования в 70-е годы прошлого века «обновленной концепции правосудия», отражающей социально-экономическую, культурную и технологическую эволюцию европейских государств.

Успешность гармонизации российской правовой системы с системой европейских стандартов зависит от ценностных ориентиров отечественного правосудия. Будучи отражением в конечном счете общей парадигмы взаимоотношений государства

и личности, публичного и частного, индивидуального и общественного, данные ценностные ориентиры, при их совпадении с международным стандартом, позволяют обеспечить его быструю имплементацию, в то время как институты, основанные на разных ценностных подходах, развиваются в этом направлении гораздо медленнее.

Понимание таких ценностных различий есть половина успеха. Вторая половина связана с осознанием того, являются ли такие различия действительно органическими, неотъемлемо присущими российской общественной системе и существует ли реальная потребность в их изменении.

Соответственно, изучение и восприятие универсальных ценностей, лежащих в основе европейских стандартов правосудия, необходимо для защиты в российской судебной системе непосредственно действующих прав и свобод человека — в том числе в его отношениях с государством — по их международному стандарту. В этом находит свое выражение цивилизационный, стратегический выбор, который Россией сделан, хочется верить, необратимо. Именно этот выбор — основанный на приоритете личности, ее прав и свобод, вытекающий из Конституции России — последовательно отстаивается Европейским судом.

Исходя из указанных приоритетов дальнейшая гармонизация российского и европейского права неизбежна, в том числе в области процедур отправления правосудия. Этот процесс, интенсивность которого зависит от социально-экономической ситуации и политической воли, необходимо поддерживать, обеспечивая сбалансированность этой гармонизации и избегая как бездумного копирования тех или иных подходов, так и их бессмысленного отрицания — лишь на том основании, что они чужды российскому менталитету, социальной организации, национальным традициям...

Иное развитие, основанное на приоритете публичного над частным, государства над личностью, чревато повторением трагедий российской истории XX века, в основе которых обесценивание человеческой жизни, человеческого достоинства, лучших качеств человеческой души.

Хочется верить, что этот подход никогда больше не будет доминировать.

ГЛАВА II

**ОБЩЕЕВРОПЕЙСКИЕ СТАНДАРТЫ В СФЕРЕ
ДОКАЗЫВАНИЯ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ
(ПРАКТИКА ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА)**

*Посвящается доктору юридических наук, профессору
Полине Абрамовне Лупинской (1921—2010)¹*

Синописис

Исключение доказательств

Недопустимые и ненадежные доказательства

Исключение доказательств как санкция против органов, собирающих доказательства

Возможность и значение исправления дефектов доказывания на последующих этапах процедуры. Кумулятивный эффект таких дефектов как причина признания нарушения по статье 6

Значение спорного доказательства для обвинительного приговора

Оценка реальной возможности воспользоваться правом — эффективная защита

Отсутствие возможности пересмотра в ЕСПЧ решений национальных судов — организационно-правовое и легитимационное обоснование

Пределы критики выводов внутренних судов о фактах и толковании национального закона

Доказательства, полученные с нарушением национального закона

¹ П.А. Лупинская — выдающийся российский ученый-процессуалист, одна из разработчиков действующего УПК РФ (2002 г.), в течение тридцати с лишним лет заведовавшая кафедрой уголовного процесса в МГЮА, автор множества фундаментальных работ, в том числе по вопросам доказательственного права и стандартам ЕСПЧ. — *Ред.*

Соотношение понятия недопустимых по национальному закону доказательств с несправедливо полученными и недопустимыми в толковании ЕСПЧ

Типичные ситуации, оспариваемые в ЕСПЧ в связи с нарушением национальных и международных норм при собирании доказательств

Отказ от права как обстоятельство, исключающее признание нарушенными требований справедливого доказывания

Гарантии и правовые последствия, вытекающие из презумпции невиновности

Применение презумпции невиновности не только к обвиняемому по возбужденному уголовному делу

Автономные понятия «виновности» и «уголовного наказания»

Отсутствие единства в терминологии, определяющей достаточную степень уверенности в виновности — понятие стандарта доказанности

Презумпция невиновности как основание для отказа от фактических презумпций в доказывании по конкретным делам. Бремя доказывания

Бремя доказывания и нарушение права не свидетельствовать против себя

Недоказанное преступление и доказанный гражданский деликт

Недоказанное преступление и дисциплинарное производство

Возможность рассмотрения с точки зрения презумпции невиновности дел о компенсации в гражданском процессе

Прекращение дела и судебные расходы

Оправдательный приговор, невозможность оставления под подозрением и компенсация вреда

Приговоры сообщаемым и их влияние на доказывание по последующим делам

Публичные заявления должностных лиц о виновности заявителя

Высказывания частных лиц в прессе о виновности заявителя

Дела против СМИ: баланс между презумпцией невиновности и свободой выражения мнений по статье 10 Конвенции

Оценка обоснованности обвинения при избрании меры пресечения. Разумное подозрение

Оценка доказательств судьей при избрании меры пресечения

Обязательство потенциального подозреваемого раскрывать информацию обвинительного характера.

Принудительное изъятие образцов для сравнительного исследования как не нарушающее право на молчание

Допрос подозреваемого в качестве свидетеля

Право не свидетельствовать против своих близких

Обязанность разъяснить право на молчание

Абсолютная недопустимость доказательств, полученных под пыткой, как несовместимых с принципом справедливого правосудия

Эволюция понятия пытки — критерии оценки Судом

Угроза пытки

Дело «*Harutyunyan v. Armenia*»: получение доказательства под пыткой — независимо от его значения — разрушает обоснованность всего обвинения

Бремя доказывания отсутствия факта пытки лежит на правительстве

Взаимосвязь получения доказательств под давлением с нарушением права на присутствие адвоката при допросе обвиняемого

Доказательства, полученные с нарушением физической неприкосновенности лица (но не под пыткой)

Показания, полученные путем обмана, и право не свидетельствовать против себя

Пределы возможного обмана при обеспечении процедурных гарантий соблюдения прав подозреваемого и учете роли, которую полученные путем обмана доказательства играли в процессе

Использование информаторов под прикрытием и право обвиняемого на молчание

Оценка показаний информатора присяжными

Отсутствие абсолютного запрета на использование доказательств, полученных с нарушением неприкосновенности частной жизни — анализ иностранного законодательства

Позиция ЕСПЧ об исключении доказательств, добытых с нарушением тайны частной жизни (статья 8 Конвенции).

Дело «*Khan v. the United Kingdom*» о прослушивании

Сопоставление правовых позиций ЕСПЧ и КС РФ по отношению к пределам ограничения тайны частной жизни при получении доказательств

Отказ в предоставлении помощи адвоката при производстве следственных действий как основание для признания недопустимости доказательств и несправедливости процесса

Нарушение права на адвоката и его связь с признанием несправедливости процесса

Отсутствие адвоката на первых допросах обвиняемого

Практические последствия нарушения права на защиту для дальнейшего хода процесса и приговора

Недопустимость доказательств, производных от незаконных, — «плоды отравленного дерева»

Дальнейший отход от оценки справедливости всей процедуры в целом и выделение значения критических моментов процедуры в связи с анализом права на доступ к адвокату. Использование признания, полученного без адвоката

Учет национальным законодателем и судами повышения требований ЕСПЧ к присутствию адвоката при первых допросах подозреваемых

Разъяснение права на помощь адвоката и его значение при изучении ЕСПЧ вопроса об отказе от адвоката

Явка с повинной в российской практике

Изменения российского законодательства, вытекающие из негативной оценки ЕСПЧ практики оперативно-розыскных мероприятий

Значение установления момента начала провокации и инициативы в этом полицейских агентов под прикрытием — иностранная и российская практика

Оказание давления на подозреваемого, в отношении которого проводятся оперативные мероприятия, как признак провокации

Предрасположенность к совершению преступлений как подтверждение вовлеченности в преступную деятельность и оправдание провокации

Провокация, осуществляемая частным лицом

Возложение бремени доказывания процессуальных гарантий при проведении оперативных мероприятий на государство

Рассмотрение результатов оперативного эксперимента в суде в рамках проверки допустимости доказательств

Предоставление необходимой оперативной информации стороне защиты и суду в процедурах контроля за допустимостью результатов оперативных мероприятий

Ссылка на провокацию в национальных судах в качестве линии защиты как условие приемлемости жалобы в ЕСПЧ

Формы и последствия признания нарушения статьи 6 Конвенции в решениях ЕСПЧ по делам о провокации

Обеспечение доступности доказательств для стороны защиты в полном объеме — вне зависимости от оценки их значения для дела стороной обвинения

Признание судами общественного интереса как причины сокрытия доказательств от защиты

Национальные процедуры контроля суда за не раскрываемыми прокуратурой источниками доказательств

Система специальных адвокатов в Великобритании, США и Канаде для участия в рассмотрении судом вопроса о невозможности раскрытия доказательств стороне защиты

- Общие требования ЕСПЧ к раскрытию доказательств
- Достаточное время и условия для исследования доказательств
- Активная роль обвинения в доказывании и равенство процессуальных возможностей сторон
- Право на вызов свидетелей защиты
- Отказ в вызове свидетелей защиты
- Исключение доказательств, предлагаемых защитой
- Значение правил о благоприятствовании защите для решения вопроса о приобщении доказательств производного характера
- Непосредственное исследование доказательств — не абсолютное правило
- Автономное понятие «свидетель» и его широкое толкование: распространение правил допроса свидетелей на потерпевших, экспертов, специалистов, сообвиняемых
- Непосредственное исследование в суде производных доказательств
- Американское правило «лучшего доказательства» и статья 6 Конвенции
- Допрос свидетеля и исследование его письменных показаний
- Непосредственное исследование документов
- Понятие «ключевое доказательство»
- Трудности в установлении характера свидетеля как «ключевого»
- Невозможность для обвиняемого допросить свидетеля в суде — объективные основания, признаваемые судом
- Оглашение показаний по российскому праву и стандарты ЕСПЧ
- Запрет использования производных доказательств как основы обвинительного приговора
- Толкование в зарубежной практике права на допрос свидетеля обвинения стороной защиты
- Объективные причины использования вместо допроса свидетелей производных доказательств
- Оценка Судом отказа от допроса свидетелей, находящихся за границей
- Отказ свидетеля от допроса в суде по соображениям своей безопасности
- Допрос малолетних свидетелей — жертв преступлений
- Свидетельский иммунитет (доктора, священники, близкие родственники, сообвиняемые и т.п.)
- Еще раз об анонимных свидетелях
- Дело «*Doorson v. the Netherlands*» — типичная ситуация с анонимными свидетелями в практике ЕСПЧ
- Показания на очной ставке и замена ими допроса в суде

Положение эксперта в процессе и его роль «научного судьи»: требование его независимости и беспристрастности

Принцип процессуального равенства сторон в связи с проведением экспертизы

Отсутствие у подсудимого права предлагать экспертов

Различная оценка ЕСПЧ статуса назначаемого судом судебного эксперта и «свидетеля-эксперта», вызываемого стороной

Конфликт интересов эксперта нарушает требование беспристрастного суда

Равенство сторон при назначении экспертизы

Ведомственная экспертиза и возможность уравновесить ее приглашением эксперта со стороны защиты

Состязательность процедуры по проверке результатов экспертизы в суде и состязательность в процедурах самой экспертизы

Российская практика участия защиты при назначении экспертизы

Показания обвиняемых, выбравших тактику сотрудничества с органами расследования

Расширение в практике ЕСПЧ понятия дефектных доказательств — с точки зрения Конвенции

1. Каждый... при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. <...>

2. Каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком.

3. Каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления имеет как минимум следующие права:

(а) быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявленного ему обвинения;

(b) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты;

(с) защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника или, при недостатке у него средств для оплаты услуг защитника, пользоваться услугами назначенного ему защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия;

(d) 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;

(е) пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке.

Конвенция о защите прав человека и основных свобод.

Статья 6 «Право на справедливое судебное разбирательство»

В относительно недавней работе одного английского автора¹, посвященной европейскому уголовному процессу, задается вопрос: существуют ли единая европейская процессуальная традиция или различия между правовыми системами слишком велики? Наверное, на первую часть этого вопроса можно ответить поло-

¹ См.: Summers S. Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights. Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2007. P. 17.

жительно. Во всяком случае нельзя отрицать, что такая единая процессуальная традиция постепенно формируется, во многом благодаря усилиям Европейского суда по правам человека. В течение всей второй половины XX века этот орган устанавливал, или, точнее, выявлял, «общие стандарты», которые в одинаковой мере применимы к Великобритании и Греции, Дании и Испании и т.д. В последние годы сфера деятельности Суда распространилась и на страны Восточной Европы, включая Россию (в отношении которой Конвенция вступила в силу 5 мая 1998 года).

Прецедентное право Европейского суда¹ вместе с тем не предполагает полной унификации процессуального законодательства. Страны — участницы Европейской конвенции продолжают регулировать большинство вопросов в этой сфере вполне самостоятельно. Европейский суд вмешивается лишь в исключительных случаях, когда решение, предложенное национальной системой, противоречит базовым критериям «справедливого правосудия», общим для всех европейских стран.

Из всех вопросов, возникающих при анализе справедливости судопроизводства, можно выделить один, в котором менее всего проявляется европейское единство, — это вопрос о доказательствах. По общему правилу Европейский суд не диктует национальным судам, как следует добывать и использовать доказательства. Эти вопросы отданы на откуп национальным правовым системам. Вместе с тем вопрос о доказательствах возникает практически в каждой жалобе, поданной по статье 6 Конвенции и объемом практики Суда в сфере «доказательственного права» растет. Именно поэтому представляется, что российскому читателю была бы полезна информация о подходах Европейского суда к использованию доказательств в процедурах уголовного преследования.

Статья 6 Конвенции состоит из трех частей, каждая из которых, в свою очередь, содержит набор отдельных гарантий, таких как состязательность, процессуальное равноправие сторон², право на правовую помощь, презумпция невиновности и т.д.

¹ В прецедентное право Суда можно включать также право Европейской комиссии по правам человека — органа, ликвидированного в 1998 году путем слияния с Судом. Практика Комиссии принимается во внимание Судом при разрешении дел наряду с его собственным прецедентным правом.

² Иногда в российской литературе встречается не вполне удачный буквальный перевод этого термина с английского — используется выражение «равенство рук» или даже «равенство оружия». Представляется, что более нейтральным и точным термином является «процессуальное равенство сторон».

Однако Европейский суд редко рассматривает эти гарантии по отдельности. Чаще статья 6 Конвенции применяется как единое целое. Так, гарантии, содержащиеся в третьем параграфе этой статьи и применимые исключительно к уголовному процессу, являются, по сути, частными проявлениями принципа справедливости правосудия, закрепленного в первом параграфе (см. постановление по делу «*Van Mechelen and Others v. the Netherlands*» от 23 апреля 1997 года¹). Например, принцип «справедливого правосудия» включает в себя условие «состязательности» судопроизводства, которое, в свою очередь, подразумевает (в числе прочих прав) право на допрос свидетеля обвинения (статья 6, § 3 (d)). Из того же принципа справедливости, содержащегося в первом параграфе статьи 6, выводится и требование процессуального равенства сторон, и, вслед за ним, право защиты исследовать показания свидетелей на тех же условиях, на которых это делает сторона обвинения. В результате такого комплексного подхода многие дела анализируются сразу с точки зрения двух или даже нескольких положений статьи 6. Поэтому предлагаемый нами анализ построен не на последовательном разборе отдельных частей статьи 6, а на анализе «смысловых блоков», которые можно выделить в толковании Судом положений этой статьи².

Поскольку практика Европейского суда касается 47 европейских стран с различными правовыми институтами и терминологией, для описания некоторых правовых ситуаций используются наиболее общие термины (которые не всегда точно отражают российскую специфику).

§ 1. ОСНОВНЫЕ ПОДХОДЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА К ВОПРОСУ О ДОКАЗАТЕЛЬСТВАХ

В практике Европейского суда можно выделить некоторые общие принципы, которыми он руководствуется при разборе жалоб на несправедливость правосудия, связанных с дефектами доказывания. Это позволяет понять логику Суда, уяснить общие

¹ Полный текст решений, о которых идет речь в данной главе, можно найти по адресу: www.echr.coe.int/hudoc

² При этом данный автором главы разбор решений ЕСПЧ, выражающий его позицию по поводу значения и толкования этих решений, не может расцениваться как изложение официальной позиции Суда по какому-либо вопросу. — *Ред.*

методы исследования, применяемые им при анализе процедур доказывания в национальных судах, — с точки зрения требований статьи 6 Конвенции.

1. Зачем нужно исключать доказательства?

Исключение доказательств

В одной из советских работ по теории доказательств ее авторы писали: «В теории советского уголовного процесса основное внимание всегда уделялось оценке доказательств, а не их источников»¹. Действительно, в системе, ориентированной на поиск объективной истины в конкретном деле, формальная допустимость той или иной категории доказательств не является центральным вопросом. Более того, слишком строгие правила о допустимости могут затруднять поиск такой истины.

Подобное отношение к допустимости доказательств также связано с тем, что «появление в уголовном деле доказательства есть результат процессуальной деятельности органа расследования»². Подвергать сомнению достоверность или допустимость доказательств значило для советских юристов подвергать сомнению профессионализм (и даже в некоторых случаях добрую волю) органов следствия, которые традиционно имели большое политическое влияние. Материалы, направляемые ими в суд, рассматривались как полученные «процессуальным» и потому *a priori* законным путем. Преодоление этой «презумпции законности» для стороны защиты до сих пор остается очень сложной задачей.

Кроме того, отсутствие специальной процедуры исключения из разбирательства недопустимых в качестве доказательств материалов, как подчеркивал, например, С.А. Пашин, «позволяло на протяжении многих лет смотреть на процессуальную ущербность материалов сквозь пальцы, выдвигая на первый план критерии их “относимости” и “достоверности”»³. Вместе с тем реформа уголовного процесса, усиление его «состязательной» составляющей требуют новых подходов к определению допустимости доказательств.

¹ Карнеева Л.М., Кертэс И. Источники доказательств по советскому и венгерскому законодательству. М., 1985. С. 16.

² Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. М.: Высшее образование, 2009. С. 55.

³ Пашин С.А. Доказательства в российском уголовном процессе. М.: Комплекс-прогресс, 1999. С. 56.

Недопустимые и ненадежные доказательства

Прежде всего, надо понять, какие цели может преследовать исключение недопустимых доказательств¹. Таких целей две.

Во-первых, законодатель может полагать, что определенные методы получения информации (например, пытка) настолько предвзвешены, что любое доказательство, полученное в результате их применения, недопустимо, так как недостоверно. В этом смысле исключение доказательства служит целям установления истины по делу. Конечно, у судьи есть достаточно большая свобода усмотрения при определении достоверности доказательств. Это, впрочем, не мешает законодателю устанавливать своего рода презумпции недостоверности в законе, предопределяя, таким образом, решение судьи. Так, доказательство, полученное под пыткой, трудно признать достоверным. Как писал К. Маркс, «судорога боли не есть признание»². Можно, конечно, поручить судье определить, исходя из обстоятельств дела, говорил ли пытаемый правду или же лгал, только чтобы прекратить свои страдания. Но законодатель предпочитает решить этот вопрос раз и навсегда и для любого будущего дела. Следует, таким образом, различать доказательства, подлежащие безусловному исключению в силу указаний закона, и доказательства, отвергнутые судьей в силу его убежденности в их недостоверности (без признаков их формальной недопустимости).

Кроме того, во многих странах (особенно принадлежащих к англосаксонской правовой семье) запрещается использовать доказательства, полученные «со слов» или «из вторых рук» (*hearsay*)³. Законодатель предполагает, что у судьи в принципе не должно быть свободы усмотрения в оценке таких доказательств — они неприемлемы, как бы убедительно ни звучали.

¹ Некоторые авторы (например, тот же С.А. Пашин) не используют термин «доказательства» применительно к дефектным материалам. Однако мы будем традиционно использовать термин «доказательства» в самом широком смысле, включая туда и доброкачественные, и дефектные доказательства, и допустимые, и недопустимые, и достоверные, и ненадежные и т.д.

² Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 37.

³ Понятие *hearsay* не вполне правильно переводить как свидетельство «по слуху». «По слуху» в российской процессуальной традиции значит, что свидетель не может указать на источник своей осведомленности. В случае *hearsay* свидетель может назвать свой источник, тем не менее такое доказательство недопустимо потому, что у сторон нет возможности оспорить и исследовать «первичного» свидетеля, на которого ссылается свидетель «вторичный».

Итак, одной из причин, по которым законодатель может ввести правило об исключении какого-то вида доказательств, является заведомая ненадежность, недостоверность. Надо отметить, что правила об исключении, основанные на этом соображении, больше развиты в странах англосаксонской правовой семьи. Это связано прежде всего с особенностями функционирования суда присяжных, который на протяжении многих столетий был основой системы судопроизводства в этих странах. То, что, например, протокол допроса свидетеля на предварительном следствии является доказательством худшего качества, чем непосредственный допрос этого свидетеля в суде, с участием сторон, не вызывает никакого сомнения у любого юриста. Возможностей манипулировать свидетелем на стадии предварительного расследования у следствия гораздо больше. Однако присяжный, в отличие от профессионального судьи, не всегда в состоянии отличить доброкачественное доказательство от сомнительного и использовать его с соответствующей осторожностью в своих рассуждениях. Именно поэтому допуск доказательств на рассмотрение суда присяжных требует более тщательного регулирования¹. Впрочем, в каких-то случаях и профессиональный судья может быть ограничен в свободе своей оценки доказательств законодателем или требованиями судебной практики.

*Исключение доказательств как санкция против органов,
собирающих доказательства*

Во-вторых, исключение доказательства может действовать как санкция, направленная, так сказать, «вне процесса». Исключение доказательства в данном случае не связано с его недостоверностью. Такое доказательство может быть вполне достоверно и подтверждаться другими доказательствами в деле. Как писал русский дореволюционный процессуалист Н.Н. Розин, «допустимость доказательства может ограничиваться соображениями, лежащими вне процесса и заключающимися в оберегании государством различных интересов, представляющихся более важными, чем интерес допущения к делу того или иного доказательства»².

¹ См.: Tochilovsky V. Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights. Procedure and Evidence. Nijhoff, Leiden, Boston, 2008. P. 399.

² Розин Н.Н. Уголовное судопроизводство. Пг., 1916. С. 395.

К этой группе можно отнести различные судебные иммунитеты против допроса (например, тайна исповеди). Может быть, в интересах установления истины в конкретном процессе было бы полезно допустить такое доказательство, но законодатель осознанно жертвует этими интересами для достижения более общей цели, например для борьбы с насилием в работе полиции или для обеспечения адвокатам надлежащих условий работы с клиентами, для соблюдения религиозных свобод и т.д.¹

В некоторых странах суды могут оценить, в рамках конкретного дела, что важнее — некий посторонний общественный интерес (например, борьба с пытками при проведении уголовного расследования) или интересы установления истины в конкретном деле (либо, так сказать, другой общественный интерес — борьба с определенными видами преступлений). Такая оценка часто называется «взвешиванием противоположных интересов» (*balancing*)²; в практике Европейского суда пример такого взвешивания можно найти в деле «*Gäfgen v. Germany*» (постановление Большой палаты от 1 июня 2010 года), которое мы разбираем ниже. В этом деле именно суду, а не законодателю, было дано решить, какой из общественных интересов важнее. Конечно, трудно предположить, что российские суды способны взять на себя такую сложную работу³. В нашей стране вопрос о допустимости доказательств в основном решается на законодательном уровне. Но и законно полученные или иные *a priori* «надлежащие» доказательства тем не менее могут быть отринуты судьей как недостоверные, или не относящиеся к делу, или относящиеся к делу, но избыточные.

¹ Такие соображения (лежащие вне процесса) могут учитываться и при признании доказательства допустимым. Так, в постановлении по делу «*Doorson v. the Netherlands*» от 26 марта 1996 года, которое мы будем разбирать подробно ниже, Европейский суд заметил, что допустимость использования в процессе анонимных свидетелей может быть оправдана во имя их безопасности и гарантии их прав по статье 8 Конвенции.

² При «взвешивании противоположных интересов» в контексте статьи 6 Конвенции обычно противопоставляются интересы обвиняемого и интересы правосудия; однако в определенных обстоятельствах Суд может учитывать интересы жертвы преступления и даже свидетелей (см. «*P.S. v. Germany*» от 20 декабря 2001 года).

³ Говоря это, мы имеем в виду менталитет судейского сообщества, сформированного жестким нормативизмом нашей правовой традиции, в которой творческое начало в деятельности судьи всегда воспринималось как что-то недопустимое.

2. Принципы оценки справедливости процесса в целом и эффективной защиты права

Используемый Судом метод «оценки справедливости процесса в целом» (*fairness of the proceedings taken as a whole*) не предполагает исследования отдельно взятого следственного действия, в отрыве от других этапов процесса. Суд традиционно исходит из того, что практически любой дефект может быть исправлен на последующих этапах процедуры.

*Возможность и значение исправления дефектов доказывания на последующих этапах процедуры.
Кумулятивный эффект таких дефектов как причина признания нарушения по статье 6*

Рассмотрим дело «*Imbrioscia v. Switzerland*» (постановление от 24 ноября 1993 года), которое иллюстрирует этот классический подход.

Заявителя¹ арестовали по подозрению в контрабанде наркотиков. Первый допрос прошел без адвоката. В конце допроса заявитель попросил дать ему адвоката по назначению, что было сделано. Правительство утверждало, что ставило в известность адвоката о дате и времени допросов. Адвокат, напротив, настаивал на том, что дата и место ему не подходили и, следовательно, он не смог явиться вовремя: заявитель был трижды допрошен без адвоката. Некоторое время спустя назначенный адвокат вышел из процесса, и заявитель нашел себе нового адвоката, с которым у него была возможность встретиться. Новый адвокат (по договору), однако, также отсутствовал во время нескольких допросов, так как якобы не был поставлен в известность о том, что его клиента будут допрашивать. Он пожаловался прокурору и на заключительном допросе находился рядом со своим защитным. Во время всех допросов на следствии заявитель не признавал свою вину. Не признал он вину и на суде; однако суд приговорил его за контрабанду, ссылаясь на противоречия в его показаниях.

Европейский суд в этом деле отметил, что, даже если первый адвокат (по назначению) действовал непрофессионально, от-

¹ *Заявитель* — слово, традиционно употребляемое в русских переводах решений Европейского суда для обозначения субъекта жалобы в Суд. В большинстве дел по статье 6 (в ее уголовно-правовом аспекте) заявитель являлся обвиняемым в национальном уголовном процессе.

ветственность за это не лежит на государстве. Заявитель сам не привлек внимание прокуратуры к этой ситуации, и прошло не так много времени, чтобы прокуратура сама заметила, что адвокат по назначению манкирует своими обязанностями. Кроме того, после того как заявитель поменял адвоката, у них была возможность обсудить дело. Адвокат также находился рядом с подозреваемым на заключающем этапе следствия. Наконец, во время судебного разбирательства адвокат все время был рядом со своим подзащитным. Таким образом, по мнению Суда, у стороны защиты была возможность оспорить доказательства, полученные на предварительном следствии. Европейский суд пришел к выводу, что статья 6, § 1 и 3 (с), Конвенции нарушена не была (в российском контексте см., например, решение о приемлемости по делу «*Ivakhnenko v. Russia*» от 21 октября 2008 года). В последнее время этот подход подвергается ревизии (об этом далее, в контексте права на адвоката), но все же остается пока доминирующим способом анализа процесса.

Сложным вопросом в прецедентном праве Конвенции является вопрос о том, насколько дефекты, допущенные на следствии или в судебном разбирательстве перед судом первой инстанции, могут быть исправлены в суде апелляционной или кассационной инстанции. В качестве примера можно привести дело «*Edwards v. the United Kingdom*» (постановление от 16 декабря 1992 года) о потенциально оправдательном доказательстве, которое не было раскрыто защите стороной обвинения и не было продемонстрировано суду присяжных. Европейский суд в этом деле не нашел нарушения статьи 6 по той причине, что на стадии апелляции защита получила доступ к оправдательным доказательствам и эти доказательства были также доступны апелляционному суду, который, тщательно изучив их, заключил, что, даже если бы они и были представлены суду присяжных, вердикт последних был бы таким же¹. В ряде других британских дел, например «*Rowe and Davis v. the United Kingdom*» (постановление от 16 февраля 2000 года), Суд отметил, что апелляционный суд, который не исследовал доказательства дела непосредственно, не в состоянии был также на основе письменных материалов и про-

¹ Двое судей Европейского суда в этом деле написали особое мнение. По их мнению, апелляционный суд не должен был гадать, было бы решение коллегии присяжных таким же или нет, а должен был назначить новое рассмотрение с участием присяжных, с чем нельзя не согласиться.

токолов разбирательства в суде первой инстанции оценить значение нераскрытых доказательств для вердикта, как это мог бы сделать судья первой инстанции. Кроме того, апелляционный суд проводит оценку доказательств некоторым образом *ex post facto*, на его оценку неизбежно влияет обвинительный вердикт присяжных. Похожий вывод сделал Европейский суд в деле «*Dowsett v. the United Kingdom*» (постановление от 24 июня 2003 года). Насколько вышестоящий суд может исправить недостатки процесса в нижестоящем суде, зависит в конкретном процессе от формальных полномочий вышестоящего суда и от того, насколько в данном деле объем и способ исследования обстоятельств совпадали с объемом и способом исследования в той инстанции, в которой произошло нарушение.

При оценке справедливости процесса в целом Суд смотрит не только «на будущее» (на то, как развивался процесс после того, как произошло какое-то ограничение прав заявителя), но и «на прошлое». Например, в деле «*Trepashkin v. Russia*» (постановление от 16 декабря 2010 года), где заявитель жаловался на отсутствие условий для подготовки своей защиты во время судебного разбирательства, обвинения касались разглашения секретных данных, поэтому заявителю нельзя было иметь материалы дела при себе. Материалы хранились в суде, и заявителя, чтобы он мог ознакомиться с ними, доставляли из тюрьмы в суд. По его словам, во время ознакомления с материалами дела в суде его рука была пристегнута наручником к ножке стола, в результате чего он не мог нормально переворачивать страницы и делать выписки. Европейский суд не обсуждал, насколько в таких условиях можно нормально подготовиться к процессу, однако заметил, что следствие¹ в этом деле было закончено за несколько месяцев до того, как заявителя арестовали. Таким образом, у заявителя было время, чтобы ознакомиться с материалами дела в относительно «комфортной» обстановке, вместе со своими адвокатами. Кроме того, заявитель в этом деле сам был адвокатом. Таким образом, даже если при повторном ознакомлении с материалами дела, уже в ходе судебного процесса, заявитель и испытывал какие-то трудности, они, с учетом предыдущего периода, не лишили его «достаточного времени и возможности» для подготовки к защите.

¹ Следствие — в данной работе мы будем так называть часть уголовного процесса, предшествующую судебному разбирательству.

Оценка справедливости процесса в целом предполагает не только изучение его динамики (того, что произошло до или после предполагаемого ограничения прав обвиняемого¹), но и оценку соблюдения других прав заявителя в процессе. Так, в деле «*Magee v. the United Kingdom*» (постановление от 6 июня 2000 года) заявителя допрашивали без участия адвоката в течение двух дней. Он первоначально решил не давать показания, но потом, под сильным психологическим давлением следователей, начал говорить. Эти показания были затем использованы в его судебном процессе. Европейский суд нашел здесь нарушение двух прав по Конвенции: права не свидетельствовать против себя и права на помощь адвоката. Суд исходил из кумулятивного эффекта двух нарушений. Иначе говоря, если бы заявитель согласился давать показания в присутствии своего адвоката, то, возможно, нарушения статьи Конвенции не было бы.

*Значение спорного доказательства
для обвинительного приговора*

Применительно к доказательствам принцип оценки справедливости процесса в целом выражается прежде всего в том, что Суд (по общему правилу) не будет заниматься теми делами, в которых спорное доказательство не сыграло какой-либо существенной роли или вообще не было использовано в обвинительном приговоре².

Суд также оценивает, насколько ограничение каких-то прав или возможностей заявителя могло быть компенсировано участием защитника в процессе. Так, в деле «*Stanford v. the United Kingdom*» (постановление от 23 февраля 1994 года) речь шла о подсудимом, который был частично глух и плохо слышал то, что происходило в ходе судебного разбирательства. Однако его

¹ *Обвиняемый* для целей настоящей работы — общее понятие, обозначающее лицо, находящееся под подозрением, под следствием или под судом, сторона защиты на всех стадиях процесса. Термины «подозреваемый» или «подсудимый» используются в узком смысле слова только в исключительных случаях, когда это необходимо для сужения сферы толкования.

² Из этого правила есть одно исключение — доказательства оправдательного характера, не раскрытые защите. Естественно, что такого рода доказательства не используются в обвинительном приговоре, однако и в этом случае может возникнуть проблема со статьей 6 Конвенции, если доказательства были скрыты от защиты (см. ниже).

адвокат слышал прекрасно и мог при необходимости привлечь внимание судей к тому, что у его подзащитного проблемы со слухом. По тактическим соображениям адвокат этого не сделал, в результате чего Европейский суд не нашел в этой части нарушения прав заявителя по статье 6.

Наконец, заметим, что принцип оценки справедливости процесса в целом предполагает, что оправдательный приговор лишает заявителя статуса жертвы нарушения статьи 6 Конвенции, даже если на какой-то стадии процесса в отношении него такие нарушения и были допущены (см., например, § 60 постановления по делу «*Nikitin v. Russia*» от 20 июля 2004 года). Это правило, однако, не действует в отношении некоторых специфических гарантий статьи 6, нарушение которых возможно и в случае оправдательного приговора (например, требование разумного срока судебного разбирательства и презумпции невиновности).

Проблематичным в практике Европейского суда по российским делам является вопрос о том, насколько разбирательство в кассационном суде может исправить недостатки разбирательства в суде первой инстанции. Кассация в основном рассматривает дело «по материалам», что ограничивает ее возможности. Закон (статья 377 УПК РФ) разрешает, в принципе, исследовать «дополнительные материалы», но не такие, которые получены в результате следственных действий. По ходатайству стороны также можно «непосредственно исследовать доказательства». Опять же не ясно, идет ли речь об исследовании доказательств, уже содержащихся в материалах дела, или о получении доказательств непосредственно кассационным судом (например, путем допроса свидетелей). Как отмечают некоторые авторы, кассация отличается от апелляции тем, что, по сути, не производит нового рассмотрения дела, не ставит своей задачей «постановить новый приговор»; «кассационный суд не вправе проводить допрос свидетелей, назначать судебные экспертизы и т.п.»¹, так как это предполагало бы появление в деле новых доказательств (которые не были исследованы судом первой инстанции). В связи с этим сложно утверждать что кассация в состоянии исправить все дефекты судопроизводства, допущенные на следствии или в суде первой инстанции.

¹ См.: Практика применения УПК РФ / под ред. В.М. Лебедева. М. : Юрайт, 2009. С. 518, 558.

*Оценка реальной возможности воспользоваться
правом – эффективная защита*

Европейский суд неоднократно замечал, что недостаточно формально предоставить подсудимому какое-либо право, предусмотренное Конвенцией, — у него должна быть реальная возможность этим правом воспользоваться. В контексте права на помощь адвоката в процессе этот подход можно проиллюстрировать делом «*Sakhnovskiy v. Russia*» (постановление от 2 ноября 2010 года), в котором Большая палата Суда единогласно нашла нарушение статьи 6, § 1 и 3 (d), Конвенции.

В этом деле заявителя обвиняли в убийстве. Дело дважды попадало в кассационную инстанцию. Во время первого рассмотрения дела в кассации заявитель не был обеспечен адвокатом. Президиум Верховного Суда отменил решение кассационного суда и направил дело на новое кассационное рассмотрение, указав нижестоящему суду на необходимость обеспечить заявителю правовую помощь. В день процесса заявитель был переведен в СИЗО Новосибирска, где существовала возможность участвовать в процессе с использованием видеоконференцсвязи. За несколько минут до начала заседания заявителю представили его адвоката по назначению, т.е. заявитель видел этого адвоката в первый раз. Им было дано около 15 минут для обсуждения дела. Когда заседание началось, заявитель сказал, что не желает, чтобы его представлял адвокат, назначенный судом, так как не доверяет ему. Суд кассационной инстанции, тем не менее решил продолжить слушание с участием этого адвоката.

Европейский суд, рассматривая данное дело, отметил, что формального назначения обвиняемому адвоката недостаточно. Это надо сделать таким образом, чтобы предоставленный защитник оказывал реальную помощь обвиняемому. Конечно, государство не должно контролировать каждый шаг защиты — это противоречило бы принципу независимости адвоката в процессе. Однако оно обязано создать минимальные условия для нормального общения между адвокатом и его подзащитным и для работы с делом. В деле «*Sakhnovskiy*», как отметил Суд, правовую помощь можно было организовать множеством других способов. Например, найти обвиняемому защитника в Новосибирске, чтобы они могли пообщаться друг с другом заранее и выработать совместную позицию по делу. Можно было организовать телефонный разговор между назначенным судом защитником из Москвы

и заявителем, дать им больше времени для обсуждения дела либо попытаться найти того адвоката, который осуществлял защиту заявителя на следствии и перед судом первой инстанции и которому заявитель доверял. Европейский суд в этом деле не стал говорить, какой из способов предпочтительнее. Для Большой палаты Европейского суда (а Большая палата голосовала по этому делу единогласно) была неприемлема ситуация, когда адвокат вступает в процесс непосредственно на судебном заседании, без серьезного предварительного обсуждения дела и вопреки воле подсудимого, который этого адвоката не знает и ему не доверяет.

Иначе говоря, принцип «эффективной защиты» подразумевает, что Суд отказывается от излишнего формализма при исследовании того, была ли у стороны возможность реализовать свое право. Как это часто случается в практике Суда, такого рода подход может играть как на руку защите, так и против нее. Например, в деле «*Guigüe and SGEN-CFDT v. France*» (постановление от 6 января 2004 года) стороны в процессе имели разные сроки для обжалования решения суда — у прокурора этот срок был больше, что формально нарушало принцип процессуального равенства сторон. Однако Суд не согласился с тем, что такая ситуация нарушает статью 6, § 1, Конвенции: срок, предоставленный защите, был сам по себе достаточен для того, чтобы сформулировать апелляционную жалобу, и хотя у прокурора этот срок был больше, никакого «существенного преимущества» ему это не давало. Таким образом, используя подход «эффективной защиты» прав, Суд может и отклонять жалобы, а не только наказывать государства за формальную необеспеченность прав, гарантированных Конвенцией.

3. Принцип субсидиарности, концепция «четвертой инстанции» и свобода усмотрения национальных судов в доказывании

*Отсутствие возможности пересмотра в ЕСПЧ решений
национальных судов – организационно-правовое
и легитимационное обоснование*

Концепцию «четвертой инстанции» следовало бы назвать парадигмой деятельности Европейского суда. Само словосочетание «четвертая инстанция» употребляется в огромном числе

решений Суда, особенно в решениях по статье 6 Конвенции, но по сути эта идея проявляется и в контексте других статей. Она состоит в том, что Суд признает за государствами свободу усмотрения и старается, насколько возможно, не давать ни новой оценки фактам, ни нового толкования национального права. Суд не является, строго говоря, вышестоящей инстанцией («четвертой инстанцией») по отношению к внутренним судам (см., например, § 76 постановления по делу *«P.G. and J.H. v. the United Kingdom»* от 25 сентября 2001). Как пишет К. Рейд, Суд не «пересматривает» дела, рассмотренные на национальном уровне, не переоценивает доказательства, а опирается на те факты, которые установили национальные судебные инстанции, и исходит из того понимания национального права, которое есть у национальных судей. Европейский суд более интересуется процедура принятия решений и подходы, примененные внутренними судами в рассматриваемом деле, нежели их выводы об обстоятельствах дела или о том, как следует толковать национальное право¹.

У Европейского суда нет ни времени, ни ресурсов², ни достаточно хорошего знания реалий каждой страны для того, чтобы «пересматривать» решения так же, как это делают апелляционные и кассационные суды на национальном уровне (постановление по делу *«Handyside v. the United Kingdom»* от 7 декабря 1976 года). Это аргумент практический, связанный с ограниченностью ресурсов данного наднационального органа.

Кроме того, существует и теоретический аргумент в пользу этого подхода. Суд признает «прямую демократическую легитимность» (см. § 97 постановления по делу *«Hatton and Others v. the United Kingdom»* от 8 июля 2003 года) национальных органов. Сам Европейский суд, несомненно, обладает легитимностью иного рода, выполняет субсидиарную, т.е. «дополняющую», роль по отношению к национальным судам, а не замещает их (см. § 154 постановления по делу *«A. and Others v. the United Kingdom»* от 19 февраля 2009 года). Таким образом, Европейский суд, обладая весьма широкой компетенцией толковать Конвенцию, в том

¹ См.: Reid K. *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. 3rd ed. L.: Thomson Sweet and Maxwell, 2008. P. 45.

² Ibid. P. 44.

числе и в расширительном смысле, вместе с тем ограничен в возможностях по пересмотру внутренних решений¹.

Приведем два примера из российской практики. Вот типичный для такой ситуации пассаж из решения Европейского суда по российскому делу «*Andandonskiy v. Russia*» (постановление от 28 сентября 2006 года, § 52): «...районный суд [в приговоре] в значительной степени опирался на показания, данные в суде г-жой Б., женой потерпевшего. В принципе, Суд не должен решать, была ли у г-жи Б. какая-то заинтересованность в исходе дела, как утверждает заявитель. Национальные суды решили, что показания Б. заслуживают доверия. Это субъективный вывод, но он не произволен, и у Суда нет причин с ним не согласиться».

С подобными формулировками Суд отклоняет ежедневно десятки дел, в которых заявители жалуются на то, что доказательства в их деле оценены неправильно. Это не значит, что Европейский суд совершенно беспомощен. В его распоряжении есть множество способов контролировать необоснованные решения национальных судов, произвольные толкования внутреннего права и т.д. Тем не менее Европейский суд старается не оспаривать выводы национальных судов по существу, а искать дефекты в процессе принятия решений и, таким образом, осуществлять свою субсидиарную функцию, о которой мы говорили выше.

*Пределы критики выводов внутренних судов о фактах
и толковании национального закона*

Чтобы понять, когда же Европейский суд может пересмотреть выводы внутренних судов о фактах, обратимся к делу «*Kuznetsov and Others v. Russia*» (постановление от 11 января 2007 года).

¹ Идея субсидиарной роли Европейского суда по духу близка концепции судебного самоограничения, которой во многих европейских странах описывается взаимоотношение, с одной стороны, между судами и административными органами и с другой — между судами разных уровней. Не вдаваясь в описание различных подходов и теорий, описывающих это самоограничение (по-английски *judicial deference* — см. интересный обзор R. Clayton, опубликованный по адресу: [www.adminlaw.org.uk/docs/Richard Clayton QC — July 2005.doc](http://www.adminlaw.org.uk/docs/Richard%20Clayton%20QC%20-%20July%202005.doc)), заметим лишь одно — все теории сходятся на том, что судья не должен полностью подменять собой законодателя или исполнителя законов, он должен осуществлять судебскую функцию. Точно так же и вышестоящий судья не должен делать работу нижестоящего: у него есть своя, дополнительная (субсидиарная) функция в системе правосудия.

Это дело касалось разгона милицией религиозного собрания. Среди прочих жалоб заявители оспаривали выводы российских судов, которые решили в двух инстанциях, что разгона как такового не было — верующие разошлись сами. Несмотря на такую позицию внутренних судов, Европейский суд все же пришел к выводу, что собрание было прекращено по требованию милиции. Что дало ЕСПЧ основание не согласиться с российскими судами? Доказательства в деле были противоречивыми. Российские суды в обоснование своего решения сослались на показания ответчиков во время судебных слушаний. Вместе с тем несколько свидетелей (милиционеров, пришедших на собрание) в своих показаниях подтвердили, что приказывали верующим разойтись. Эти показания были полностью проигнорированы и районным, и областным судами. Такого же рода показания эти милиционеры давали и при прокурорской проверке по делу. Кроме того, Европейский суд не мог не отметить странное совпадение: согласно выводам российских судов религиозное собрание закончилось в тот момент, когда к верующим подошли милиционеры под предводительством чиновника областной администрации. Никакой связи между двумя этими событиями российские суды не увидели.

Несмотря на всю подозрительность ситуации, Суд в этом деле не стал напрямую утверждать, что российские суды ошиблись. ЕСПЧ воспользовался процессуальным подходом: он исследовал не то, что именно решили внутренние суды, а то, как они это решали. Суд отметил, со ссылкой на свою предыдущую практику (см. постановления по делам *«Torija v. Spain»* от 9 декабря 1994 года и *«Suominen v. Finland»* от 1 июля 2003 года), что в национальных решениях доказательства в пользу разгона собрания никак не были оценены. Российские суды, по сути, игнорировали неудобное доказательство. Это заставило Европейский суд прийти к выводу о нарушении статьи 6, § 1, Конвенции.

Итак, «несправедливость» судопроизводства здесь состояла не в том, что суды приняли показания свидетеля X и не поверили свидетелю Y. Такого рода решение полностью соответствовало бы свободе усмотрения национального судьи. Проблема в деле *«Kuznetsov»* состояла в том, что российские судьи не отразили показания милиционеров в своем решении и не объяснили, почему они не принимают их как достоверные.

Таким образом, Суд через «процессуализацию» проблемы может распространять свою компетенцию на те области, в которых,

по общему правилу, действует свобода усмотрения национально-го судьи. Впрочем, этот метод не следует воспринимать как уловку для расширения полномочий: Суд пользуется им только в тех случаях, когда национальные суды не выполнили свою работу и не объяснили в достаточной степени свое решение по поводу фактов дела.

Принцип субсидиарности, который многие заявители воспринимают как ограничивающий их возможности по оспариванию национальных судебных решений, в ряде случаев очень выгоден для заявителей. Суд неоднократно заявлял, что в его задачу не входит выполнять работу национальных судов и исследовать фактические обстоятельства дела, в том числе такие фактические обстоятельства, которые оправдывали бы вмешательство в права заявителя по Конвенции¹. Иначе говоря, даже в тех случаях, когда есть обстоятельства, которые могут оправдать вмешательство государства в права заявителя, Суд может подтвердить нарушение Конвенции, ссылаясь на то, что эти обстоятельства (или аргументы) не были описаны во внутренних решениях².

Несмотря на приведенный выше пример, можно утверждать, что Европейский суд не считает своей обязанностью пересматривать факты и толковать значение доказательств иначе, чем это сделали национальные суды. В постановлении по делу *«Vykov v. Russia»* от 10 марта 2009 года Суд отметил, что в тех случаях, когда спор идет о надежности доказательства, будет оцениваться не сама надежность, а скорее то, как этот вопрос проверялся национальными судами.

Далее, Европейский суд, так же как и по вопросам установления фактов дела, будет склонен соглашаться с внутренними судами в вопросах толкования внутреннего права, например при определении того, было ли доказательство получено законным

¹ Эта логика наиболее отчетливо прослеживается в делах о лишении свободы: *«Labita v. Italy»*, постановление от 6 апреля 2000 года, *«Pijikov v. Bulgaria»* от 26 июля 2001 года, *«Nikolov v. Bulgaria»* от 30 января 2003 года и *«Panchenko v. Russia»* от 8 февраля 2005 года.

² Впрочем, нельзя не признать, что Европейский суд в ряде случаев все же берется за работу внутренних судов и анализирует ситуацию по сути (см. *«Galuashvili v. Georgia»* от 17 июля 2008 года, *«Kharin v. Russia»* от 3 февраля 2011 года). Наверное, в наиболее очевидных случаях, когда факты и возможные выводы из них не вызывают никаких сомнений, Суд может позволить себе отступить от процедурного метода анализа и рассмотреть факты, так сказать, «по первой инстанции».

образом. Так, если заявитель утверждает, что процедура опознания проводилась с нарушением каких-то норм национального закона, а внутренние суды, рассмотрев этот вопрос, решили, что нарушений не было, Европейский суд не будет, скорее всего, пересматривать их решения («*Popov v. Russia*» от 13 июля 2006 года).

*Доказательства, полученные
с нарушением национального закона*

В практике Суда есть много дел, когда незаконность следственного действия, в результате которого появилось доказательство, не оспаривалась или была очевидна.

«Незаконность» доказательства далеко не во всех европейских странах является безусловным основанием для исключения его из доказательственной базы. При том огромном количестве следственных действий, которые надо произвести по каждому мало-мальски сложному делу, всегда есть риск совершить какую-то ошибку, и при желании ее всегда можно обнаружить.

В Англии, славной своими правовыми традициями, судья может исключить незаконно добытое доказательство, но не обязан это делать. Во всяком случае, по общему правилу у него есть значительная дискреция в определении того, влияет ли «незаконность» доказательства в конечном итоге на справедливость процесса. Даже в делах о серьезных преступлениях суд может исключить доказательство, если в результате нарушения закона появились сомнения в его достоверности¹. При рассмотрении вопроса об исключении доказательств апелляционный суд в Англии обычно доверяет судье первой инстанции и вмешивается в рассмотрение этого вопроса только в том случае, если подход нижестоящего судьи был в принципе неправильным. Во Франции также не всякая «незаконность» ведет к исключению доказательства. Исключение обязательно, если закон напрямую

¹ См.: Spencer J.R. *European criminal procedures*. Cambridge University Press, 2005. P. 605. Здесь перечисляются следующие критерии, которыми руководствуется английский судья, решая вопрос об исключении доказательства: 1) серьезность нарушения (например, любое осознанное нарушение закона будет скорее вести к исключению доказательства, полученного с таким нарушением, чем случайное, непреднамеренное нарушение); 2) серьезность рассматриваемого дела (чем опаснее преступление, в котором обвиняют подсудимого, тем менее суды склонны исключать доказательства); 3) степень, в которой незаконность может повлиять на качество доказательства, его достоверность.

указывает на такое последствие нарушения закона, а также если судья решит, что нарушение достаточно серьезно ущемило права стороны в процессе. Во Франции нарушения закона при производстве обыска и выемки всегда рассматривались как серьезные, а нарушения при допросе подозреваемого после его ареста — нет, в то время как в Англии подход был противоположным¹. В Бельгии существует очень жесткое правило: если признание получено с помощью насилия и в дальнейшем подсудимый уже в обычной обстановке подтверждает свои признательные показания, исключению подлежат оба признания — и первоначальное и последующее.

Эти примеры показывают, что и само понятие «законности», и последствия, которые может иметь «незаконность», очень разнятся от страны к стране².

Что касается России, УПК устанавливает два типа требований к допустимости доказательств. Кодекс может прямо предписывать судье не принимать определенное доказательство к рассмотрению. В этом случае доказательство является незаконным и формально недопустимым, у судьи нет дискреции при решении вопроса о приобщении его к материалам дела. Например, таковым является признание обвиняемого на предварительном следствии, сделанное в отсутствие защитника и не подтвержденное в суде, а также показания, основанные на слухах и догадках (статья 75 УПК РФ, ч. 2).

Второй тип предписаний, содержащихся в УПК и судебной практике, оставляет судье некоторую свободу усмотрения — ему предлагаются критерии, на основании которых он должен самостоятельно решить, допускать доказательство или нет.

Не всегда можно точно установить, является ли доказательство «недостоверным» с точки зрения свободной оценки судьи или недопустимым с формальной точки зрения уголовно-процессуального закона (т.е. «незаконным» в наиболее узком смысле этого слова). Н.М. Кипнис приводит пример из старого УПК, где производство экспертизы объяснялось необходимо-

¹ В некоторых странах существуют сложные правила доказывания того, законно или незаконно было добыто само оспариваемое доказательство. См., например: Spencer J.R. Op. cit. P. 606.

² Например, о Новой Зеландии см.: Mathias D. Unfairly observed rights // New Zealand Law Journal. [1998]. N 21.

стью применить специальные познания в науке, технике и т.п.¹ Значит ли это требование, что заключения, базирующиеся на методах, не получивших еще научного обоснования, «незаконны» или просто недостоверны, ненадежны? Н.М. Кипнис делает вывод об их незаконности, о формальной недопустимости, хотя, по мнению автора, возможно и другое мнение. На похожей позиции стоят Ю.В. Корневский и Г.П. Падва: среди различных типов недопустимых доказательств они выделяют доказательства, полученные из ненадлежащего источника, «в частности показания потерпевшего, когда... в силу его психического или физического состояния возникают сомнения в его способности правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для дела»². Как видно из этих примеров, сама «незаконность» доказательства может пониматься по-разному даже в рамках одной правовой системы³.

Промежуточные выводы, которые можно сделать, таковы. Во-первых, в Европе нет единства по поводу того, какие методы получения доказательств следует признать незаконными. Во-вторых, само понятие «законность»⁴ очень разнится от страны к стране, как и последствия «незаконности». В-третьих, «законность» доказательства часто бывает связана с его достоверностью, а оценка достоверности является прерогативой национального судьи. Наконец, существуют различные национальные традиции в понимании того, какого рода нарушения закона должны влечь за собой исключение доказательств. Поэтому практически в любом решении Суда, касающемся проблемы доказательств, можно встретить такой довод: «Хотя статья 6 и гарантирует право на справедливое судебное разбирательство, она не устанавливает как таковых правил допустимости доказательств, что регулируется, в первую очередь, национальным

¹ См.: Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. М.: Юристъ, 1995. С. 18.

² Корневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании. М.: Юристъ, 2004. С. 21.

³ По мнению авторов настоящей книги, физическое состояние потерпевшего должно учитываться при определении надежности его показаний, но не их допустимости.

⁴ *Законность* — соответствие требованиям национального (внутреннего) закона; внутренняя законность еще не означает соответствие ситуации Конвенции, но является в некоторых случаях условием для такого соответствия.

правом» (см. постановления по делам «*Schenk v. Switzerland*» от 12 июля 1988 года, «*Teixeira de Castro v. Portugal*» от 9 июня 1998 года, «*Heglas v. the Czech Republic*» от 1 марта 2007 года, а также «*Khan v. the United Kingdom*» от 12 мая 2000 года, «*P.G. and J.H. v. the United Kingdom*» от 25 сентября 2001 года; «*Allan v. the United Kingdom*» от 5 ноября 2002 года).

Соотношение понятия недопустимых по национальному закону доказательств с несправедливо полученными и недопустимыми в толковании ЕСПЧ

Вместе с тем Европейский суд не связан национальными правилами о допустимости доказательств. Далеко не всякое доказательство, недопустимое с точки зрения национального закона, будет «несправедливо полученным» в смысле статьи 6 Конвенции. В этом смысле большинство национальных правовых систем (в том числе и российская) содержат более строгие и детальные правила о допустимости, чем статья 6. Конвенция выделяет лишь несколько ситуаций, в которых использование доказательства является «несправедливым», в большинстве же случаев, как уже говорилось, доказательство, признанное судом допустимым на национальном уровне, будет допустимым и с точки зрения Конвенции.

Можно привести пример из российской практики: в УПК не упомянут такой тип доказательства, как «детализация телефонных переговоров». Вместе с тем российские суды допускают это доказательство к использованию в процессе, если на истребование этой детализации была заранее получена санкция судьи¹. Маловероятно, чтобы Европейский суд стал оспаривать использование такого доказательства. Во-первых, Суду сложно спорить с национальными судами о том, действительно ли нарушена норма закона, и, во-вторых, Суд не будет указывать национальным инстанциям, какие последствия нарушение этих норм (если оно действительно произошло) должно иметь в национальном праве.

Возможна и обратная ситуация (хотя она встречается гораздо реже): не всякое доказательство, «допустимое» и «законно полученное» с точки зрения внутреннего права, является «справед-

¹ См.: Определение СК ВС РФ от 29 ноября 2006 года по делу № 11-006-88сп. Архив ВС РФ, 2006 (в: Практика применения УПК РФ. С. 193).

ливым» с точки зрения Конвенции. Об этом, например, сказал Суд в деле «*Lucà v. Italy*», постановление от 27 февраля 2001 года (§ 42), в котором итальянское правительство в обоснование своей позиции ссылалось на то, что допуск определенного типа доказательства был разрешен национальным правом. Европейский суд заметил, что этот аргумент является несущественным для анализа «справедливости» правосудия с точки зрения Конвенции.

В качестве классического примера дела, в котором обсуждался вопрос о «незаконно» полученных доказательствах, можно привести дело «*Schenk v. Switzerland*» (постановление от 12 июля 1988 года).

В этом деле заявитель заказал убийство своей жены некоему Р., который сообщил об этом жене заявителя, и они вместе обратились в полицию. Все последующие переговоры по телефону с заявителем Р. записывал на пленку, и впоследствии она была использована в суде против заявителя как одно из основных доказательств. Правительство в этом деле не оспаривало тот факт, что пленка была получена незаконно, без надлежащей санкции. Это также признавали и внутренние суды. Тем не менее они отказались исключить пленку из материалов дела, так как нарушение прав заявителя было не таким серьезным, чтобы исключить доказательство.

Европейский суд, рассматривая дело, отметил, что права защиты при использовании этого доказательства были соблюдены. Так, защита знала о его существовании и могла с ним ознакомиться. Далее, защита могла потребовать исключения этого доказательства как незаконно полученного. Наконец, вопрос о том, подлежит ли доказательство исключению, был обсужден швейцарским судом. Пленка не была единственным доказательством против заявителя — суд мог также допросить Р., который сделал запись, и полицейского офицера, в производстве которого было дело после того, как Р. сообщил в полицию о готовящемся преступлении. ЕСПЧ, как следует из дела «*Schenk*», не усмотрел в нем противоречия между требованием справедливости правосудия и использованием незаконно полученного доказательства¹.

¹ См.: Tigroudja H. L'équité du process pénal et la lutte international contre le terrorisme. Réflexions autour de décisions internes et internationales récentes // Revue trimestrielle des droits de l'homme. 2007. N. 69, 1 Janvier. P. 11.

Есть несколько групп доказательств, которые являются недопустимыми с точки зрения требований Конвенции, уточненных в решениях Суда и Комиссии. Однако, перед тем как описывать «несправедливо полученные» доказательства, надо отметить важную методологическую особенность анализа, применяемого Европейским судом в этой сфере. Во-первых, Европейский суд может смотреть на сам источник доказательства, на то, как оно было получено. Это, так сказать, «статический» взгляд на проблему доказательств — он предполагает, что доказательство недопустимо по своей сути. К числу доказательств, подлежащих безусловному исключению, относятся доказательства, полученные с помощью пытки, т.е. в нарушение статьи 3 Европейской конвенции. Однако не всякое нарушение Конвенции при добывании доказательства автоматически влечет за собой исключение последнего. Так, допрос подозреваемого, содержащегося под стражей незаконно и (или) в нарушение Конвенции, не приведет к автоматическому исключению этого материала из доказательственной базы. Европейский суд сам выявляет ситуации, в которых нарушение Конвенции может быть основанием для признания доказательства недопустимым.

Дела, в которых доказательство признается недопустимым по своей сути, достаточно редки. В большинстве дел акцент переносится на процедуру исследования и проверки таких доказательств. Назовем это «динамическим» подходом. С его помощью Суд, например, анализирует доказательства, полученные с нарушением гарантий статьи 6, таких как презумпция невиновности, право не свидетельствовать против себя и своих близких, право на помощь адвоката. Сюда же можно отнести доказательства, полученные в результате провокации или особо циничных форм обмана (хотя сами эти понятия — провокация и обман — не встречаются в тексте статьи 6 Конвенции, Европейский суд выводит их из общего понятия «справедливого правосудия»)¹.

¹ В Уголовно-процессуальном кодексе Германии содержится положение, которое очень близко к позиции Европейского суда в том, что касается «справедливости получения» доказательств, — это статья 136-а, первая часть которой гласит, что «свобода обвиняемого принимать решения и проявлять свою волю не должна быть нарушена дурным обращением, изматыванием, физическим давлением, использованием наркотиков, мучениями, обманом или гипнозом».

*Типичные ситуации, оспариваемые в ЕСПЧ в связи
с нарушением национальных и международных норм
при собирании доказательств*

В целом Суд сталкивается с четырьмя типичными ситуациями в делах, где ставится вопрос о доказательствах:

- 1) доказательство, по мнению заявителя, добыто с нарушением закона, но вопрос этот был рассмотрен на национальном уровне и суды отвергли этот аргумент;
- 2) доказательство добыто с нарушением каких-то положений закона, но без нарушения положений Конвенции;
- 3) доказательство добыто с нарушением требований Конвенции (с нарушением или без нарушения внутреннего закона);
- 4) доказательство добыто с серьезным нарушением фундаментальных требований Конвенции, что существенно ограничивает возможности его использования (нарушение некоторых положений статьи 6 и, возможно, нарушение статьи 8 Конвенции, гарантирующей неприкосновенность частной жизни, жилища и переписки) или вообще исключает их (нарушение статьи 3 Конвенции, запрещающей пытки).

Дела, относящиеся к первым трем категориям, практически всегда обречены для заявителя на неудачу. Только в делах, относящихся к четвертой категории, у Суда есть возможность вмешаться в процесс добывания и исследования доказательств и пересмотреть выводы внутренних судов¹.

4. Отказ от права

*Отказ от права как обстоятельство, исключающее признание
нарушенными требований справедливого доказывания*

Анализируя жалобы на нарушение статьи 6 Конвенции, Европейский суд всегда обращает внимание на то, как заявитель пользовался своими правами в национальных процедурах.

¹ Разновидность этой классификации приведена в работе М. А. Beernaert «La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme» (Revue trimestrielle des droits de l'homme. 2007. N 69. P. 90).

Огромное количество решений Суда построено на том аргументе (который иногда используется как основной, иногда как вспомогательный довод), что нарушения статьи 6 Конвенции не было потому, что заявитель сам отказался воспользоваться принадлежащим ему правом.

Конвенция, во всяком случае в контексте статьи 6, не должна защищать людей от их собственной небрежности или нерассудительности. Вместе с тем, как сказал английский юрист XIX века Дж. Стивен, «следует помнить, что большинство обвиняемых в совершении уголовных преступлений бедны, глупы и беспомощны»¹. На основании этого Суд не подходит к вопросу об отказе от права формально, а оценивает реалии уголовного расследования и призывает национальные власти относиться к обвиняемым так же.

Как многократно подчеркивает Суд (см., например, постановление по делу «*Colozza v. Italy*» от 12 февраля 1985 года), отказ от права должен быть выражен недвусмысленно. Более того, не от всякого права по Конвенции можно отказаться. Что касается получения и исследования доказательств, то в этой сфере именно обвиняемый решает, какие доказательства ему следует исследовать, представлять, оспаривать и какими способами это делать.

Отказ от права может быть заявлен как самим обвиняемым, так и его защитником. Даже если отказ от права привел в конечном счете к неблагоприятным последствиям для защиты, это не будет играть существенной роли в анализе Суда. Государство не может нести ответственность за каждую ошибку защитника, будь он адвокатом, выбранным самим заявителем, или адвокатом, предложенным государством в рамках программы правовой помощи («*Cuscani v. the United Kingdom*» от 24 сентября 2002 года). Любое иное решение противоречило бы принципу свободы адвокатской профессии (так как ответственность за действия адвоката обязывала бы государство вмешиваться в осуществление адвокатских функций). Перекаладывать на государство вину за бездействие защитника возможно, но при условии, что это бездействие и его вредность для защиты были очевидны и сам обвиняемый активно привлекал внимание судей к этому факту («*Daud v. Portugal*» от 21 апреля 1998 года). Впрочем, в контексте статьи 6

¹ Stephen J. History of the Criminal Law. [1883]. Цит. по: Lord Bingham of Cornhill. The Barnett Lecture at Toynbee Hall, 11 June 1998. URL: http://www.judiciary.gov.uk/publications_media/speeches/pre_2004/barnett_110698.htm#en16

не так уж много ситуаций, в которых государство не должно принимать отказ от права, принадлежащего обвиняемому.

Чаще всего отказ от права касается какого-то отдельного правомочия, например права допросить свидетеля обвинения. Вместе с тем законодательство ряда стран предусматривает упрощенные формы судопроизводства, которые являются, по сути, общим отказом от целого ряда прав, гарантированных Конвенцией. Эта процедура описана в разделе X УПК РФ, посвященном особому порядку уголовного судопроизводства (в котором процедура проходит в укороченном порядке при условии признания подсудимым справедливости обвинительного заключения). Представляется, что в таких случаях Европейский суд будет оценивать также степень информированности заявителя о последствиях его решения и добровольности этого решения, т.е. исходить из тех же стандартов, что заложены в статье 314 УПК.

Наибольшую сложность представляет собой «молчаливый» отказ от права. В практике Суда нередки ситуации, когда обвиняемый при рассмотрении его дела в национальных судах не заявил о том, что ему не нужен адвокат, не отказался вызывать дополнительных свидетелей или не попросил больше времени на подготовку защиты. Однако его молчание по этому вопросу может быть истолковано как отказ от права. В этом смысле требование «недвусмысленности» отказа не следует понимать слишком буквально. Так, например, согласие заявителя заслушать письменные показания не явившегося по болезни свидетеля было расценено Судом как отказ от права («*Ozerov v. Russia*» от 3 ноября 2005 года).

Европейский суд требует, чтобы отказ от права был основан на более или менее адекватном понимании заявителем последствий этого шага. Поэтому ЕСПЧ скорее примет добровольный отказ от права со стороны заявителя, представленного адвокатом (который может дать своему подзащитному соответствующие разъяснения), чем со стороны заявителя, у которого нет адвоката. Например, если заявитель попросил дать ему адвоката на первом допросе и адвокат ему предоставлен не был, то заявитель не может считаться отказавшимся от помощи адвоката даже в том случае, если он продолжал отвечать на вопросы следователя без участия адвоката («*Talat Tunç v. Turkey*» от 27 марта 2007 года и «*Jones v. the United Kingdom*» от 9 сентября 2003 года).

К отказу от права можно приравнять запоздалую попытку воспользоваться правом. Так, в деле «*Bracci v. Italy*» (постанов-

ление от 13 октября 2005 года) заявителя обвиняли в насильственных действиях сексуального характера. По словам жертвы, на ее одежде остались следы спермы насильника, однако полиция не стала проводить сравнительный анализ ДНК спермы с ДНК подсудимого. В ходе судебного разбирательства в суде первой инстанции подсудимый не ставил вопрос о необходимости этого действия, однако в кассационной жалобе потребовал такой анализ провести. Кассационный суд отказал ему в этом, сославшись на то, что он (кассационный суд), как правило, не прибегает к непосредственному исследованию новых доказательств, а если это и делается, то только в исключительных обстоятельствах, когда судья приходит к выводу, что рассмотреть жалобу, основываясь на материалах дела, собранных судом первой инстанции, совершенно невозможно. Иначе говоря, попытка заявителя реализовать свое право была запоздалой и не отвечала особенностям той стадии процедуры, на которой была предпринята. В такой ситуации Европейский суд согласился с итальянскими властями и решил, что отказ заявителю в проведении анализа не нарушает его права на справедливое судебное разбирательство.

В деле «*Solakov v. The former Yugoslav Republic of Macedonia*» (постановление от 31 октября 2001 года) Суд, рассматривая вопрос о невызове свидетелей защиты (которые жили за границей) в слушание, отметил, что у заявителя была возможность потребовать их вызова на предварительном следствии и в стадии изучения доказательств в суде. Однако адвокат заявителя подал ходатайство о вызове в самый последний момент, за день до того, как суд вынес приговор. Македонское право не препятствовало формально заявлению такого ходатайства на поздних этапах судебного разбирательства (в отличие от итальянского права в деле «*Bracci*»), однако Европейский суд отметил эту особенность дела и пришел к выводу об отсутствии нарушения статьи 6, § 3 (d), Конвенции. Суд не использовал это в качестве единственного аргумента, поэтому из македонского дела сложно сделать вывод, что запоздалое ходатайство будет всегда иметь такой эффект. Возможны ситуации, когда до самого последнего момента не ясно, стоит или нет заслушивать нового свидетеля. Тем не менее поведение защиты по этому вопросу в национальном судопроизводстве может убедить Суд в том, что свидетель не был действитель-

но нужен и решение национального суда не вызывать его было обоснованным¹.

Что делать, если правом воспользовался обвиняемый заявитель, а не он сам? Следует ли такую ситуацию рассматривать как отказ от права? Представляется, что ответ зависит от того, в какой момент обвиняемым было заявлено соответствующее ходатайство. Если у обвиняемого было какое-то время для заявления ходатайства и в течение этого времени аналогичное ходатайство его обвиняемого было отклонено, то очевидно, что заявителю не имело смысла обращаться с таким же ходатайством, поскольку возможный результат его рассмотрения был заранее известен. Однако если у заявителя была единственная возможность для того, чтобы воспользоваться правом, но он им не воспользовался (в то время как обвиняемый соответствующее ходатайство заявил), то можно заключить, что заявитель добровольно отказался от своего права.

На этом позволим себе завершить исследование общих подходов Европейского суда к применению требований статьи 6 Конвенции в сфере доказывания и перейти к «особенной части» доказательственного права в юриспруденции Суда, а именно к исследованию отдельных ситуаций, связанных с получением и использованием доказательств.

¹ Дело «*Solakov*» интересно сравнить с делом «*Polyakov v. Russia*» (постановление от 29 января 2009 года), в котором российское правительство указывало на то, что заявитель мог потребовать допроса дополнительного свидетеля на предварительном следствии, но не сделал этого. Суд отметил, что национальное право не препятствовало подсудимому заявлять подобного рода ходатайства на стадии судебного разбирательства, что он многократно делал. Суд заключил, что заявитель попытался воспользоваться своим правом и, даже притом что он не заявил возражений при переходе от стадии судебного следствия к прениям, это не значит, что он отказался от вызова свидетеля, на котором настаивал ранее. Очевидно, что любой обвиняемый, знающий о существовании свидетеля, который может доказать его алиби, будет с самого начала следствия добиваться его допроса. Ждать начала судебного разбирательства и испытывать на себе всю тяжесть уголовного преследования в таких обстоятельствах будет только тот, кто по каким-то причинам не доверяет следователю, не знает о существовании такого свидетеля и т.п. В конце концов, это может быть просто уловкой в руках преступника, который хочет затянуть процесс или запутать суд. Однако, как мы видим, Европейский суд в российском деле предпочел рассуждать более формально: если в законодательстве нет запрета на вызов свидетелей защиты в суд и не требуется, чтобы это ходатайство сперва было заявлено на следствии, суд должен как минимум рассмотреть его. Представляется, что в этом смысле российское дело более благоприятно для защиты, чем македонское, процитированное выше.

§ 2. ПРЕЗУМПЦИЯ НЕВИНОВНОСТИ И ДОКАЗЫВАНИЕ

Значительная часть практики Европейского суда о доказательствах касается информации, полученной от самого обвиняемого. Поэтому логично начать с изучения гарантий, которыми пользуется сам обвиняемый в ходе уголовного процесса, и прежде всего с презумпции невиновности, о которой говорит статья 6, § 2.

Гарантии и правовые последствия, вытекающие из презумпции невиновности

Презумпция невиновности — очень многогранный правовой институт. По сути, это не одна гарантия, а букет из нескольких отдельных гарантий, в основном процессуального свойства. Прежде всего, из презумпции невиновности можно вывести право не свидетельствовать против самого себя (подобнее см. § 3 настоящей главы). Перечислим и другие аспекты презумпции невиновности, которые требуют рассмотрения (со ссылками на соответствующие нормы российского законодательства):

- определенный стандарт доказывания, в странах англосаксонского права называемый иногда стандартом «вне разумного сомнения»; в российском праве этот стандарт доказывания формулируется как «толкование сомнений в пользу обвиняемого», *in dubio pro reo* (статья 49, ч. 3, Конституции; статья 15, ч. 3, УПК РФ);
- право обвиняемого не доказывать свою вину, а выбрать молчаливую защиту¹, предоставив прокуратуре возможность доказать обвинение, т.е. возложение бремени доказывания на сторону обвинения² (статья 49, ч. 2, и статья 51, ч. 1, Конституции; статья 14, ч. 2, УПК РФ);
- публичное признание невиновности лица до того момента, пока это лицо не будет осуждено компетентным судом; обязанность официальных лиц воздерживаться от

¹ Право обвиняемого не давать показания рассматривается в разделе, посвященном допустимости доказательств.

² *Обвинение* (или *сторона обвинения*) — этот термин употребляется применительно ко всем органам уголовного преследования, как следственным, так и поддерживающим обвинение в суде. Иногда в этом же смысле употребляется термин «полиция» или «правоохранительные органы».

инкриминирующих высказываний и оценок (статья 49, ч. 1, Конституции; статья 14, ч. 1 УПК РФ);

- невозможность для государства использовать другие, не уголовные процедуры для того, чтобы добиться признания вины в совершении преступления и/или наложения взыскания, сопоставимого с уголовным наказанием;
- недопустимость обвинительного уклона в работе судей (статья 15, ч. 3, УПК РФ).

Многие из перечисленных гарантий переплетаются друг с другом. Более того, презумпцию невиновности возможно представить как частный аспект требования справедливого судебного разбирательства или даже как проявление принципа верховенства права. Об этой связи Суд, например, высказался в деле «*Salabiaku v. France*» (постановление от 7 октября 1988 года). Конкретизировать аспекты презумпции невиновности можно при желании и дальше. Мы остановимся только на тех ситуациях, которые возникали в практике Комиссии и Суда.

1. Сфера действия статьи 6, § 2: понятие «виновности» и «уголовного наказания»

Применение презумпции невиновности не только к обвиняемому по возбужденному уголовному делу

Статья 6, § 2, Конвенции гарантирует презумпцию невиновности «каждому, обвиненному в совершении преступления». Суд придерживается широкого толкования текста Конвенции в данном вопросе, относя эту презумпцию не только к обвиняемым¹. При определенных условиях статья 6, § 2, может быть применена и к ситуациям, возникшим до или после окончания уголовного процесса, или вообще вне его, например когда выводы о виновности лица в совершении преступления содержатся в решении суда по гражданскому делу. Иначе говоря, субъектом права по статье 6, § 2, может быть не только «обвиняемый» и даже не только обвиненный. В этом смысле презумпция невиновности — это гарантия, весьма отличная по своей сути от гарантий справедливого судебного разбирательства, закрепленных в § 1

¹ См.: Trechsel S. The human rights in Criminal Proceedings. Oxford : Oxford University Press, 2005. P. 154—155.

и 3 той же статьи 6. Большинство положений данной статьи не могут применяться вне уголовного процесса. Пока заявитель не осужден, преждевременно даже ставить вопрос о нарушении большинства гарантий статьи 6, за исключением двух: гарантии разумного срока судебного разбирательства и гарантии презумпции невиновности. Итак, первый вывод — презумпция невиновности существует и вне контекста формально возбужденного уголовного дела.

Однако нарушение презумпции невиновности предполагает наступление определенных последствий для субъекта права — жертвы такого нарушения. Последствий по своей сути уголовно-правовых. Для того чтобы сослаться на нарушение статьи 6, § 2, заявитель должен продемонстрировать, что (1) его признали виновным в уголовно-правовом смысле и/или (2) его подвергли наказанию, которое является уголовным по своей сути. Любого из этих событий достаточно, чтобы сослаться на нарушение статьи 6, § 2. При этом, естественно, статья 6, § 2, тем более будет применима и к ситуациям, когда лицо одновременно и признано виновным в уголовно-правовом смысле, и наказано уголовной санкцией. (Следует отметить, что в ряде дел отсутствие уголовной санкции рассматривалось Судом как фактор, выводящий ситуацию за пределы статьи 6, § 2. Далее мы рассмотрим два таких дела, «*Ringvold v. Norway*» от 11 февраля 2003 года и «*M.C. v. the United Kingdom*» от 7 октября 1987 года.)

*Автономные понятия «виновности»
и «уголовного наказания»*

Понятия «виновности» и «уголовного наказания» являются автономными понятиями Конвенции. Иначе говоря, содержание этих понятий определяет сам Суд. Естественно, квалификация деяния или санкции как «уголовных» в национальном праве учитывается Судом, но это не единственный критерий. Если бы Суд слепо следовал за квалификацией деяния, данной национальным правом («внутренней» квалификацией), государства — участники Конвенции могли бы с легкостью избегать контроля Суда, выводя определенные ситуации из-под действия своего уголовного закона и называя их «дисциплинарными», «административными» или даже «гражданскими».

Критерии, по которым Суд может отнести ситуацию к сфере действия уголовного права, были закреплены в деле «*Engel*

and Others v. the Netherlands» (постановление от 8 июня 1976 года) и развиты в ряде последующих дел. Суд в таких делах смотрит, во-первых, на внутреннюю квалификацию деяния, во-вторых, на природу правонарушения и, в-третьих, на природу и степень суровости наказания. Отметим в этой связи, что если наказанием за деяние является лишение свободы (даже относительно кратковременное), то в глазах Суда и деяние, и сопутствующее ему наказание становятся почти автоматически «уголовными» («*Menesheva v. Russia*», постановление от 9 марта 2006 года). Однако это не единственный критерий — чрезвычайно серьезные штрафные санкции за неуплату налогов могут также заставить Суд квалифицировать ситуацию как «уголовно-правовую» по своей сути («*Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden*» от 23 июля 2002 года).

И последнее. Европейскому суду не всегда просто интерпретировать выводы внутренних судов. Следует ли при этом учитывать только резолютивную часть национального судебного решения или надо принимать во внимание также и мотивировку? От ответа на этот вопрос зависит, был ли заявитель объявлен виновным в уголовно-правовом смысле или нет. В деле «*Adolf v. Austria*» (постановление от 26 марта 1982 года) Суд руководствовался вторым подходом, указав, что судебное решение должно читаться целиком и резолютивная часть решения должна трактоваться с учетом мотивировочной. Однако и мотивировка и выводы внутренних судов должны интерпретироваться в свете внутреннего права. В этом деле заявитель причинил легкие телесные повреждения жертве, но настолько легкие, что австрийские суды закрыли дело за незначительностью преступления. В мотивировочной части этого решения суды все-таки установили факт причинения повреждений (царапины). Заявитель утверждал, что таким образом его все-таки признали виновным в совершении преступления, однако Суд с ним не согласился. Закон позволял декриминализировать деяния, «похожие» на преступления, но очень малозначительные, и австрийские суды (в частности, апелляционный суд) четко указали на то, что действия заявителя не должны рассматриваться как «преступление». Соответственно, в свете таких положений закона выводы австрийского суда об обстоятельствах дела не должны были рассматриваться как выводы об уголовно-правовой виновности. Однако, как показывает анализ многих других дел, в частности дела «*Öztürk v. Germany*» от 21 февраля 1984 года, декриминализация какого-то

деяния не выводит автоматически его из сферы действия статьи 6 Конвенции в ее уголовно-правовом аспекте.

Итак, статья 6, § 2, применяется не только к обвиняемым, подозреваемым и т.д., но и к субъектам иных правоотношений, в которых есть уголовно-правовой элемент.

2. Установление виновности «в соответствии с законом».

Стандарт и бремя доказывания. *Nulla crimen sine culpa*¹

Статья 6, § 2, упоминает, что виновность лица должна быть установлена «в соответствии с законом». Эту фразу некоторые понимают как устанавливающую требование «процессуальной законности» (в дополнение к «материально-правовой законности», которую закрепляет статья 7 Конвенции, — *nulla crimen sine lege*²). Такое толкование, однако, не нашло подтверждения в практике Европейского суда и Комиссии. Не всякая незаконность является несправедливостью в смысле статьи 6, § 1, — незаконность тех или иных процессуальных действий не ведет к нарушению статьи 6 до тех пор, пока она не нарушает других, закрепленных в данной статье принципов справедливого судопроизводства.

Следующим проявлением презумпции невиновности является требование, чтобы виновность доказывалась по определенному, достаточно высокому стандарту.

*Отсутствие единства в терминологии,
определяющей достаточную степень уверенности
в виновности – понятие стандарта доказанности*

Вопрос о стандарте доказанности (виновности в преступлении) — один из самых сложных в практике Европейского суда. Заявители в жалобах в Суд часто утверждают, что в их деле выводы суда об их виновности не соответствуют стандарту доказанности «вне разумных сомнений», т.е., по их мнению, их вина вообще не была доказана или не была подтверждена достаточными доказательствами, чем, соответственно, нарушена презумпция невиновности. Такого рода жалобы часто выражены в словах «я осужден за преступление, которого не совершал».

¹ Нет преступления без вины (*лат.*).

² Нет преступления без закона (*лат.*).

Большинство подобных жалоб обречены на неудачу. Во-первых, в странах Европы нет единства в определении стандарта доказанности (или стандарта доказывания, существует и такая разновидность этого термина) по уголовным делам. Во всяком случае, нет единства в терминологии, употребляемой в разных странах для определения той степени уверенности, которая позволяет судье сделать вывод о виновности лица; соответственно, очень трудно вывести некий общий стандарт, применимый в равной степени ко всем странам. Во-вторых, поскольку речь идет о субъективной убежденности судьи в виновности, дать четкое определение стандарта доказанности сложно. Какие сомнения считать «разумными»? Любая попытка описать, формализовать умственную деятельность судьи в этой сфере была бы обречена на неудачу: о стандарте доказанности можно говорить лишь приблизительно, в общих чертах, в остальном полагаясь на усмотрение судей, что Европейский суд и делает.

Русский процессуалист С.В. Познышев писал: «Оценка доказательств есть внутренний психический процесс, не поддающийся постороннему наблюдению. Судья может поступить недобросовестно. Но современный законодатель обставляет получение судейского места и деятельность судьи такими условиями, при которых такая недобросовестность может быть лишь редким исключением. Притом, от нее не застрахована никакая система доказательств. Законодатель должен доверять судье»¹. И далее: «Судебная достоверность не есть та безусловная достоверность, которую иногда называют математической. Она есть достоверность, доступная эмпирическим и историческим исследованиям, достоверность практическая... Работа судьи во многом сходна с работой историка: оба по оставшимся следам должны восстанавливать картину прошедших событий. Но ученый может подождать делать окончательный вывод: он может признать, что при настоящем состоянии знаний нельзя сделать точного вывода. Судья же должен решить Дело»².

Европейский суд оставляет национальным судам максимальную свободу усмотрения в решении вопроса о доказанно-

¹ Познышев С.В. Элементарный учебник уголовного процесса. М. : Изд. Лемана, 1913. С. 50.

² Там же. С. 182.

сти какого-либо факта, о наличии или отсутствии «разумных сомнений».

3. Презумпции факта в судебных решениях

Можно выделить определенный круг дел, в которых Европейский суд занимался вопросами «доказанности» или «недоказанности». Эти дела касаются фактических презумпций, существующих во многих правовых системах Европы.

Как справедливо заметил один американский автор¹, почти в любом судебном процессе судья встречается с необходимостью устанавливать факты посредством умозаключений, опираясь на другие факты. Такого рода умозаключения, выводы можно назвать презумпциями факта. Они основываются на простом человеческом опыте, позволяющем предположить, что часто встречающиеся взаимосвязи между фактами имеют место и в конкретном случае — невозможно познавать действительность, не пользуясь постоянно теми или иными презумпциями. Например, если автоматический радар сфотографировал номер чужей-то машины, едущей с превышением скорости, и никто не заявлял об угоне этой машины, можно предположить что за рулем был ее владелец. Или другой пример: если в личном багаже авиапассажира нашли наркотики, логично предположить, что они принадлежат ему, а не были подброшены туда в пути кем-то другим.

*Презумпция невиновности как основание
для отказа от фактических презумпций в доказывании
по конкретным делам. Бремя доказывания*

Возникает вопрос — соответствует ли принципу презумпции невиновности применение таких фактических презумпций в ходе доказывания.

Так, в деле «*Telfner v. Austria*» (постановление от 20 марта 2001 года), в котором заявителя признали виновным в наезде на пешехода, приговор основывался на двух доказательствах: принадлежащая заявителю машина совершила наезд на пешехода и в тот момент его (заявителя) не было дома. Из этого по-

¹ См.: Lilly G. C. Principles of Evidence. Thomson and West, 2006. P. 392.

лиция заключила, что за рулем был сам заявитель — владелец машины. Заявитель в суде сказал, что не управлял машиной в тот вечер, но отказался давать более подробные показания и сообщить, кто был за рулем его автомобиля. Австрийские суды отдельно отметили, что заявителю, если не он был за рулем этой машины, ничего не стоило объяснить, где он был и что делал в момент наезда, но он этого не сделал. Иначе говоря, австрийские суды действовали на основании фактической презумпции и переложили бремя опровержения этой презумпции на обвиняемого.

Европейский суд, рассматривая дело, решил, что приговор нельзя было строить на молчании заявителя (отметив вместе с тем, что «презумпции закона» и «презумпции факта» допускаются Конвенцией — об этом см. ниже). ЕСПЧ согласился, что внутренние суды могут делать выводы из отсутствия вразумительных объяснений со стороны заявителя по поводу предъявленных ему обвинений и ввиду серьезных доказательств, эти обвинения подтверждающих, однако такого рода выводы должны соответствовать здравому смыслу (*common-sense inferences*). В данном случае, по мнению Суда, нельзя было из того факта, что машиной обычно пользуется заявитель и его не было дома в момент ДТП, делать вывод о том, что он был за рулем. Кроме того, в этом деле были различные доказательства того, что заявитель не был единственным членом семьи, который пользовался машиной. В таких условиях нельзя было требовать от заявителя представить его собственную версию событий и основывать выводы о его виновности на его молчании и на умозаключениях. Следовательно, приговором была нарушена статья 6, § 2, Конвенции.

Вопрос о применении фактических презумпций при доказывании часто пересекается с вопросом о праве не свидетельствовать против самого себя. Если приговор основан на совокупности косвенных доказательств вины обвиняемого, это можно представить как нарушение презумпции невиновности по статье 6, § 2, Конвенции (поскольку не достигнут стандарт доказанности виновности «вне разумного сомнения») либо как перемещение бремени доказывания на подозреваемого и, следовательно, как нарушение права не свидетельствовать против себя (нарушение статьи 6, § 1, Конвенции).

*Бремя доказывания и нарушение права
не свидетельствовать против себя*

В качестве примера второго подхода можно привести дело «*John Murray v. the United Kingdom*» (постановление от 8 февраля 1996 года). В этом деле заявителя осудили в том числе и со ссылкой на то, что он не смог объяснить, как оказался на месте преступления в очень подозрительных обстоятельствах. Британские суды использовали молчание подозреваемого как аргумент, подтверждающий его виновность. Такого рода правовая конструкция, в принципе, может рассматриваться как принуждение к даче показаний. Поэтому заявитель в жалобе в Европейский суд ссылался на нарушение двух положений Конвенции: права не свидетельствовать против себя и права на правовую помощь при первых допросах.

Европейский суд, анализируя ситуацию заявителя, учитывал многие факторы. Он отметил, что право на молчание не является абсолютным. Если обвиняемый оказался в подозрительной ситуации, которая очевидно требует объяснения, можно потребовать у него такое объяснение. ЕСПЧ отдельно отметил, что в тех странах, где существует правило свободной оценки доказательств, суды могут принимать во внимание самые разные факторы, в том числе поведение свидетеля или подозреваемого в ходе процесса.

Суд далее оценил «степень принуждения» к даче показаний, существовавшую в британском праве. Заявитель мог хранить молчание и не нес уголовной или какой-то иной ответственности собственно за отказ отвечать на вопросы (в отличие, например, от дела «*Funke v. France*» от 25 февраля 1993 года, где уголовный кодекс предусматривал ответственность за отказ предоставлять информацию, которая в последующем могла быть использована против заявителя). «Принуждение» состояло лишь в том, что суд мог истолковать молчание обвиняемого неблагоприятным для него способом.

Кроме того, британские суды не использовали молчание заявителя как основной аргумент. Против заявителя существовали очень серьезные улики (что было отдельно отмечено британским апелляционным судом). Судья не мог делать никаких выводов из молчания заявителя иначе как в тех случаях, когда на этот счет в законе были прямые и очень подробные указания (т.е. «презумпция» была подробно описана в законе как допустимое исключение из правила). Подозреваемому в этом деле были объ-

яснены последствия его молчания, и тем не менее он предпочел молчать. Британский суд задался вопросом, осознавал ли подозреваемый последствия выбранной им линии защиты, и пришел к выводу, что осознавал. В таких условиях суд имел все основания прийти к выводу, что, если бы у заявителя было что сказать в ответ на выдвинутые против него обвинения, он сказал бы об этом либо на следствии, либо в суде. Таким образом, не было признано ни нарушение права обвиняемого не свидетельствовать против самого себя, ни нарушение презумпции невиновности.

4. Действие презумпции невиновности и подтверждение вины вне уголовного судопроизводства

Одним из проявлений принципа презумпции невиновности является запрет устанавливать виновность и налагать уголовное наказание иначе как в рамках уголовной процедуры. Практика Европейского суда знает две основные ситуации, в которых вопрос о презумпции невиновности может возникнуть вне рамок уголовного процесса. Во-первых, это дела о гражданской ответственности бывшего подозреваемого или обвиняемого за акт, который, даже при отсутствии оснований для привлечения лица к уголовно-правовой ответственности, может составлять гражданский деликт. В этом случае бывший подсудимый выступает чаще всего гражданским ответчиком по делу. Во-вторых, это дела о компенсации за незаконное привлечение к уголовной ответственности. В данном случае истцом чаще всего выступает бывший подозреваемый или обвиняемый (хотя возможны и обратные ситуации — см. ниже).

Недоказанное преступление и доказанный гражданский деликт

Во многих странах (в том числе и в России) стандарт доказывания по уголовным делам отличается от стандарта доказывания по гражданским спорам. В Англии и некоторых других странах англосаксонской правовой семьи к уголовным делам применяется стандарт доказывания вне разумного сомнения (*beyond reasonable doubt*). К гражданским же делам применяется стандарт большей убедительности (*on the balance of probabilities*, или, в терминах американского права, *preponderance of evidence*), т.е. факт

устанавливается на основании того, какая версия, исходя из доказательств, выглядит более убедительной. В гражданском процессе презумпция невиновности не действует и лицо вынуждено доказать свою невиновность¹.

В результате сосуществования двух стандартов доказывания может возникнуть парадоксальная, на первый взгляд, ситуация: лицо оправдано в уголовном процессе за недостаточностью доказательств, но проигрывает в гражданском при тех же доказательствах, потому что не смогло доказать свою невиновность, а аргументы истца звучали убедительнее².

Действительно, одни и те же факты часто составляют основу и уголовного преступления, и гражданского деликта. Уголовно-правовая виновность может быть установлена только приговором, влекущим определенные санкции. В силу особой серьезности этих санкций уголовное обвинение предполагает специальный статус и повышенную защиту для обвиняемого. Когда риск столкнуться с уголовным наказанием отсутствует, нет необходимости и в этом специальном статусе для «ответчика», и в повышенном стандарте доказывания претензий к нему.

В то же время презумпция невиновности включает в себя не только защиту от уголовного наказания без приговора, но и защиту от «объявления виновным» без приговора (даже если уголовного наказания не последует). Презумпция невиновности имеет, так сказать, репутационную составляющую, поэтому возникает вопрос: можно ли рассматривать гражданские дела (например, о гражданских деликтах, граничащих с уголовными преступлениями) и вместе с тем не делать заявлений, которые могут быть расценены как «объявление виновным» в уголовно-правовом смысле?

¹ Разница между уголовным и гражданским стандартами существенная. Наверное, соотношение этих двух стандартов можно (хотя и очень условно) сравнить с двумя типами избирательных систем: в первой победитель определяется по абсолютному большинству голосов всех зарегистрированных избирателей, а во второй победитель должен лишь получить относительное большинство голосов избирателей, явившихся на избирательный участок. Обе системы имеют право на существование, но первая значительно надежнее, чем вторая, отражает общественные предпочтения. Вместе с тем по практическим соображениям ее применение может быть нецелесообразно в каких-то условиях (например, при высоком абсентеизме избирателей).

² Эта ситуация, например, возникла в известном американском процессе по делу О. J. Simpson, репортажи о котором были в российских средствах массовой информации.

*Недоказанное преступление
и дисциплинарное производство*

Начнем с рассмотрения относительно простого случая — дела «X. v. Austria» (постановление от 6 октября 1982 года).

Здесь фактический контекст уголовного дела и связанного с ним дисциплинарного производства не были, строго говоря, идентичными. Заявитель работал учителем. Он пригласил одного из учеников к себе домой. Ученик принес с собой наркотики, принял их, после чего спрыгнул с крыши дома и разбился насмерть. Учителя обвинили в том, что он дал наркотики подростку и оставил его одного в опасном состоянии наркотического опьянения. Однако в ходе процесса доказать это не удалось — напротив, суд решил, что ученик действовал втайне от учителя и, более того, подсыпал часть наркотиков тому в кофе. Тем не менее из школы этот учитель был уволен.

Европейская комиссия, анализируя это дело, заметила следующее. Австрийский суд, рассматривавший гражданское (дисциплинарное) дело, был связан выводами уголовного суда о том, что заявитель не виновен в уголовно-правовом смысле. Однако это не мешало гражданскому суду сделать свои выводы о виновности лица в совершении гражданского деликта или дисциплинарного проступка. Выводы дисциплинарного суда основывались на поведении заявителя в целом, в том числе и на тех фактах, которые для уголовного суда не имели значения. Например, было установлено, что подросток уже предлагал своему учителю попробовать наркотики и учитель никак не прореагировал на это предложение. Такое безразличное отношение к поведению ученика не соответствовало профессиональным требованиям к учителю. Иначе говоря, не было полного совпадения фактической базы уголовного обвинения и дисциплинарной санкции (решения об увольнении). Более того, в той степени, в какой фактология уголовного и дисциплинарного дел совпадала, дисциплинарный суд полностью основывался на выводах уголовного суда, не противореча им, а, так сказать, придавая им иное звучание (в контексте соответствия поведения педагога служебным правилам и этике). В результате Европейская комиссия отклонила жалобу как необоснованную.

Рассмотренное выше дело относительно простое, так как здесь фактология уголовного и гражданского судопроизводства не совпадала полностью. Кроме того, доказанность какого-то события и доказанность уголовной ответственности за это событие

не одно и то же. Например, в этом деле было доказано (и суд положил этот факт в основу оправдательного приговора), что педагог действительно пригласил подростка к себе на квартиру для частной беседы. Сам этот факт мог быть расценен как нарушение кодекса поведения педагога, даже если из него и не следовала ответственность педагога за последующие события.

Следующая ситуация — в деле «*M. C. v. the United Kingdom*» (постановление от 7 октября 1987 года) — характеризовалась почти полной идентичностью фактов, лежавших в основе как обвинения, так и гражданского иска (или дисциплинарной процедуры).

Заявитель — уборщик в школе — был обвинен в краже одного фунта стерлингов (который был специально подложен администрацией школы на определенное место, чтобы узнать, кто в школе ворует). Его уволили, и решение об увольнении было подтверждено дисциплинарным судом. Однако в ходе расследования выяснилось, что доказать кражу очень сложно, так как доказательства были собраны неаккуратно и оказались малопригодными для уголовного процесса. Дело было закрыто с формулировкой *no case to answer* (это можно перевести как «не стоит и возиться»). Заявитель утверждал, что его увольнение нарушило презумпцию невиновности.

Европейская комиссия, рассматривая это дело, отметила следующее. Во-первых, приказ об увольнении, в котором упоминался факт кражи, был адресован лично заявителю и не был публичным. Во-вторых, последствия для заявителя не были уголовно-правовыми по сути: контракт с заявителем (который в шотландском праве рассматривался как обычный гражданско-правовой контракт) был прекращен, но не более того. Последующая процедура обжалования не закончилась также никакими выводами о виновности лица — суд всего лишь решал, имелись ли разумные основания прекратить контракт. В результате Комиссия решила, что ни решение об увольнении, ни последующие процедуры не нарушили презумпцию невиновности заявителя. В этом деле Комиссия опиралась на два аргумента: непубличность информации о вовлеченности заявителя в кражу и отсутствие уголовной санкции.

*Возможность рассмотрения с точки зрения презумпции
невиновности дел о компенсации в гражданском процессе*

В деле «*Ringvold v. Norway*» (постановление от 11 февраля 2003 года) заявителя оправдали по обвинению в развращении малолетних, но впоследствии сама жертва предполагаемого «раз-

вращения» обратилась с иском о возмещении ущерба и получила решение в свою пользу. Норвежские суды в деле о компенсации заметили, что их подход к делу основывается на стандарте «более убедительных доказательств», применив который они решили, что заявитель, «по всей вероятности», совершил акт растления.

Европейский суд не нашел нарушения статьи 6, § 2, в этом деле и даже решил, что статья 6, § 2, неприменима. При этом Суд обратил внимание на четыре аспекта этого дела. Во-первых, процедура, в которой рассматривался спор о компенсации, была гражданским процессом с точки зрения норвежского права. Во-вторых (и это, похоже, был решающий аргумент), по сути, т.е. вне зависимости от квалификации ситуации по национальному праву, это был гражданско-правовой спор (направленный на выплату компенсации, а не на наказание виновного). В-третьих, признание к выплате компенсации было не уголовной, а чисто гражданско-правовой санкцией, направленной не на наказание преступника, а на возмещение убытков и морального вреда жертвы. И наконец, в-четвертых, суд не пытался в решении о компенсации каким-либо образом оспорить предыдущий оправдательный приговор. В результате Суд пришел к выводу, что между основным уголовным процессом и делом о компенсации нет прямой связи и статья 6, § 2, не может, следовательно, быть применена к гражданскому процессу о компенсации.

Отличие дела «*Ringvold*» от предыдущих дел, рассмотренных Комиссией, состоит в том, что Суд, в отличие от Комиссии, вообще не стал рассматривать гражданское дело как подпадающее под статью 6, § 2, Конвенции. Иными словами, Комиссия по умолчанию предполагала, что статья 6, § 2, может быть применена к процедуре, не являющейся уголовной. В деле же «*Ringvold*» Суд определенно заявил, что будет применять статью 6, § 2, только к такой процедуре, которая по своей сути является уголовной и в которой суд делает выводы об уголовно-правовой виновности подсудимого.

Как справедливо замечает Ш. Трехсель, гарантия презумпции невиновности должна распространяться на всех, даже на лиц, не вовлеченных в уголовную процедуру¹. Ссылка на «уголовное обвинение», в рамках которого применяется принцип презумпции невиновности, подчеркивает особую уязвимость положения обвиняемого и указывает на то, что органы государственного пре-

¹ См.: Trechsel S. The human rights in Criminal Proceedings. Oxford : Oxford University Press, 2005. P. 156.

следования не должны рассматривать его как заранее виновного. Но тем более, продолжает автор, «эта презумпция должна действовать в отношении лиц, которые не являются (или еще не являются, или уже не являются) обвиняемыми в уголовном деле».

С этой точки зрения тот факт, что процедура, которую рассматривал Суд, не была «уголовной» по сути, не лишает лицо защиты статьи 6, § 2. Возможно, статья 6, § 2, не была нарушена в деле «*Ringvold*» (и мы склонны согласиться с таким выводом), но она была применима¹.

Казалось бы, это дело поставило точку в спорах о том, может ли быть удовлетворен гражданский иск в отношении оправданного лица, если основания иска и основания обвинения совпадают. Однако Суд внес коррективы в свою позицию в делах «*Y. v. Norway*» (постановление от 11 февраля 2003 года) и «*Orr v. Norway*» (постановление от 15 мая 2008 года). Решение по второму делу является лучшей иллюстрацией позиции Суда в этих вопросах.

Факты дела «*Orr*» очень похожи на «*Ringvold*», с той только разницей, что в первом норвежские суды имели неосторожность описать в решении по гражданскому делу «природу сексуальных контактов [оправданного заявителя с жертвой], понимание заявителем того, что половой акт не добровольный, уровень насилия с помощью которого заявитель действовал, и его умысел в этой связи» (§ 51). Иначе говоря, продолжил Европейский суд, выводы суда по гражданскому делу покрывали почти полностью все необходимые элементы уголовного состава изнасилования, объективные и субъективные. В результате, заключил Европейский суд, норвежские суды преступили границы того, что дозволено в гражданском процессе, и вторглись в область уголовно-правовую. В этом деле Суд, соответственно, нашел нарушение статьи 6, § 2, Конвенции (и, естественно, признал ее применимость).

Позиция Европейского суда в деле «*Orr*» отличается от его подхода к делу «*Ringvold*». Как справедливо замечает С. Найсмит, «трудно понять, как статья 6, § 2, которая в принципе не при-

¹ Есть некоторые основания ставить в таких делах знак равенства между применимостью и нарушением. Если в результате гражданско-правового по сути процесса делается вывод о совершении уголовно-правового преступления (применимость), неизбежно нарушение каких-то прав ответчика как «обвиняемого» (так как в статусе ответчика у него не будет, хотя бы формально, таких же прав, как если бы он был обвиняемым). В то же время, на наш взгляд, автоматизма здесь нет, так как гражданский процесс может, в принципе, соответствовать требованиям уголовного, хотя бы по факту.

менима к гражданской процедуре, становится вдруг применима только потому, что гражданский суд предположительно сделал какие-то неподобающие заявления в своем решении. <...> Применимость более не зависит от сути процедуры, но от семантики и языковых нюансов»¹.

Действительно, подход, который в вопросе о применимости статьи Конвенции основывается прежде всего на подборе слов и даже интонации текста национальных решений, весьма непредсказуем. Более того, его трудно принять в принципе. И в деле «Ringvold», и в деле «Orr» вопросы, решаемые гражданским судом, по сути, были идентичны вопросам, разрешенным в уголовном судопроизводстве, — разница была лишь в стандарте доказывания.

Современный подход Европейского суда можно сформулировать следующим образом. Лицо может быть оправдано в уголовном процессе за преступление, но затем проиграть гражданское дело по тем же самым фактам. В гражданском процессе стандарт доказывания будет ниже — это неизбежно. Однако в гражданском деле суды должны тщательно подбирать слова — так, чтобы их решение не читалось как отрицание оправдательного приговора. Иначе Суд может прийти к выводу о применимости и, более того, о нарушении статьи 6 Конвенции.

5. Нарушение презумпции невиновности при решении вопросов о судебных расходах и компенсации за ущерб, причиненный уголовным преследованием

Отдельную группу составляют дела, в которых заявитель пытался взыскать с государства ущерб, причиненный уголовным преследованием, или в которых с заявителя взыскивались судебные расходы по уголовному делу.

Прекращение дела и судебные расходы

В деле «*Minelli v. Switzerland*» (постановление от 25 марта 1983 года) уголовное преследование заявителя по делу о клевете было прекращено за истечением сроков давности. Тем не менее,

¹ Naismith S. “Conviction in disguise”: the presumption of innocence outwith the context of a criminal trial // Human Rights and UK Practice. 2003. Vol. 4. Issue 1. P. 11.

закрывая дело, швейцарский суд постановил возложить на заявителя часть судебных расходов. Ссылаясь на аналогичные дела, суд решил, что заявитель, скорее всего, был бы осужден, если бы сроки не истекли. Европейский суд единогласным решением признал, что такая практика нарушает презумпцию невиновности. Суд отметил, что нарушение презумпции невиновности «возможно даже тогда, когда нет никакого формального решения, достаточно лишь мотивировки, которая предполагает, что суд рассматривает лицо как виновное».

Интересно, что в деле «*Lutz v. Germany*» (постановление от 25 августа 1987 года) Европейский суд не нашел нарушения в очень похожих обстоятельствах. Дело против заявителя было прекращено по истечении сроков, но суды отказались возлагать на казну расходы заявителя на адвоката (распределив судебные расходы по принципу «каждая сторона платит за свои собственные расходы»).

Европейский суд отметил, что статья 6, § 2, не гарантирует права на возмещение судебных расходов в том случае, если уголовное преследование прекращено¹. Суд далее отметил, что отказ в возмещении расходов был обоснован наличием «серьезного подозрения» против заявителя. Интересно, что внутренние суды произнесли те же примерно слова, что и швейцарские суды в деле «*Minelli*», а именно что заявитель с большой долей вероятности был бы осужден, если бы не сроки давности. Однако Европейский суд в немецком деле истолковал эти слова не в соответствии с их прямым значением, а в контексте всего дела и законодательства, на которое ссылались судьи. Законодательство же говорило скорее о существовании серьезного подозрения против бывшего обвиняемого, нежели об установлении его виновности.

Более того, разница с делом «*Minelli*» состояла и в том, что в немецком деле на заявителя не возложили дополнительных расходов. Отказ в возмещении его собственных расходов Суд не счел «санкцией», которая приблизила бы ситуацию к ситуации «уголовного наказания» за преступление, которое не было надлежащим образом доказано. То есть заявитель не был наказан за недоказанное преступление — он лишь понес некоторые расходы. С. Найсмит отмечает, что различие между «*Minelli*» и «*Lutz*»

¹ Очень интересное заявление, особенно в свете того, что таким образом государство может разорить неудобного гражданина, предъявляя ему множество необоснованных обвинений и прекращая потом дела.

состоит в практических последствиях для заявителя: в одном случае на него возложили дополнительные расходы, а в другом отказались компенсировать его собственные¹.

*Оправдательный приговор, невозможность оставления
под подозрением и компенсация вреда*

Ситуация выглядит иначе в тех случаях, когда речь идет о полном оправдании заявителя. В деле «*Sekanina v. Austria*» (постановление от 25 августа 1993 года) суд присяжных оправдал заявителя, которого обвиняли в убийстве жены. Однако, когда заявитель обратился за компенсацией вреда, причиненного уголовным преследованием, суд отказал в такой компенсации, сославшись на то, что против заявителя существовало и продолжает существовать серьезное подозрение. Европейский суд в этом деле единогласно постановил, что презумпция невиновности нарушена, так как оправдательный вердикт суда присяжных не оставлял никаких сомнений в том, что заявитель невиновен.

В последующих делах Суду приходилось сталкиваться с менее очевидной ситуацией. В деле «*Asan Rushiti v. Austria*» (постановление от 21 марта 2000 года) заявитель был оправдан семью голосами против одного. Как следовало из протокола совещания коллегии присяжных, оправдание явилось следствием недостаточности улик. Другой австрийский суд, рассматривая вопрос о компенсации, отказал в ее выплате со ссылкой на неоднозначную формулировку в протоколе и голосование одного из присяжных. По мнению австрийского суда, эти материалы показывали, что подозрения против обвиняемого не были беспочвенными. Однако эта линия рассуждений не убедила Европейский суд, который нашел нарушение статьи 6, § 2, в этом деле. По мнению ЕСПЧ, у суда, решающего вопрос о компенсации, не было правомочия пересмотреть приговор по материала дела (чем, по сути, он занялся). Невиновен — значит невиновен, и никаких противоречащих этому высказываний быть не может. Этот подход был позже подтвержден в деле «*Hammern v. Norway*» (постановление от 11 февраля 2003 года).

Резюмируя, можно сказать, что оправдательный приговор (в отличие от прекращения дела по «нерабилитирующим» основаниям с различными формулировками) снимает вопрос о вино-

¹ См.: Naismith S. Op. cit. P. 5.

ности. Государство не может использовать гражданский процесс (с более низким стандартом доказывания виновности) для того, чтобы подвергнуть сомнению выводы уголовного процесса.

6. «Объявление» виновным до окончания уголовного дела

Процесс доказывания завершается приговором, до провозглашения которого вину подсудимого нельзя считать доказанной. Однако заявители часто жалуются в Европейский суд на то, что они были объявлены виновными на более ранних этапах уголовной процедуры. Рассмотрим несколько типичных жалоб такого рода.

Приговоры обвиняемым и их влияние на доказывание по последующим делам

В судебной практике, особенно по делам против членов преступных группировок, нередки случаи, когда дела нескольких обвиняемых рассматриваются не вместе, а отдельно. Чаще всего это необходимо для удобства процесса, например если объем обвинений очень разный по разным делам, иногда связано с тем, что кто-то из преступной группы пойман и предан суду, а остальные скрываются.

Возникает ситуация, в которой одни и те же факты рассматриваются в рамках двух разных процессов в отношении разных лиц. Очень часто выводы суда по первому процессу (тому, который рассмотрен раньше) определяют выводы суда по будущему процессу в отношении заявителя. Заявитель в таком случае может справедливо заметить, что решением по первому делу нарушена презумпция его невиновности, ибо в мотивировке первого решения на него указывается как на одного из сообщников осужденного — до того, как он в своем собственном деле был провозглашен «сообщником».

Государство может злоупотреблять такого рода процедурой, искусственно разделяя дела. Предположим, в первом деле обвиняемый идет на сделку со следствием и признает факты в том виде, в каком они были сформулированы прокуратурой. В том числе он признает и участие заявителя в инкриминируемых событиях. Вот другой пример: обвиняемый не представлен адвокатом или его адвокат неопытен. Ошибочная или пассивная

тактика защиты приводит к тому, что прокуратура с легкостью обосновывает свою позицию и суд принимает ее. Но другой подозреваемый не должен нести ответственность за ошибки или иные неудачные решения своего предполагаемого подельника: он не участвует в первом процессе и не в состоянии использовать принципиальные предоставленные ему для осуществления защиты права.

Очевидно, что в определенных ситуациях, связанных, например, с уклонением лица от следствия и суда, у последних должна быть возможность начать рассматривать дело в отношении как минимум тех лиц, обвинение по которым подготовлено.

В деле «*Gjerde v. Norway*» (постановление от 31 марта 1993 года) брат заявителя был осужден в Норвегии за контрабанду наркотиков. Решение суда первой инстанции было вынесено в форме вердикта присяжных и не содержало мотивировки. Однако апелляционный суд указал в своем решении, что инкриминируемые действия брат заявителя совершил совместно с заявителем. Сам заявитель в этом процессе не участвовал, так как сидел в испанской тюрьме в ожидании экстрадиции. Когда его все-таки выдали норвежским властям, был открыт новый процесс, уже против него самого. Норвежская прокуратура опиралась, в числе других материалов, и на решение по делу его брата. Суд приговорил заявителя, и в решении апелляционного суда была ссылка на предыдущее решение по делу брата. Заявитель утверждал, что таким образом была нарушена его презумпция невиновности.

Европейская комиссия, однако, сочла эту жалобу необоснованной. Комиссия отметила, что задачей первого процесса было определить виновность брата, а не самого заявителя. Даже если в первом процессе против брата были рассмотрены и приняты доказательства, свидетельствующие об участии заявителя в сделке с наркотиками, суд не объявил его формально виновным. Как видим, в этом деле Европейская комиссия также в большей степени основывалась на «языке» судебного постановления, чем на его сути.

Похожая ситуация была недавно рассмотрена в российском деле «*Miminoshvili v. Russia*» (постановление от 28 июня 2011 года). Надо отметить, что в этом деле Суд рассматривал не нарушение презумпции невиновности заявителя, а беспристрастность суда, рассматривавшего сначала первое, а затем второе идентичное дело. Обвиняемые в обоих делах были братьями, и оба участвовали в серии вымогательств. Европейский суд тщательно изучил

первый и второй приговоры, вынесенные судьей по этим делам, и отметил следующие аспекты:

- 1) первый приговор не называл заявителя ни исполнителем, ни сообщником преступлений, вмененных его брату;
- 2) первый приговор не содержал правовой квалификации действий заявителя;
- 3) все ссылки на действия заявителя в рамках группы вымогателей были описаны как часть показаний свидетелей, а не как выводы самого суда по фактам дела;
- 4) описание действий и роли заявителя не являлось обязательным условием для вынесения приговора брату;
- 5) выводы первого приговора в этой части не имели преюдициального значения в рамках второго процесса.

Суд отметил также, что судья, принимавший участие в обоих делах, был профессиональным судьей и, следовательно, был в состоянии правильно оценить свои собственные выводы в первом деле и рассмотреть второе дело как бы «заново». Несмотря на то что в данном случае жалоба заявителя была сформулирована по статье 6, § 1, представляется, что похожий анализ может быть применен и в делах по статье 6, § 2, Конвенции.

*Публичные заявления должностных лиц
о виновности заявителя*

Одна из распространенных в практике Европейского суда ситуаций, связанных с нарушением презумпции невиновности, — высказывания официальных лиц, в которых содержится безоговорочное признание вины подсудимого или подозреваемого.

Классическим делом в этой связи является «*Alenet de Ribemont v. France*» (постановление от 10 февраля 1995 года). В этом деле заявителя арестовали по подозрению в громком убийстве. В день его ареста министр внутренних дел, глава следственного департамента Парижа и глава криминального отряда полиции на пресс-конференции изложили обстоятельства дела и заявили, что виновные арестованы, преступление раскрыто, а заявитель был заказчиком преступления.

Европейский суд прежде всего изучил вопрос о применимости статьи 6, § 2. Суд отметил, что презумпция невиновности может быть затронута не только решениями внутренних судов, но и высказываниями официальных лиц. По сути вопроса Суд решил, что высказывания официальных лиц (которые к тому же

имели непосредственное отношение к расследованию дела) на пресс-конференции были слишком определенными и не оставляли сомнений в виновности заявителя. Полицейские чиновники не сделали никаких оговорок о том, что это лишь подозрение, и, таким образом, попытались воздействовать и на публику, и на судебные органы, рассматривающие дело.

Этот подход был впоследствии развит в ряде других дел. Так, в деле *«Daktaras v. Lithuania»* (постановление от 11 января 2000 года) Суд отметил, что в любой судебной процедуре неизбежно будут звучать слова, бросающие тень на подсудимого, выражающие подозрение в его виновности. Эти слова могут содержаться и в показаниях свидетелей по делу, и в обвинительной речи прокурора. Национальные суды не могут игнорировать свидетельские показания, даже обвинительного свойства, и могут воспроизводить их в своих решениях, не рискуя нарушить статью 6, § 2, Конвенции. Что касается заявлений органов уголовного преследования, их интерпретация зависит от контекста, в котором они сделаны. У правоохранительных органов есть право информировать публику о своих действиях и объяснять их со ссылкой на факты, оказавшиеся в распоряжении следствия. Более того, прокурор может выразить свою позицию в обвинительной речи о том, что вина подсудимого доказана совокупностью материалов, собранных на предварительном следствии. Однако до тех пор, пока эти высказывания выражают не уверенность, а только подозрение в совершении преступления, нарушения статьи 6, § 2, нет.

Из анализа этих дел следует, что подход Суда в значительной степени зависит от «интенсивности» обвинений, высказанных официальными лицами. Чем более определенно официальное лицо высказывается о виновности лица, тем больше риск нарушения статьи 6, § 2, поэтому так важен выбор слов и контекст высказываний при общении с прессой (см. постановление по делу *«Böhmer v. Germany»* от 3 октября 2002 года, а из числа российских дел можно вспомнить *«Khuzhin and Others v. Russia»* от 23 октября 2008 года, *«Mokhov v. Russia»* от 4 марта 2010 года).

Вместе с тем эту практику нельзя доводить до абсурда. В деле *«Khaydarov v. Russia»* (постановление от 20 мая 2010 года) Суд оценивал содержание решения об экстрадиции с точки зрения статьи 6, § 2, Конвенции. В этом решении российская прокуратура, характеризуя запрос об экстрадиции, заметила, что «действия г-на Хайдарова являются наказуемыми с точки зрения российского уголовного закона и соответствуют статье 209, ч. 2,

УК РФ». Европейский суд отметил, что выбор слов, употребленных прокуратурой, является весьма неудачным. Однако Суд не стал впадать в излишний формализм и заключил, что речь здесь шла лишь о том, что основания для экстрадиции были, а не о том, что заявитель действительно совершил какое-то преступление. Иначе говоря, Европейский суд выразил готовность закрыть глаза на буквальное значение слов, употребленных прокурором, и интерпретировать их в том контексте, в каком они были произнесены или написаны.

*Высказывания частных лиц
в прессе о виновности заявителя*

Очень часто высказывания, нарушающие презумпцию невиновности, допускают частные лица. Конвенция, как известно, защищает от нарушений со стороны государства — его органов и должностных лиц. Строго говоря, жалобы на публичные высказывания частных лиц будут несовместимы с Конвенцией *ratione personae*. Вместе с тем практика Суда признает существование позитивных обязательств государства по Конвенции, в число которых может входить и предоставление в той или иной форме защиты от действий частных лиц, вторгающихся в защищаемую Конвенцией сферу.

*Дела против СМИ: баланс между
презумпцией невиновности и свободой выражения
мнений по статье 10 Конвенции*

В деле «*Barril v. France*» (постановление от 30 июня 1997 года) газета опубликовала статью, в которой заявитель (офицер полиции) обвинялся в фабрикации уголовного дела против третьих лиц. Офицер возбудил дело о клевете и проиграл его (будучи жертвой и гражданским истцом одновременно), так как французские суды нашли факт фабрикации доказанным, со ссылкой на доказательства, представленные журналистами.

В этом деле Комиссия должна была разрешить конфликт между двумя правами по Конвенции — презумпцией невиновности заявителя и свободой выражения мнения (статья 10 Конвенции). Отвлечемся от уголовного процесса и рассмотрим эту ситуацию с точки зрения журналиста. Очевидно, что пресса достаточно часто публикует материалы, граничащие с вердиктом

о виновности. Многое зависит от формы, в которой выражено мнение, и не всякое критическое замечание можно расценивать как оскорбление или клевету. Так, оценочные суждения (даже очень критические) пользуются наибольшей степенью защиты по статье 10. Но что делать с утверждениями о фактах, если в этих фактах любой читатель, слушатель и т.п. с легкостью может увидеть состав вполне конкретного уголовного преступления?

Очевидно, что журналисту должна быть как минимум предоставлена возможность доказать правоту фактов, на которые он сослался в своей статье или передаче. Слова «как минимум» здесь не лишние — Европейский суд в своей практике применяет стандарт, еще более снисходительный по отношению к журналисту. Этот стандарт даже не предполагает доказывания правдивости высказывания. Европейский суд всего лишь требует доказать (а) правдоподобность высказывания с учетом той информации и источников, которые были у заявителя, и (б) выполнения журналистом обязанности по их проверке (см., например, дело *«Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway»*, постановление от 20 мая 1999 года). В любом случае нельзя лишать журналиста права доказать хотя бы правдивость своих высказываний (не говоря уже о правдоподобности). В противном случае никакая журналистская деятельность не была бы возможна (или была бы ограничена лишь сухим пересказом приговоров).

В то же время доказывать правдивость высказывания можно по стандартам гражданского процесса. Либо, что еще хуже, журналист, находясь на положении обвиняемого, сможет в полной мере воспользоваться защищающим его стандартом «вне разумных сомнений», что возлагает на обвиняющую сторону дополнительное бремя и требует особенно убедительно доказать факт клеветы. Возникает некоторый перекокс в пользу журналиста и его процессуальных возможностей. Как разрешить этот конфликт?

Европейская комиссия не нашла ничего предосудительного в том, что от журналистов не стали требовать доказать виновность заявителя «вне разумного сомнения», а наоборот, на заявителя возложили обязанность доказать лживость журналистов «вне разумного сомнения». Комиссия заметила, что по делам о клевете доказывание правдивости спорного утверждения есть одна из допустимых форм защиты. Более того, установление правдивости опубликованного заявления неравнозначно объявлению истца виновным в уголовно-правовом смысле. Неважно, что заявитель никогда не преследовался за фабрикацию дела — в конце концов,

во многих странах у государства нет обязанности возбуждать уголовное преследование, а есть лишь право по своему усмотрению возбуждать или не возбуждать дело. Вне зависимости от наличия или отсутствия приговора в отношении заявителя у журналистов все равно было право написать то, что они написали, и доказать правдивость этого высказывания. Особенно такое право должно существовать в отношении заявителя, который в тот момент был ответственным сотрудником правоохранительных органов.

Таким образом, Комиссия сделала очень определенный выбор в пользу гарантий по статье 10 Конвенции и в ущерб презумпции невиновности. Вывод, что обвинения, высказанные журналистами в статье, не были формальным признанием вины заявителя, звучит не очень убедительно. Как будет видно ниже (см. в особенности дело «*Minelli*»), форма высказывания не так уж важна для того, чтобы расценить его как признание вины, — важен смысл высказывания. Из дела «*Barril*» следует, что Комиссия не видела проблемы там, где решение суда, по сути, инкриминирующее заявителю уголовное деяние, было принято в гражданской процедуре.

7. Меры процессуального принуждения и предварительное изучение доказательств

Большинство мер процессуального принуждения, а также следственных действий базируется на подозрении против обвиняемого. Без такого подозрения невозможно открыть уголовное дело, организовать прослушивание телефонных переговоров, провести оперативный эксперимент и т.д. Еще большая степень подозрения требуется для помещения лица под стражу, предъявления ему обвинения и для передачи дела в суд. Все эти действия, однако, сами по себе не означают нарушения презумпции невиновности, иначе деятельность следственных и судебных органов была бы невозможна.

Оценка обоснованности обвинения при избрании меры пресечения. Разумное подозрение

Следует отметить, что при применении всех вышеперечисленных процессуальных мер правоохранительные органы и суд неизбежно оценивают в определенной степени обоснованность обвинений. Так, первым условием для заключения под стражу

является наличие «разумного подозрения». Об этом прямо говорит подп. «с» § 1 статьи 5 Конвенции, посвященной лишению свободы. Под «разумным подозрением» понимается такое положение вещей, которое указывает на возможную причастность лица к преступлению. Очевидно, что на данном этапе вина этого лица еще не доказана — не собрано достаточно доказательств, не проведено полноценное слушание и т.д. Стандарт доказывания «разумного подозрения» для целей ареста значительно более низкий, чем стандарт доказывания в самом уголовном процессе. Достаточно косвенных улик, чтобы обосновать необходимость предварительного заключения лица, в то время как их может быть явно недостаточно для того, чтобы вынести обвинительный приговор.

Представляется, что российские суды не всегда понимают, какова их роль на стадии предварительного следствия, в частности при решении вопроса о мере пресечения. Иногда судьи отказываются рассматривать доказательства и оценивать обоснованность подозрения на этой стадии, боясь предопределить виновность до конца судебного разбирательства, и, следовательно, нарушить презумпцию невиновности.

*Оценка доказательств судьей
при избрании меры пресечения*

Судья не только может, но и должен рассматривать доказательства при решении вопроса о мере пресечения. В противном случае участие судьи в решении этого вопроса теряет смысл. Роль судьи состоит не только в проверке формальной законности ареста, включая возможность применить в связи с обвинением по определенной статье УК, на которую ссылается следователь в своем ходатайстве, такую меру пресечения. Несомненно, судья обязан убедиться, что по данному обвинению может быть применено заключение под стражу, что у задержанного нет депутатского иммунитета, что срок его содержания под стражей не превысил допустимых пределов и т.д. Однако этим функции суда не исчерпываются. Судье следует рассмотреть доказательства, которые есть в деле, и решить, достаточно ли их для «разумного подозрения» против лица, которое предполагается взять под стражу. В деле «*Englert v. Germany*» (постановление от 25 августа 1987 года) Европейский суд решил, что отказ возмещать убытки, причиненные предварительным заключением, не нарушает статью 6, § 2,

в том случае, если предварительное заключение было обосновано наличием серьезного подозрения против заявителя (которое потом не было опровергнуто даже оправдательным приговором). Таким образом, выводы суда о наличии «подозрения» и о степени обоснованности не должны рассматриваться как нарушение презумпции невиновности.

§ 3. Право обвиняемого на молчание и обязанность давать показания

Статья 6 Конвенции не говорит о праве обвиняемого хранить молчание в отличие от статьи 14, § 3 (g) Международного пакта о гражданских и политических правах, которая гласит, что каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления «не может быть принужден давать показания против себя или признать свою вину»¹. Тем не менее Европейский суд решил, что право не свидетельствовать против себя содержится в Конвенции. В деле «*Allan v. the United Kingdom*» (постановление от 5 ноября 2002 года) Суд сказал буквально следующее: «Право не свидетельствовать против самого себя или право на молчание является признанным международным стандартом, базовым для справедливого процесса» (§ 48).

Как было сказано выше, право не свидетельствовать против самого себя является одним из проявлений принципа презумпции невиновности. Этому праву корреспондирует обязательство государства не применять к обвиняемым никаких мер, которые могут принуждать их говорить. Право не свидетельствовать против себя также рассматривается как производное общего требования справедливого правосудия (статья 6, § 1), о чем свидетельствует, например, постановление по делу «*Panovits v. Cyprus*» от 11 декабря 2008 года.

В практике Европейского суда встречается несколько типичных ситуаций, когда можно говорить о нарушении права не свидетельствовать против самого себя. Во-первых, это различные правовые и фактические презумпции, существующие в каждой национальной правовой системе и перекладывающие на обвиняемого бремя доказывания (в той или иной мере). Во-вторых, право не свидетельствовать против себя может быть нарушено

¹ <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>

в ситуациях, когда показания получены от подозреваемого путем давления, обмана и т.п. В-третьих, это дела, касающиеся обязанности потенциального обвиняемого сотрудничать с правоохранительными органами и раскрыть им информацию, которая впоследствии может стать основой для его обвинения в совершении уголовного преступления.

*Обязательство потенциального подозреваемого
раскрывать информацию обвинительного характера*

Как уже отмечалось, праву обвиняемого хранить молчание корреспондирует обязательство государства не стараться получить информацию помимо воли обвиняемого, не принуждать к даче показаний. «Принуждение» может осуществляться в различных формах. Пытка, психологическое давление или обман являются способами принуждения — на этих ситуациях мы остановимся ниже. Сейчас же рассмотрим случаи, когда законодательство налагает на определенных субъектов обязанность сообщать информацию и вводит санкции за ее непредставление.

Так, в деле «*Funke v. France*» (постановление от 25 февраля 1993 года) заявителя подозревали в неуплате определенных таможенных сборов и незаконных финансовых операциях. В ходе расследования таможенные органы обыскали его дом и нашли документы, которые свидетельствовали о том, что у заявителя есть счета в зарубежных банках. Заявителю тогда предложили предоставить информацию и документы о его банковских переводах, осуществленных с помощью этих счетов, но он отказался. По французскому закону на заявителе лежала обязанность предоставить такую информацию по требованию таможенных органов. За уклонение от этой обязанности на него наложили штраф. Более того, он обязан был выплачивать пеню за каждый день задержки в предоставлении этих документов.

Заявитель утверждал, что подобная практика нарушает статью 6, § 2, так как на него фактически возлагается обязанность под страхом штрафа признаться в совершении преступлений и предоставить таможенным органам доказательства, которые его могут изобличить. Суд, не вдаваясь в подробный анализ обстоятельств, согласился, что статья 6, § 1, гарантирует право не давать показаний против себя и что это право в данном деле было нарушено.

Европейский суд внес дальнейшие коррективы в этот подход в деле «*Saunders v. the United Kingdom*» (постановление от 17 декабря 1996 года), которое касалось обязанности бухгалтеров и ряда других сотрудников раскрывать информацию о хозяйственной деятельности своих компаний в ходе специальных проверок. При этом существовала отдельная ответственность за отказ раскрывать соответствующую информацию: сотрудник компании под страхом наказания (до двух лет лишения свободы) был обязан предоставлять информацию, которая потом могла быть использована против него самого.

Правительство в этом деле утверждало, среди прочего, что ответы, которые дал менеджер компании в ходе проверки, не свидетельствовали о его виновности. Суд этот аргумент не убедил. Даже если обвиняемый в ходе проверки не дал, строго говоря, признательных показаний, он должен был давать объяснения по существу, в том числе и фактического характера, которые могли в результате способствовать его изобличению в суде. Тот факт, что обвинение во многом полагалось на результаты этой проверки, свидетельствовал о том, что оно само расценивало сообщенную заявителем информацию как подтверждающую суть обвинений.

Правительство также утверждало, что в делах о финансовых преступлениях в силу их сложности невозможно обойтись без таких проверок как средства получения информации. Суд также не удовлетворился этим аргументом и указал, что в таких принципиальных вопросах нельзя оправдывать отход от принципа «никто не обязан свидетельствовать против себя» со ссылкой на сложность расследования и необходимость бороться с преступностью в определенной сфере. Таким образом, обсуждаемый принцип в деле «*Saunders*» был представлен как почти абсолютный.

В последнее время Суд стал более снисходительно воспринимать практику государств, требующих у подозреваемых сообщать властям информацию потенциально обвинительного характера. В качестве примера можно привести дело «*O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*» (постановление от 29 июня 2007 года), в котором речь шла об обязанности собственника машины под угрозой штрафа сообщить полиции, кто был за рулем машины в день, когда было зафиксировано нарушение. В этом деле Европейский суд, вслед за английской палатой лордов, заметил, что все владельцы машин принимают на себя некоторые дополнительные обязательства, связанные с владением источником повышенной

опасности. Далее Европейский суд отметил, что единственное, что требовалось от заявителя, — это сообщить имя водителя, причем в той ситуации, когда само нарушение (в данном случае серьезное превышение скорости машиной заявителя) было уже зафиксировано. Таким образом, имя водителя не было единственным элементом, на котором строилось обвинение в нарушении правил дорожного движения. Это отличало дело *«O'Halloran and Francis»* от дела *«Funke»*, в котором от заявителя требовалось предоставить практически любые документы, которые могли помочь финансовой службе в разоблачении этого заявителя (похожая ситуация была и в деле *«Shannon v. the United Kingdom»*, постановление от 4 октября 2005 года). В итоге Европейский суд не нашел нарушения статьи 6, § 1, в этом деле.

Принудительное изъятие образцов для сравнительного исследования как не нарушающее право на молчание

В деле *«Saunders»* Суд в то же время решил, что правило, позволяющее не свидетельствовать против самого себя, не относится к «материалам, которые могут быть получены от обвиняемого против его воли, но которые существуют независимо от его воли, например документы, добытые с санкции суда, образцы выдыхаемого воздуха, крови, мочи, ткани для проведения анализа ДНК» (§ 69). Иными словами, изъятие образцов для сравнительного исследования не только не нарушает права на молчание, но даже не может рассматриваться как вторжение в это право.

В деле *«Jalloh v. Germany»* (постановление Большой палаты от 11 июля 2006 года) Суд заключил, что изъятие сравнительных образцов, существующих независимо от воли заявителя, не является нарушением его права на молчание. Вообще, исследования и тесты с участием подозреваемого (например, тесты на содержание алкоголя в дыхании — см. постановление по делу *«Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain»* от 15 июня 1999 года) не рассматриваются обычно как нарушение презумпции невиновности.

Процесс собирания доказательств нередко предполагает вторжение в частную жизнь лица (личный обыск или обыск жилища) или даже нарушение физической неприкосновенности подозреваемого (снятие отпечатков пальцев, рентгенограмм, изъятие образцов крови, спермы, слюны, волос, фотографирование и т.п.). Со стороны может показаться, что органы уголовного преследования в таких случаях преодолевают волю лица, полу-

чают от него доказательства, которые потом будут использованы против него. Следует, однако, отличать получение от подозреваемого информации, которую он знает, но не хочет сообщать, и получение информации, которая существует не в сознании подозреваемого, а вне его и закреплена на каком-то постороннем носителе — в документе, или, например, ногтевом срезе (см. постановление по делу «*Saunders v. the United Kingdom*» от 17 декабря 1996 года).

Допрос подозреваемого в качестве свидетеля

С точки зрения Суда обвиняемый может рассматриваться как «свидетель» в отношении других обвиняемых в этом деле. Кроме того, для своего собственного дела он является свидетелем в том смысле, что имеет право (но не обязанность) давать показания. Использование судом показаний, полученных от него в ходе предварительного следствия и в суде, подчиняется правилам «справедливого судебного разбирательства». Вместе с тем обвиняемый является привилегированной фигурой — в том смысле, что может отказаться давать показания.

В деле «*Lutsenko v. Ukraine*» (постановление от 18 декабря 2008 года) предполагаемого сообщника заявителя допросили как свидетеля. При этом у него не было адвоката и не было также права отказаться давать правдивые показания — как и в российском праве, за лжесвидетельство или отказ свидетельствовать на Украине полагается уголовная санкция. Таким образом, у свидетеля не было возможности отказаться от показаний. Свидетель показал, что заказал убийство жертвы заявителю и заплатил ему за это деньги. Вскоре после допроса свидетелю было предъявлено обвинение. На следствии он отказался от ранее данных показаний, сославшись на то, что следователь угрожал ему. В результате первого рассмотрения дела заявитель и его сообщник были оправданы и отпущены на свободу. Сообщник скрылся, тем временем прокуратура обжаловала приговор в кассации. Дело было направлено на новое рассмотрение, но во втором раунде судебного разбирательства допросить сообщника уже не представлялось возможным. В результате второго судебного разбирательства заявитель был осужден за заказное убийство.

Европейский суд, рассматривая вопрос об использовании показаний сообщника в приговоре, отметил, что доказательства, полученные «без надлежащих процедурных гарантий», долж-

ны изучаться с особой осторожностью. Более того, в этом деле у заявителя не было возможности допросить этого свидетеля ни в суде, ни (судя по всему) в ходе предварительного следствия. На этих двух основаниях Суд сделал вывод о нарушении статьи 6, § 1, Конвенции.

Важно отметить, что Суд здесь не рассматривал нарушение презумпции невиновности, так как сам заявитель не был бы жертвой этого нарушения. Если чья-то презумпция невиновности была затронута, то это касалось сообщника, а не самого заявителя. Следовательно, статья 6, § 2, здесь была неприменима. Далее, Суд не стал рассматривать дело с точки зрения статьи 6, § 3 (d), гарантирующей право допрашивать свидетелей. Очевидно, что этого права заявитель лишился по той причине, что установить местонахождение сообщника было невозможно. Как будет показано ниже, отсутствие свидетеля по объективным причинам (например, потому что он скрывается), в принципе, не должно мешать национальному суду основываться на его (свидетеля) письменных показаниях, данных ранее, например на предварительном следствии. Однако отсутствие адвоката на первом допросе и обязанность свидетеля давать показания, по мнению Суда, были настолько серьезными дефектами, что лишали это доказательство какой-либо ценности. Следовательно, основывать приговор на таком доказательстве было нельзя — Суд пришел в этом деле к выводу о нарушении статьи 6 Конвенции.

Сложно сказать, как вопрос о допросе потенциального подозреваемого в качестве свидетеля решается в российском праве. Некоторые авторы полагают (вполне справедливо), что подобные протоколы допроса не могут быть использованы в суде в силу изменения процессуального статуса лица¹, однако другие не делают из статьи 276 УПК таких же выводов². В любом случае было бы полезно описать, можно ли использовать в суде показания, данные подсудимым ранее на следствии в качестве свидетеля. Пример украинского дела «*Lutsenko*» свидетельствует о том, что такие доказательства как минимум должны быть использованы «осторожно». Возможно, судам в таких случаях следует проверять, насколько добросовестно действовал следователь. Если данное лицо изначально можно было разумно воспринимать как потен-

¹ См.: Практика применения УПК РФ. С. 365.

² См.: Комментарий к УПК РФ / под ред. Д.Н. Козака и Е.Б. Мизулиной. М.: Юрист, 2002. С. 504—505.

циального подозреваемого, его допрос должен производиться с участием адвоката и с разъяснением права на молчание.

Право не свидетельствовать против своих близких

Помимо права не свидетельствовать против самого себя правовые системы многих европейских стран признают право не свидетельствовать против своих близких. Например, статья 72 австрийского уголовного кодекса разрешает не свидетельствовать в отношении своих близких и, более того, включает в понятие «близкие» и сожителей, а не только зарегистрированных супругов (постановление по делу «*Asch v. Austria*» от 26 апреля 1991 года). С одной стороны, Европейский суд признает, что такой иммунитет от допроса имеет право на существование (см., например, дело «*Unterpertinger v. Austria*» от 24 ноября 1986 года). С другой стороны, Суд пока еще не сталкивался с делами, в которых заявитель жаловался на то, что его родственников или близких заставили давать показания. Сами же родственники, которых могли заставить давать показания, не могут жаловаться на нарушение их прав, так как статья 6 защищает права только обвиняемого, но не свидетелей.

Надо отметить, что у обвиняемого есть выбор — сохранять молчание или говорить. Право не свидетельствовать против себя не мешает стороне обвинения использовать ту информацию, которую обвиняемый сообщил добровольно, например комментируя показания свидетеля или задавая вопросы эксперту. Как справедливо полагают некоторые авторы, такая информация может рассматриваться как «показания» обвиняемого¹.

Обязанность разъяснить право на молчание

Помимо права не свидетельствовать против себя некоторые правовые системы гарантируют право обвиняемого знать, что он может сохранять молчание. Эти два правомочия, при всей их похожести, являются самостоятельными гарантиями, и нарушение их может иметь различные правовые последствия для субъекта уголовного преследования. В российском УПК содержится норма о том, что подозреваемому должно быть разъяснено его право иметь адвоката и сохранять молчание. Такая

¹ См.: Практика применения УПК РФ. С. 260.

же норма имеется и в отношении подозреваемого (см. статьи 46 и 47 УПК РФ). Показания, данные в отсутствие защитника и не подтвержденные в суде, подлежат безусловному исключению согласно статье 75, ч. 2, п. 1. Показания, данные без разъяснения подозреваемому или обвиняемому их права сохранять молчание, как следует из статьи 276, ч. 1, п. 3, также являются недопустимыми.

В практике Европейского суда нарушение обязанности государства разъяснить право на молчание долго не признавалось самостоятельным правом и, если право на молчание не было нарушено, само по себе неразъяснение этого права не считалось нарушением статьи 6. Ниже, в разделе, посвященном участию адвоката в допросе подозреваемого, будет показано, что подходы Суда в этой сфере меняются и разъяснение права может приобрести самостоятельную ценность наряду с самим процессуальным правом на молчание.

§ 4. НЕДОПУСТИМЫЕ МЕТОДЫ ПОЛУЧЕНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

В данном разделе будут проанализированы некоторые типы доказательств, которые могут рассматриваться в практике Суда как несправедливо полученные. В первую очередь к ним относятся доказательства, полученные от самого обвиняемого путем преодоления его воли не давать показаний. Кроме того, здесь также подлежит обсуждению, в какой степени доказательства, полученные из иных источников, можно рассматривать как недопустимые с точки зрения Конвенции.

1. Доказательства, полученные под пыткой, с нарушением физической неприкосновенности или с помощью иного серьезного давления

Статья 15 Конвенции ООН против пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство человека обращения¹ гласит: «Каждое Государство — участник Конвенции — должно гаранти-

¹ Утверждена Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 10 декабря 1984 года (резолюция 39/46).

ровать, что никакие показания, полученные в результате пытки, не должны использоваться как доказательства в любых процедурах, кроме процедур, направленных против лица, обвиняемого в причинении пытки, в качестве доказательства того, что соответствующие показания были даны»¹.

*Абсолютная недопустимость доказательств,
полученных под пыткой, как несовместимых
с принципом справедливого правосудия*

Как видно из текста этой статьи, доказательство, полученное под пыткой, в любом случае недопустимо, от кого бы оно ни исходило — от самого подозреваемого или от свидетеля². Более того, текст статьи предполагает, что такие доказательства будут недопустимы в любом случае, независимо от того, заявляет ли подсудимый требование об их исключении, — Конвенция требует исключить их в любом случае. Это правило получило развитие в практике различных квазисудебных органов ООН, таких как Комитет по правам человека и Комитет против пыток ООН.

В Европейской конвенции нет подобной статьи. В то же время статья 3 Конвенции запрещает применять пытки. Она гласит: «Никто не должен подвергаться ни пыткам, ни бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию». Та-

¹ См.: <http://www2.ohchr.org/english/law/cat.htm>.

² Интересно, что, хотя доказательства, полученные под пыткой, не могут использоваться для доказывания вины подсудимого, в практике некоторых стран не исключена возможность их использования в других процедурах — например, когда решается вопрос о высылке заявителя из страны, или его помещении под стражу, или когда судья решает, следует ли давать ордер на обыск (см.: Grief N. The exclusion of foreign torture evidence: a qualified victory for the rule of law // *European Human Rights Law Review*. 2006. N 2. P. 200 et seq., со ссылкой на мнение судьи Лорда Бинхама в деле «A. v Secretary of State for the Home Department» (No. 2), 2005. В этом же деле другой судья, Лорд Николс, остроумно заметил, что если в результате пытки полиция узнает о месте, где заложена бомба, то будет глупо ее не обезвредить, даже при том, что это знание получено в результате применения незаконных методов. Иначе говоря, следует различать использование информации, полученной под пыткой в уголовной процедуре при доказывании виновности, и использование этой информации в других контекстах (см. полный текст решения: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand-1.htm>). Впрочем, эти правила не применяются в контексте уголовного процесса, в котором всякое использование доказательств, полученных в результате пытки (даже пытки в другом государстве), является совершенно неприемлемым.

ким образом, здесь не говорится напрямую о том, что доказательства, полученные под пыткой, являются недопустимыми. Нет такой нормы и в статье 6, посвященной справедливости судебного разбирательства. Это, однако, не означает, что Европейский суд не отвергает пытки как способ получения доказательств.

Как уже отмечалось, требование справедливости судебного разбирательства может содержать себе, в скрытом виде, некоторые гарантии, которые сложно обнаружить при поверхностном чтении текста Конвенции. Действительно, статья 6 не содержит формулировки, аналогичной статье 15 Конвенции ООН против пыток, но можно утверждать, что доказательства, добытые под пыткой, не могут использоваться внутренними судами, поскольку иное, как неоднократно отмечал Европейского суд, противоречило бы самому духу справедливого судопроизводства.

Эволюция понятия пытки: критерии оценки Судом

При этом в практике Европейского суда само понятие пытки эволюционирует. Суд, в соответствии со своим динамическим подходом к прочтению Конвенции, не раз отмечал, что обращение, которое еще 50 лет назад могло считаться просто «унижающим достоинство», сейчас может рассматриваться как «пытка»¹. Кроме того, надо признать, что Суд не сформулировал (да и в принципе не мог этого сделать) определения пытки. Впрочем, и в российском праве этого определения нет. Для того чтобы квалифицировать то или иное обращение как пытку, Суд применяет ряд критериев, разработанных в его практике. Однако эти критерии не аналог математической формулы, а скорее ориентиры, которые помогают Суду понять, причиняло ли данное обращение страдания или просто неудобства.

В целях данного исследования пыткой должно признаваться любое серьезное физическое или психологическое давление на подозреваемого, применяемое с целью получить от него какие-либо

¹ В этой связи интересно сравнить положения Европейской конвенции и требования восьмой поправки к Конституции США, которая запрещает «необычные и жестокие наказания». Формулировка «необычные» явно указывает на необходимость анализировать каждое наказание в его историческом контексте. То, что необычно сейчас, было обычным делом 200 лет назад — наказание розгами, например. Европейский суд смотрит на понятие «пытки, бесчеловечное или унижающее достоинство обращение» похожим образом, оценивая их в историческом контексте.

показания¹ и по своему характеру и интенсивности явно выходящее за пределы допустимых методов работы с подозреваемыми.

Угроза пытки

Под пыткой можно также понимать и угрозу пытки. Так, в отчете Специального докладчика Комиссии по правам человека перед Генеральной Ассамблеей ООН от 3 июля 2001 года² было сказано, что «запрещение пыток касается не только действий, причиняющих боль, но также и действий, причиняющих психические страдания жертве, запугивание и другие угрозы». Докладчик далее отметил, что «угроза физическим насилием сама по себе может представлять собой психологическое насилие». «Серьезные и правдоподобные угрозы, включая угрозы убийством, в отношении физической неприкосновенности жертвы или третьего лица, могут рассматриваться как... пытка» (§ 3, 7, 8). Из этой формулировки видно, что «угроза пытки» равняется пытке даже в том случае, если физическое насилие будет направлено не против самого подозреваемого, а против родных или близких ему лиц. В практике Европейского суда угроза пытки рассматривалась как «бесчеловечное обращение» (см. дело «*Gäfgen v. Germany*» постановление Большой палаты от 1 июня 2010 года, § 131), что, впрочем, не меняет существенным образом анализа Суда — это остается обращением, запрещенным по статье 3 Конвенции.

Согласно статье 75 УПК РФ доказательства, полученные под пыткой (или путем жестокого и унижающего человеческое достоинство обращения), должны быть признаны недопустимыми.

В некоторых европейских юрисдикциях недопустимыми считаются не только доказательства, полученные в результате пытки внутри страны, но и доказательства, полученные таким образом за ее пределами. Так, например, в деле «*A. v. Secretary of State for the Home Department (№ 2)*»³ английская палата лордов единогласно решила не принимать доказательство, полученное в результате применения пытки за рубежом.

¹ Пытка просто из мести, из садистских побуждений или с целью вымогательства тоже пытка, но она не будет нас интересовать постольку, поскольку не создает «обвинительного материала» против обвиняемого.

² UN Doc. A/56/156.

³ Цит. по: Grief N. Op. cit.

Дело «*Harutyunyan v. Armenia*»: получение доказательств под пыткой — независимо от его значения — разрушает обоснованность всего обвинения.

Обратимся теперь к практике Европейского суда по этому вопросу. В деле «*Harutyunyan v. Armenia*» (постановление от 28 июня 2007 года) Суд столкнулся с ситуацией, в которой доказательства, полученные под пыткой, были использованы против подсудимого. И это несмотря на то, что параллельно с процессом против заявителя суды рассмотрели дело против полицейского, которого обвиняли в применении пытки к заявителю, и приговорили этого полицейского к трем с половиной годам заключения.

Европейский суд, рассматривая эту ситуацию, начал с изучения того, как подобные доказательства были использованы в национальном процессе. Суд заключил, что признание заявителя было использовано в процессе, причем армянские суды не подвергли сомнению надежность этого доказательства. Более того, суды сослались на показания другого свидетеля, которого также пытали. Наконец, суды в своем приговоре указали, что пытки были применены к подсудимому и двум свидетелям для установления истины по делу. Иначе говоря, армянский суд готов был принять результаты таких «следственных действий» как нормальное доказательство вины подсудимого.

В этом деле Суд заявил, что доказательства обвинения (в форме признания вины или вещественных доказательств), добытые в результате акта насилия, жестокости и т.п., не могут никогда быть использованы для подтверждения вины подсудимого, вне зависимости от их доказательственной ценности.

Кроме того, отмечая тот факт, что подсудимый и свидетели продолжали подтверждать свои показания в течение некоторого времени на следствии, Суд отметил, что, даже если пытки к ним в последующем не применялись (что также было сомнительно), угроза их применения продолжала существовать и имела такой же эффект.

Это дело очень важно еще потому, что Суд (в отличие от очень многих других дел, в которых обсуждался вопрос об использовании «несправедливо полученных» доказательств) не стал оценивать вес доказательства, а только обратил внимание на факт его использования. То есть, возможно, существовали и иные свидетельства в пользу того, что заявитель был виновен в инкриминируемом ему деянии, — это для Суда оказалось неважно. Сам факт использования доказательства, полученного под пыткой (каким

бы ни был вес этого доказательства), разрушает обоснованность всего обвинения. Суд прямо заявил в § 66 о том, что он не будет в таких случаях оценивать влияние «ненадлежащего» доказательства на доказательственную базу в целом. Этот подход закрепился в практике ЕСПЧ — в последние несколько лет Суд отмечал, что «использование доказательств, полученных в результате нарушения одного из самых базовых и абсолютных прав в Конвенции (статья 3 Конвенции, запрещающей пытки), всегда поднимает вопрос о справедливости процедуры, даже если допуск таких доказательств не был решающим в обосновании приговора» (см. «İçöz v. Turkey» от 9 января 2003 года, «Göçmen v. Turkey» от 17 октября 2006 года).

Впрочем, дело «*Narutyunyan*» было относительно простым и, наверное, исключительным, потому что в этом деле факт пытки был установлен приговором национального суда и в процессе против заявителя национальные суды впрямую ссылались на показания заявителя и свидетелей, полученные под пыткой. Трудно представить другое такое дело, в котором суды будут так беззащитно игнорировать не только Конвенцию, но и внутреннее законодательство и просто здравый смысл.

*Бремя доказывания отсутствия факта пытки
лежит на правительстве*

Большую сложность представляют дела, в которых факт применения пытки не был установлен на национальном уровне.

В деле «*Gladyshev v. Russia*» (постановление от 30 июля 2009 года) заявитель подозревался в убийстве милиционера. В день ареста у него оказались сломаны ребра — заявитель утверждал, что ребра ему сломали следователи при первом допросе, после которого он дал признательные показания. В суде он эти показания менял, однако суд принял первоначальные показания и отверг те, что были даны на слушании, объяснив в своем приговоре, что условия, в которых проводился допрос, исключали возможность применения пытки к заявителю.

Подход Европейского суда в делах по статье 3 Конвенции, запрещающей пытки, заключается в том, что в случаях, когда подозреваемый был до ареста здоров, а после ареста получил травмы, власти должны представить Суду убедительное объяснение того, как эти травмы были получены (см., например, «*Selmouni v. France*», постановление от 28 июля 1999 года, § 87). Иначе Суд

может прийти к выводу, что заявителя действительно пытали. Таким образом, Суд в подобных ситуациях перемещает бремя доказывания отсутствия факта пытки на правительство¹.

В деле «*Gladyshev*» правительство не смогло объяснить, каким образом у заявителя в день ареста оказались сломаны ребра: внутреннее расследование не закончилось ничем, никакого вразумительного объяснения следственные органы не дали. Объяснения же заявителя были последовательны и подтверждались медицинским заключением. В этих обстоятельствах Суду не оставалась ничего иного, как признать, что заявителя избили после ареста именно так, как он описывал, и тем самым была нарушена статья 3 Конвенции. Кроме того, Суд нашел отдельное нарушение статьи 3 в связи с недостаточно эффективным расследованием жалоб заявителя на избиение.

В контексте статьи 6 выводы Суда звучали таким образом: «Российские суды, рассматривая вопрос о допустимости признательных показаний, знали о том, что заявитель жаловался на избиения. Более того, суд первой инстанции обратил внимание на недостаточность расследования этих обстоятельств и обязал провести дополнительные следственные действия. Полученное в результате этих действий заключение еще более усиливало позицию заявителя и правдоподобность его слов. Тем не менее, имея перед собой такие доказательства, российский суд не поставил под сомнение достоверность признательных показаний заявителя на следствии и построил на них приговор».

В деле «*Gladyshev*» Судом не было сформулировано какое-либо новое правило, но из обстоятельств дела читается, что Европейский суд ждал от российских судов такого же подхода, каким он сам пользуется в контексте статьи 3 Конвенции. В опи-

¹ В противоположность общему принципу *affirmati non neganti incumbit probatio*, который предполагает, что лицо, ссылающееся на нарушение своих прав, в частности на нарушение процедуры расследования, должно доказать свои утверждения. Лицо, получившее увечье в обычных обстоятельствах, на улице например, должно будет доказать (предположим, для взыскания ущерба с причинителя вреда), при каких обстоятельствах этот вред был причинен, и убедительно продемонстрировать его противоправность. В случае увечий, полученных в местах лишения свободы, однако, от лица, утверждающего, что увечья причинены противоправно, не требуется доказывать эту противоправность по тому же высокому стандарту доказывания — достаточно продемонстрировать некоторые внешние обстоятельства (*prima facie evidence*), свидетельствующие о том, что заявитель рассказывает правду и на него действительно оказывалось физическое воздействие.

санной ситуации российскому суду следовало, скорее всего, принять версию заявителя об избиении именно потому, что (1) она подтверждалась медицинскими документами и (2) внутреннее расследование не дало вразумительного ответа на вопрос о том, как заявителю были причинены соответствующие травмы. Российский же суд был готов принять версию заявителя, только если она будет подтверждена «вне разумных сомнений» и/или закреплена в надлежащей процессуальной форме (например, приговором в отношении милиционеров). Это, однако, противоречит и правилу о толковании сомнений в пользу обвиняемого.

Дело «*Gladyshev*» приводит к выводу, что, согласно позиции Европейского суда, внутренним судам в таких делах не следует ждать, чтобы обвиняемый «доказал» факт пытки. Достаточно серьезного подозрения в том, что пытка могла иметь место. Такое подозрение может возникнуть, как мы видели, если обвиняемый получил травмы во время расследования. Бремя доказывания тогда переходит к стороне обвинения. И если обвинение, в свою очередь, не представит убедительных объяснений этим травмам, суд, рассматривающий дело заявителя, уже не может игнорировать его жалобы.

Из дела «*Gladyshev*» неясно, как следует в таком случае поступить суду — исключить ли доказательство полностью, как совершенно недопустимое, или просто оценить его как «сомнительное». Очевидно, однако, что в обстоятельствах дела «*Gladyshev*» (где признательные показания были центральным доказательством против заявителя) любой из двух вариантов должен был бы привести к оправданию подсудимого. Более ясный ответ на этот вопрос можно найти в деле «*Levinta v. Moldova*» (постановление от 16 декабря 2008 года), где Суд рассуждал об абсолютной недопустимости доказательств, полученных под пыткой. Представляется, что даже частичное использование такого доказательства, с оговорками о его ненадежности, не удовлетворит Суд.

*Взаимосвязь получения доказательств
под давлением с нарушением права на присутствие
адвоката при допросе обвиняемого*

В некоторых случаях получение показаний «под давлением» анализируется не только в контексте статьи 6, § 1, Конвенции, но и в сочетании с другими положениями статьи 6.

Так, в деле «*Magee v. the United Kingdom*» (постановление от 6 июня 2000 года) заявителя (подозреваемого по делу о терро-

ризме) в течение двух с половиной суток не допускали к адвокату и постоянно допрашивали. Допросы велись очень интенсивно, несколькими группами следователей попеременно. В перерывах между допросами заявитель содержался в условиях жесткой изоляции в одиночной камере. Заявитель сперва отрицал свое участие в преступлениях, но в конце концов «сломался» и дал признательные показания, и только тогда к нему допустили адвоката. Европейский суд оценил такого рода атмосферу как угнетающую, направленную на подавление воли заявителя (*coercive environment*), и заключил, что присутствие адвоката в таких условиях было необходимо, с учетом того, что признания подозреваемого были впоследствии положены в основу приговора.

В этом деле допустимость первоначальных показаний заявителя также рассматривалась в процедуре *voir dire*¹ с участием адвоката. Однако это не было признано достаточным в Европейском суде, чтобы оценить показания подозреваемого, полученные без адвоката, как допустимые. Более того, ЕСПЧ отдельно заметил что, ввиду оказанного на заявителя давления и срока, на который ему было отказано в доступе к адвокату, не так уж важно, насколько было обоснованным в принципе примененное ограничение. Никакие соображения общественного блага не могут оправдать получение такого рода доказательств.

Из дела «*Magee*» нельзя заключить, признал ли бы Суд нарушением саму интенсивность допросов и атмосферу, в которой они проходили. Суд отдельно отметил в этом деле, что присутствие адвоката могло бы сбалансировать ситуацию и дать заявителю силы противостоять оказанному на него давлению.

В большинстве ранее рассмотренных Судом дел речь шла о применении пытки к самому обвиняемому, с тем чтобы получить от него самого признательные показания и использовать их потом в процессе. Однако иногда пытка применяется и к сообвиняемым (которые по каким-то причинам не жалуются в Суд или не могут пожаловаться) или даже к свидетелям с целью получить от них показания, изобличающие обвиняемого. Как показывает дело «*Lutsenko v. Ukraine*» (постановление от 18 декабря 2008 года), несправедливо добытые доказательства, полученные

¹ Процедура предварительного рассмотрения вопроса о допустимости доказательств и иных процессуальных вопросов, которая ведется без участия присутствующих.

от третьих лиц, также подлежат исключению. Доказательство necessarily должно исходить от заявителя и служить «признанием вины», чтобы быть дефектным, — любое показание, выбитое силой (даже не свидетельствующее о виновности лица, дающего такие показания), должно считаться недопустимым.

Доказательства, полученные с нарушением физической неприкосновенности лица (но не под пыткой)

В деле *«Jalloh v. Germany»* (постановление Большой палаты от 11 июля 2006 года) полиция наблюдала за предполагаемым наркоторговцем. Во время наблюдения полицейские установили, что он хранил наркотики, предназначенные для продажи, за щекой, однако во время ареста ему удалось проглотить капсулу с наркотиком. На нем самом или в его одежде наркотиков обнаружено не было. Тогда прокурор приказал применить рвотное средство к задержанному, чтобы извлечь из него проглоченную капсулу. Задержанного отвели к доктору, который ввел ему рвотное через носоглотку; при этом четверо полицейских держали заявителя, так как он сопротивлялся. В результате его вырвало, капсула вышла наружу. В ней было обнаружен кокаин. Эта капсула стала основной уликой обвинения.

Европейский суд, исследуя эту ситуацию, обратился в том числе к практике Верховного суда Соединенных Штатов. В деле *«Rochin v. California»* американский суд в похожих обстоятельствах заметил, что доказательства были добыты с таким грубым вмешательством в личную сферу (*privacy*) обвиняемого, что являются недопустимыми. Верховный суд сравнил подобную операцию с пыткой: при пытке полицейские пытаются, фигурально выражаясь, «вытащить» признательные показания из обвиняемого, в то время как здесь улика достается в прямом смысле из его желудка. Такого рода улика может быть расценена «признанием, полученным под давлением», и ее использование в процессе противоречит Конституции.

Этот подход был уточнен в деле *«State of Ohio v. Dario Williams»*, в котором Апелляционный суд Огайо решил, что промывание желудка наркодилера, проглотившего кокаин, не является чрезмерным вмешательством в его личную сферу и полученные в результате такого промывания доказательства являются допустимыми. Американский суд сравнил рассматриваемую ситуацию не с делом *«Rochin»*, а с другим, более

поздним делом, в котором речь шла о взятии образцов крови на анализ у подозреваемого. Американский суд отметил, что Конституция США не содержит абсолютного запрета на вторжение в личную неприкосновенность подозреваемого — запрет скорее касается неоправданного вторжения, или вторжения в грубой форме, а не вторжения вообще. Принудительное изъятие образцов крови (для анализа содержания алкоголя в крови, например) является вполне допустимой мерой, с помощью которой можно получать доказательства. В этом деле американские суды установили несколько критериев допустимости подобных доказательств: 1) полиция, решаясь на такую процедуру, должна иметь серьезные основания подозревать, что она обнаружит искомое; 2) полиция должна либо получить судебную санкцию, либо действовать в условиях срочности, когда невозможно получить такую санкцию; 3) способ получения улики должен быть разумным, и исполнена операция должна быть тоже разумно.

Опираясь на эти критерии, американский суд решил, что промывание желудка было допустимым способом получения улики. Подсудимого арестовали в момент, когда, судя по его поведению и внешним признакам, он участвовал в продаже наркотиков. Его собственная жизнь оказалась под угрозой в результате того, что он проглотил часть наркотиков, предназначенных для продажи. Это было единственным способом добыть уличающее его вещественное доказательство, ждать было нельзя, и не было возможности успеть получить судебную санкцию. Наконец, «извлечение» улики проходило по правилам медицины, в госпитале и под руководством доктора. Эти факты позволили американскому суду найти различие с делом «*Rochin*» и признать такое способ получения доказательств допустимым.

Вернемся к делу «*Jalloh*», которое было рассмотрено Европейским судом. Суд исследовал практику различных европейских стран, связанную с применением к подозреваемым в таких ситуациях рвотных средств. Официально подобная практика существовала только в четырех странах (Люксембург, Норвегия, Германия и Македония). В большинстве стран (в числе которых была упомянута и Россия) подобные методы официально не признавались либо не применялись на практике.

Европейский суд первым делом оценил произошедшее с заявителем с точки зрения статьи 3 Конвенции. Суд пришел к выводу, что подобная практика потенциально опасна для здоровья,

операция была проведена без достаточного предварительного обследования подозреваемого, с применением насилия и была достаточно болезненна. Кроме того, подозреваемого вырвало в присутствии полицейских, что было унижительно. Суд пришел к выводу, что подобное обращение противоречило статье 3 Конвенции, запрещающей бесчеловечное и унижающее достоинство обращение¹.

Анализ Суда по статье 6 был несколько длиннее. Суд рассмотрел эту ситуацию с двух сторон: с точки зрения использования доказательств, полученных с применением насилия, и с точки зрения доказательств, полученных в нарушение права не свидетельствовать против себя.

В отношении метода получения такого доказательства Европейский суд заметил, что улика (наркотики) была добыта с нарушением статьи 3 Конвенции, что вызывает серьезные сомнения в справедливости судебного разбирательства в целом (§ 105). Суд далее сказал, что доказательство, полученное в результате «пытки», никогда не может быть использовано в процессе; его использование автоматически сделает процесс несправедливым, каким бы убедительным и полезным это доказательство ни было. Трудно сказать, будет ли доказательство, полученное в результате «бесчеловечного обращения», всегда неприемлемо и будет ли его использование всегда делать процесс несправедливым в целом. Суд отметил, что в данном случае улика, добытая с помощью рвотного средства, была основной уликой против заявителя. У немецкого суда не было возможности не принять такое доказательство, так как национальное право прямо разрешало следственным органам прибегать к подобным процедурам.

Более того (и это очень интересный аргумент), весь процесс касался разовой продажи небольшого количества кокаина. Подозреваемый в результате был осужден к шести месяцам заключения условно. Европейский суд выделил это как один из аргументов против того, чтобы применять такую жестокую меру, как принудительное накачивание подозреваемого рвотным средством. Суд заключил, что использование такого доказательства делало весь процесс несправедливым.

¹ Суд не стал квалифицировать это обращение с обвиняемым как «пытку» (наиболее жестокий вид «дурного обращения» по статье 3).

Кроме того, Суд остановился на вопросе о нарушении права заявителя не свидетельствовать против себя. Он применил тест¹, описанный в деле «*Saunders v. the United Kingdom*» (постановление от 17 декабря 1996 года), и пришел к выводу, что заявителя заставили, причем очень унижительным и болезненным способом, предоставить органам обвинения материал, явившийся важнейшей уликой против него. Конечно, вещественное доказательство, извлеченное из тела заявителя, в принципе, попадает в категорию «материалов, существующих независимо от воли заявителя». Иными словами, эта улика не является порождением его воли (в отличие, например, от его признательных показаний). Однако наркотики в деле «*Jalloh*» сами по себе были вещественным доказательством, в то время как в деле «*Saunders*» речь шла скорее об отборе материала для последующего экспертного исследования и/или сравнения (такого, как образцы крови, слюны, почерка и т.д.). Далее, в отличие от ситуации с «отбором образцов», степень вмешательства в личную неприкосновенность подозреваемого в данном случае была выше и сама по себе уже нарушала статью 3 Конвенции. Полицейские провели процедуру без предварительной оценки рисков, которые она могла повлечь за собой, так как заявитель не говорил по-немецки и доктор не мог выяснить состояние его здоровья. В результате Европейский суд заключил, что подобное вмешательство в физическую неприкосновенность лица для получения вещественного доказательства нарушало его право не свидетельствовать против себя.

2. Доказательства, полученные путем обмана

Показания, полученные путем обмана, и право не свидетельствовать против себя

Вопрос об обмане подозреваемого следователем и получении таким образом показаний — очень сложный в теории уголовного процесса. Обман, равно как и «давление» на подозреваемого в рамках предварительного расследования, может быть вполне легитимным. Подозреваемый чаще всего не хочет давать показа-

¹ *Тест* — метод анализа, которым пользуется национальный или Европейский суд в своих рассуждениях. Тесты чаще всего состоят из последовательного ряда вопросов, на которые Суд отвечает, чтобы прийти к конечному выводу. Иногда эти тесты являются нестрогими (в том смысле, что ответ на предыдущий вопрос необязательно исключает последующий анализ других аспектов дела).

ния или как минимум сомневается в том, следует ли ему говорить или молчать. С помощью различных ухищрений следователь может преодолеть сопротивление подозреваемого и заставить его говорить, в некотором роде вопреки его воле и первоначальному намерению. В значительной степени вопрос «обмана» при получении признательных показаний связан с нарушением права не свидетельствовать против самого себя.

Вопрос в том, какой обман недопустим с точки зрения статьи 6 Конвенции, какого рода заблуждение подозреваемого делает доказательство «несправедливо полученным». Представляется, что главным критерием является интенсивность усилий полиции по преодолению воли подозреваемого. Чем больше усилий прикладывает полиция, чтобы обмануть подозреваемого и заставить его говорить, и чем уязвимее положение подозреваемого, тем более подозрительной является информация, полученная от него с помощью обмана.

*Пределы возможного обмана
при обеспечении процедурных гарантий соблюдения
прав подозреваемого и учете роли, которую полученные
путем обмана доказательства играли в процессе*

Помимо «интенсивности воздействия» Европейский суд будет обращать внимание на два аспекта: наличие процедурных гарантий соблюдения прав подозреваемого и роль, которую полученные путем обмана доказательства играли в процессе (см. «*Heaney and McGuinness v. Ireland*» и «*J.B. v. Switzerland*», постановления от 21 декабря 2000 года и от 3 мая 2001 года соответственно).

В качестве иллюстрации этого подхода можно привести несколько примеров из практики высших судов стран Британского Содружества. Эти дела были проанализированы Европейским судом в деле «*Allan v. the United Kingdom*» (постановление от 5 ноября 2002 года).

В деле «*R. v. Herbert*» (1990) Верховный суд Канады высказался таким образом: «Если полиция использует различные ухищрения, чтобы допросить подозреваемого, несмотря на его отказ от дачи показаний, это является ненадлежащим способом извлечения информации, которую полицейские не смогли бы получить, не нарушая конституционных прав подозреваемого: его права нарушаются, потому что он лишается права выбора. Однако в тех

случаях, когда полиция не пыталась “извлечь” информацию из подозреваемого, его право выбирать между молчанием и дачей показаний не нарушено. Если подозреваемый, по своему собственному выбору, решил с кем-то поговорить, следует полагать, что он осознавал риск того, что собеседник пойдет и расскажет все полиции».

*Использование информаторов под прикрытием
и право подозреваемого на молчание*

Вопрос в том, что такое «извлечение» информации. В деле «*R. v. Broyles*» (1991) Верховный суд Канады рассмотрел ситуацию, в которой информатором был друг подозреваемого. Полиция дала «другу» записывающее устройство и организовала ему свидание в тюрьме с подозреваемым. На свидании последний проговорился о том, что ему известно время убийства. Запись разговора была впоследствии использована против подозреваемого. Верховный суд Канады решил, что такого рода доказательство получено с нарушением права подозреваемого не давать показания, так как полиция играла на дружеских чувствах, на доверии к близкому человеку.

Австралийский суд в обстоятельствах, похожих на канадское дело «*Broyles*», пришел к прямо противоположным выводам. В деле «*R. v. Swaffeld and Pavic*» (1998) Высокий суд рассмотрел следующую ситуацию: один из обвиняемых был освобожден под залог, встретился со своим другом и рассказал ему о своей роли в совершении преступления, не зная, что полиция снабдила друга записывающим устройством. Высокий суд отметил, что «друг» не был полицейским и подозреваемый не находился от него в какой-либо зависимости. Более того, тот факт, что информатор был в дружеских отношениях с подозреваемым, делал его признание в частном разговоре по-настоящему ценным и достоверным доказательством.

Сравнение канадского и австралийского дел дает представление о том, насколько сложно бывает определить, была ли воля подозреваемого не давать показания преодолена или он действовал свободно, на свой страх и риск.

Вот еще один пример из канадской практики — дело «*R. v. Liew*» (1999). Полиция в этом деле арестовала подозреваемого вместе с полицейским агентом, который выполнял роль покупателя при «контрольной закупке». Их посадили вместе в камеру. В камере

полицейский агент спросил у подозреваемого: «Что случилось?» — а потом добавил: «У них моя доза, и на ней мои отпечатки». Подозреваемый ответил: «И мои тоже». Впоследствии эти слова стали важной уликой против обвиняемого. Верховный суд не стал рассматривать эту ситуацию как «допрос», вытягивание информации из подозреваемого. Полицейский агент не пытался активно вывести разговор на ту тему, которая интересовала полицию. Более того, между полицейским агентом и подозреваемым не существовало какой-то особой связи, доверительных отношений и т.п.

Перейдем теперь к делам, которые оказались на рассмотрении Европейского суда. Дело «Allan» касается доказательств, полученных от свидетеля — «подсадной утки». Заявителя подозревали в серии грабежей ночных магазинов, причем один из этих грабежей закончился убийством. Заявителя арестовали и на первом допросе разъяснили ему его право молчать по поводу предъявленных обвинений. Заявитель выбрал молчание.

Сильных улик против заявителя по эпизоду убийства не было. Полиция с санкции суда записывала разговоры между заявителем и его предполагаемым подельником, между заявителем и его подругой, которая приходила к нему на свидание в тюрьму, но из этих разговоров трудно было однозначно установить причастность заявителя к убийству. Тогда к нему в камеру подсадили уголовника, который проходил по другому делу и «по совместительству» был информатором полиции. Перед этим полиция проинструктировала своего информатора и приказала тому вытянуть из заявителя все что можно. Инструктаж был записан на пленку¹. Через некоторое время информатора снабдили звукозаписывающей аппаратурой.

¹ Сложно себе представить, чтобы в российском контексте такой разговор был бы записан на пленку. Скорее всего, в России не реже, чем в других странах, прибегают к услугам информаторов, но не всегда это оформляется должным образом. В процессе такие лица появляются как обычные свидетели. Представляется, что суды должны выяснять статус и отношения этих свидетелей с правоохрнительными органами или как минимум не препятствовать это делать защите. Статус свидетеля как информанта, агента полиции неизбежно влияет на оценку его показаний. Такого рода показания допустимы, но суды должны относиться к ним с особой осторожностью, и именно поэтому этот вопрос нельзя считать лишним в процессе. Кроме того, следует признать статус «агента» не только за лицом, формально вовлеченным в агентурную сеть, но и за любым «помощником» милиции (следствия и т.д.), у которого имеются предварительные договоренности с правоохрнительными органами об оказании им такого рода услуг.

В ходе официальных допросов заявителя пытались вымотать, давили на него, сбивали с толку. Он упорно продолжал молчать, но, вернувшись в камеру, изливал душу своему сокамернику-информатору, который записывал эти разговоры сперва на бумагу, а потом и на магнитофон.

В определенный момент информатор дал полиции письменные показания, в которых описал свои разговоры с заявителем и сообщил, что в одном разговоре заявитель упомянул среди прочего, что он был на месте убийства. К отчету прилагались кассеты с записями разговоров, однако этого признания на кассетах не было, поскольку, по словам информатора, оно было сделано раньше, до того, как ему дали магнитофон. Информатора выпустили из тюрьмы под залог.

Прокуратура представила эти материалы в суд. Других прямых улик, кроме кассет и письменных показаний информатора, в деле не было (хотя был ряд косвенных доказательств). Дело слушалось судом присяжных.

Защита возражала против приобщения этих доказательств, полагая, что они получены недопустимым образом, в результате давления на подозреваемого. Кроме того, по мнению защиты, информатор был заинтересован в получении доказательств против заявителя, а кассеты не содержали никакой информации, указывающей на заявителя как на убийцу. Прокуратура не соглашалась — по ее мнению, кассеты содержали информацию, которая косвенным образом указывала на заявителя как на убийцу и в целом совпадала с письменными показаниями информатора, что свидетельствовало о его добросовестности.

Оценка показаний информатора присяжными

Судья распорядился признать и письменные показания, и кассеты допустимым доказательством. Судья решил, что они не являются явно недопустимыми и что коллегия присяжных в состоянии оценить их достоверность¹. По окончании процесса в напутственном слове присяжным судья вернулся отдельно к этому вопросу. Он предложил присяжным оценить, насколько доказа-

¹ Интересная ремарка — судья рассмотрел этот вопрос в отдельном заседании, без присяжных, и вынес определение на 18 страницах. Трудно себе представить, что российский судья потратит столько же времени и усилий на решение вопроса о допустимости доказательств.

тельства, представленные прокуратурой, заслуживают доверия. В частности, присяжные должны были решить, оказывалось ли на заявителя давление в ходе официальных допросов, чтобы сделать его более разговорчивым в камере. Судья также отметил, что показания информатора должны быть оценены с большой осторожностью, потому что он был заинтересован в том, чтобы выудить из заявителя признание (информатору пообещали в обмен на его помощь освобождение под залог). Судья привел аргументы сторон по поводу кассет и попросил присяжных подумать, как следует интерпретировать их содержание. Судья также рассказал присяжным о тактике, выбранной защитой (молчание), и о возможных выводах, которые можно сделать из такого поведения¹. После двадцати одного с половиной часа совещания присяжные вынесли обвинительный вердикт, большинством в 10 голосов против двух.

Европейский суд в этом деле исследовал четыре группы доказательств, использованных в приговоре против обвиняемого: записи его разговоров с подельником, запись его разговоров на свидании с подругой, запись его разговоров с полицейским информатором и письменный отчет информатора об их разговорах.

Интересно, что Суд не нашел нарушения Конвенции в отношении первых двух групп доказательств, хотя и признал, что из них однозначно нельзя было сделать вывод о виновности заявителя — они, скорее, были «сопутствующими» доказательствами. Тем не менее у защиты была возможность обсудить вопрос допустимости этих доказательств в отдельной процедуре (*voire dire*), суд тщательно рассмотрел возражения защиты и дал на них очень подробный мотивированный ответ, этот вопрос также обсуждался на стадии апелляции. Европейский суд заключил, что вопрос о допуске доказательств был рассмотрен надлежащим образом и, следовательно, этот допуск не нарушает справедливости процесса.

С доказательствами, полученными от полицейского информатора, дело обстояло сложнее. Европейский суд, во-первых, оценил, можно ли информатора расценивать как агента государства. Суд обратил внимание на то, что, если бы полиция не проявила инициативу, не посадила информатора в камеру и не попросила бы его разговорить заявителя, разговор бы не состо-

¹ Правило о том, что молчание обвиняемого не должно быть истолковано против него, существует в английском праве, однако из него допускаются некоторые исключения.

ялся. То есть если бы информатор был, говоря языком преступного мира, обычным «стукачом», который регулярно и по своей инициативе докладывает тюремному начальству обо всем, что происходит в камере, его нельзя было бы признать агентом. Здесь же информатора специально посадили в одну камеру с заявителем и дали соответствующие инструкции. Все это произошло после того, как заявитель объявил следователю, что не будет давать показания. Более того, заявителя поместили в такую ситуацию, при которой ему трудно было держать язык за зубами (интенсивные допросы и т.д.). Таким образом, действия информатора были специально направлены на то, чтобы преодолеть волю заявителя. В результате Европейский суд решил, что доказательства, полученные с участием информатора, не должны были использоваться в процессе, а их использование привело к нарушению статьи 6 Конвенции¹.

Позиция Суда была развита в деле «*Bykov v. Russia*» (постановление Большой палаты от 10 марта 2009 года), где речь шла об использовании в процессе против заявителя записи, которую сделал информатор полиции с помощью скрытого в его одежде микрофона. Сравнивая дела «*Bykov*» и «*Allan*» (а также дело «*Heglas v. the Czech Republic*» от 1 марта 2007 года), Суд заметил, что в российском деле в отличие от британского заявитель не знал еще, что против него ведется уголовное расследование (или какой-то оперативный эксперимент). Иначе говоря, в отличие от дела «*Allan*» в российском деле разговор заявителя с приятелем записывался не для того, чтобы преодолеть волю заявителя, преодолеть его отказ сотрудничать со следствием. Заявитель пригласил приятеля в свой дом и вел с ним разговор об их совместных делах. В принципе, если бы свидетель потом сообщил детали этого разговора полиции, это могло бы быть использовано как доказательство против заявителя. Аудиозапись лишь подкрепляла это доказательство, делала его более надежным и точным. В этом деле Европейский суд не посчитал, что получение этого доказа-

¹ Возникает вопрос: а что делать, если обвиняемый выбрал активную защиту и дает показания, но отрицает свою вину? Насколько в такой ситуации полиция имеет право применять различные уловки, чтобы получить интересующие их признание и информацию? Представляется, что в этой ситуации «свобода маневра» у органов обвинения больше — свидетеля, дающего показания, но отрицающего вину, допускается запутывать, выявлять противоречия в его же словах и достаточно активно «вытягивать» из него признания, которые потом могут продемонстрировать его виновность.

тельства было сопряжено с каким-то «преодолением воли» подозреваемого.

3. Доказательства, полученные с серьезным нарушением права на неприкосновенность частной жизни, жилища, корреспонденции, телефонных переговоров

Европейский суд регулярно сталкивается с делами, касающимися вторжения в частную жизнь заявителей в ходе проведения оперативных мероприятий или же в рамках уголовного следствия. Чаще всего в таких делах заявители ссылаются на статью 8 Конвенции, гарантирующую неприкосновенность жилища, частной жизни и переписки. Так, в ставшем классическим деле «*Klass and Others v. Germany*» (постановление от 6 сентября 1978 года) Суд сформулировал ряд подходов к оценке пропорциональности вмешательства в тайну телефонных переговоров. Такого рода вмешательство должно быть основано на законе и направлено на одну из целей, перечисленных в статье 8. Суд в таких делах также пытается установить, было ли вмешательство в частную жизнь единственно возможной мерой, можно ли было применить иные меры слежения или же это было очевидно бесполезно либо существенно затруднено в обстоятельствах дела. По общему правилу такого рода меры должны применяться под судебным контролем (кроме исключительных случаев, не терпящих отлагательства), суды должны максимально четко и ограничительно описывать пределы действий правоохранительных органов, устанавливая сроки действия выданной им санкции, круг лиц, на которых они распространяются, и т.д.

Отсутствие абсолютного запрета на использование доказательств, полученных с нарушением неприкосновенности частной жизни: анализ иностранного законодательства

Однако все эти критерии важны именно в контексте статьи 8 Конвенции. Наша основная задача — посмотреть, насколько, по мнению Суда, нарушение требований статьи 8 может привести к нарушению статьи 6 Конвенции. Как уже было сказано, нарушение некоторых положений Конвенции, прежде всего статьи 3, ведет к автоматическому исключению доказательств, получен-

ных с таким нарушением. Европейский суд до сих пор очень осторожно подходил к вопросу о допустимости доказательств, полученных с нарушением иных положений Конвенции, нежели статья 6 или 3. Практика Суда знает множество случаев, когда нарушение какого-то положения Конвенции в ходе добывания доказательства (чаще всего это касается именно статьи 8) не приводит к его исключению из доказательственной базы.

Если обратиться к отчету Сети независимых экспертов Европейского союза по вопросам основных прав за 2003 год¹, посвященному исключению незаконно добытых доказательств, в ряде европейских стран вообще нет принципиального запрета на использование доказательства, добытого с нарушением права на уважение частной жизни (исключая, конечно, ситуации применения пытки, если уважение физической неприкосновенности также рассматривать как часть «частной жизни» лица). К этим странам относятся Великобритания, Дания, Франция, Финляндия, Германия, Австрия и Швеция. В ряде других стран существует запрет на использование таких доказательств (Бельгия, Кипр, Испания, Греция, Италия, Ирландия, Мальта, Люксембург и Нидерланды). Вместе с тем ни в тех, ни в других странах правило не является абсолютным. В первой группе стран у судей практически всегда остается право исключить «подозрительное» доказательство (с учетом степени нарушения права лица, от которого доказательство было добыто, влияния этого доказательства на исход процесса и т.д.). Кроме того, законодательство тех стран, в которых нет общего правила об исключении доказательства, полученного с нарушением права на частную жизнь, содержит множество частных ограничений на допустимость использования доказательства. Напротив, страны, в которых такой запрет есть, признают множество исключений из этого правила.

В Ирландии действуют различные правила в отношении доказательств, добытых с нарушением обычных законов и конституционных положений. В первом случае у судьи есть дискреция допускать или не допускать какое-то доказательство. Во втором случае доказательство по общему правилу подлежит исключению, хотя у судьи есть право в исключительных обстоятельствах допустить доказательство к использованию (например, тогда,

¹ См.: <http://crldho.cpdr.ucl.ac.be/documents/Avis.CFR-CDF/Avis2003/CFR-CDF.opinion3-2003.pdf> (с. 6—7).

когда нарушение было результатом добросовестного заблуждения должностного лица)¹.

Кроме того, исключение доказательств в тех странах, где они должны быть в обязательном порядке исключены, необязательно выгодно защите — по этим же основаниям могут быть исключены доказательства, выгодные подсудимому (поэтому в некоторых странах, например в Дании и Бельгии, существует правило, согласно которому суды обязаны принять незаконно добытое доказательство, если оно выгодно стороне защиты)².

В США действует общее правило, согласно которому доказательства, полученные с нарушением четвертой поправки к Конституции (гарантирующей право на уважение частной жизни), нельзя использовать в уголовном процессе. Надо сказать, что это правило появилось не сразу — до решения Верховного суда в делах «*Weeks*» и «*Gouled*» (1914 и 1921 годы соответственно) не существовало общего запрета на использование таких доказательств. Таким образом, в течение 130 лет суды не задумывались над тем, что неконституционность действий полиции может иметь такой эффект, как признание недопустимыми доказательства, полученные в результате таких действий³. Однако Суд в ряде последующих решений уточнил, что правило исключения таких доказательств далеко не абсолютно.

В деле «*Stone v. Powell*» (1976 год)⁴ Верховный суд США, рассуждая об исключении доказательств, полученных в нарушение четвертой поправки, отметил, что требование исключения не является абсолютным; из этого правила существует множество исключений. Такого рода доказательства не могут быть использованы в основном судебном разбирательстве против обвиняемого, однако это правило не действует в рамках процедуры большого жюри⁵. Далее, хотя сторона обвинения не может использовать

¹ См.: Отчет Сети независимых экспертов Европейского союза по вопросам основных прав за 2003 год. С. 18. (Далее — Отчет Сети экспертов).

² Там же. С. 7.

³ В деле «*Mapp v. Ohio*» этот принцип был распространен с федерального уровня и на суды штатов (до этого подобные доказательства были недопустимыми только в федеральных судах — см.: Lawson Mack R. *Comparative Criminal Procedure: History, Processes and Case Studies*. Buffalo, New York : William S. Hein & Co., Inc. 2008. P. 343 et seq.

⁴ См.: <http://supreme.justia.com/us/428/465/case.html>.

⁵ Квазисудебная процедура, в которой решается вопрос о том, есть ли признаки преступления и стоит ли передавать дело в уголовный суд.

такого рода незаконно добытые доказательства при доказывании самого факта преступления, использование подобных доказательств допускается, чтобы показать, что обвиняемый как свидетель склонен к вранью в силу своего характера (*impeachment of the defendant*). Наконец, только то лицо, в отношении которого ведется дело, может требовать исключения доказательств, и только в тех случаях, когда оно само было жертвой незаконного обыска, прослушивания и т.п. Нарушение же конституционных прав третьего лица (не обвиняемого) не будет иметь последствий для использования полученного таким образом доказательства.

В этом деле Верховный суд США решил, что не будет пересматривать решение суда штата в том случае, если вопрос об исключении доказательства как добытого с нарушением федеральной Конституции был надлежащим образом рассмотрен в суде штата. Такой подход очень похож на подход Европейского суда, который всегда оценивает, насколько подробно и тщательно вопрос о допустимости доказательства рассматривался национальными судами. В названном американском деле речь шла об обыске обвиняемого, в результате которого у него был найден пистолет — важная улика в деле об убийстве. Сам обыск был проведен в рамках закона о бродяжничестве, который был признан впоследствии неконституционным. Однако, как установил суд штата, полицейский, обыскивавший заявителя в рамках закона о бродяжничестве, действовал добросовестно. Несмотря на то что он опирался при проведении обыска на неконституционный закон, незаконность его действий не повлияла на допустимость доказательства (концепция *harmless error*). Верховный суд решил, что в таких обстоятельствах у него нет необходимости пересматривать решения суда штата.

В деле «*United States v. Leon*» (1984 год)¹ Верховный суд пошел еще дальше, заметив, что следует различать вопрос о нарушении конституционного права и вопрос об исключении доказательства, полученного в результате такого нарушения, — второе не вытекает автоматически из первого. Второй вопрос должен быть решен путем «взвешивания аргументов за и против исключения из доказательственной базы обвинения такого вещественного доказательства, которое по природе своей достоверно, получено на основании решения об обыске, выданном независимым и нейтральным судьей, хотя решение впоследствии оказалось не-

¹ См.: http://scholar.google.com/scholar_case?case=12950573209015417232&q=us+v.+leon&hl=en&as_sdt=2,5&as_vis=1.

законным». В тот момент, когда полицейские проводили обыск, они не знали о необоснованности ордера и действовали добросовестно. Верховный суд заметил, что в таких ситуациях исключение доказательства не может достичь цели общей превенции незаконных действий полиции, так как полиция в этой ситуации, так сказать, ни в чем не виновата. Поэтому исключать такие доказательства не нужно. Интересно, что в подобных делах исключение доказательства называется *extreme sanction*, т.е. исключительной, максимальной санкцией. Из этого следует, что американские суды предполагают все же, что в такого рода ситуациях должны существовать способы компенсации для пострадавшего лица или санкции для должностного лица, допустившего нарушение, но необязательно в форме исключения доказательств.

Рассуждая о цели исключения незаконно добытых доказательств, американский суд говорит о превенции в отношении полиции и иных правоохранительных органов. Однако доказательство может быть добыто и вне оперативной или следственной деятельности таких органов, а именно частными лицами. Как полагают эксперты Сети, если какие-то факты были вскрыты в результате того, что одно частное лицо незаконно вмешалось в частную жизнь другого частного лица и это вмешательство не было связано с добыванием доказательств для будущего уголовного процесса, нельзя применять такие же правила недопустимости доказательства, как в отношении доказательств, добытых следственными или оперативными органами государства¹.

В России действует правило, согласно которому «результаты оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционного права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также с проникновением в жилище против воли проживающих в нем лиц (кроме случаев, установленных федеральным законом), могут быть использованы в качестве доказательств по делам, лишь когда они получены по разрешению суда на проведение таких мероприятий и проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством»².

¹ См.: Отчет Сети экспертов. С. 8.

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 года № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» (с изменениями от 6 февраля 2007 года), п. 14.

Как видно, исключению подлежат доказательства, связанные с вторжением в частную сферу, если они не получены с санкции суда и не были включены в дело соответствующим решением следователя (или судьи). Здесь, однако, не указывается, как быть с теми результатами оперативно-розыскных действий (ОРД), которые хотя и удовлетворяют этим двум условиям, тем не менее получены с нарушением закона (так как ни судебная санкция как таковая, ни решение следователя не являются окончательной гарантией законности, хотя могут быть важным условием для соблюдения последней). Кроме того, не вполне ясно, как быть с материалами, полученными вне ОРД (например, с материалами, полученными частными лицами по своей инициативе или даже случайно): распространяются ли на них эти два требования?

Если исходить из дальнейших разъяснений Пленума Верховного Суда РФ (п. 16 постановления), то такие доказательства тоже недопустимы, так как «доказательства должны признаваться полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении были нарушены гарантированные Конституцией Российской Федерации права человека и гражданина или установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления, а также если собирание и закрепление доказательств осуществлены ненадлежащим лицом или органом либо в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами». Это уточнение, впрочем, также не снимает всех вопросов. Что делать с доказательством, полученным (1) частным лицом (т.е. вне рамок ОРД), (2) в результате вторжения в частную жизнь, жилище, корреспонденцию и т.п. другого лица и (3) без судебной санкции? Может ли это доказательство стать допустимым вследствие «закрепления» его каким-то способом, установленным в УПК, например путем приобщения его к материалам дела? Или же дефект в «собрании» этого доказательства делает его непригодным для приобщения к материалам?¹

¹ По мнению некоторых авторов (см.: Корневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании. М.: Юрист, 2004. С. 25), одним из критериев «законности» получения материалов ОРД является факт проведения мероприятий уполномоченным государственным органом. Однако материалы, полученные в рамках частной инициативы, могут попасть в уголовное дело не в качестве материалов ОРД, а в качестве других доказательств.

*Позиция ЕСПЧ об исключении доказательств,
добытых с нарушением тайны
частной жизни (статья 8 Конвенции)*

Европейский суд занимает очень консервативную позицию в вопросе о том, нужно ли исключать доказательства, добытые с нарушением положений статьи 8 Конвенции, гарантирующей неприкосновенность жилища, тайны переписки и частной жизни. В деле *«Khan v. the United Kingdom»* (постановление от 12 мая 2000 года) заявителя задержали при въезде в страну по подозрению в том, что он помогал другому лицу перевозить наркотики. Однако никаких улик против самого заявителя не было, и его отпустили. Некоторое время спустя заявитель пришел на квартиру к своему знакомому и в разговоре с ним признался, что он был соучастником контрабанды. Квартира знакомого прослушивалась полицией в рамках другого дела, и этот разговор был записан на пленку. Позже эта пленка была использована в процессе против самого заявителя как основное доказательство.

Внутренние суды в этом деле пришли к выводу, что прослушивание квартиры знакомого было незаконно и, более того, нарушало статью 8 Конвенции. Однако при этом английские суды решили, что такое доказательство можно было использовать в процессе против заявителя.

Европейский суд сделал такие же выводы. Во-первых, ЕСПЧ согласился с тем, что прослушивание было незаконным — не в том смысле, что оно нарушало какой-то закон, а в том, что английское право в тот момент не регулировало подобную форму вмешательства в частную жизнь вообще. Существовали некоторые ведомственные акты, устанавливающие правила такого рода прослушивания, но они, во-первых, носили рекомендательный характер, а во-вторых, были недоступны широкой публике. Таким образом, вмешательство в частную жизнь заявителя (в той степени, в какой его частный разговор со своим знакомым оказался записанным на пленку) было незаконным.

Вместе с тем Суд решил, что нарушения статьи 6 в связи с использованием пленки в процессе не было. Во-первых, как и в деле *«Schenk v. Switzerland»* (постановление от 12 июля 1988 года), вопрос об использовании подобного рода доказательства был тщательно рассмотрен в отдельной процедуре в нескольких инстанциях.

Во-вторых (и это очень важный элемент анализа Суда), «незаконность» состояла не в том, что полиция осознанно действовала вопреки какому-то закону, а скорее в отсутствии нормального закона, регулирующего эту сферу деятельности полиции. В остальном полиция действовала добросовестно, исходя из рекомендаций, содержащихся в ведомственных актах (которые, как мы уже упоминали, не обладали необходимыми характеристиками «закона» в смысле статьи 8 Конвенции). В этом деле разговор между заявителем и его знакомым был свободным, заявитель вполне добровольно сделал признание, которое потом послужило главной уликой против него. В этом деле полиция не действовала ни обманом, ни путем провокации, ни иным образом нечестно по отношению к заявителю.

В-третьих, Суд отметил, что в отличие от дела «*Schenk*» в деле «*Khan*» пленка с разговором была действительно центральным элементом в доказательственной базе против заявителя. Однако данный фактор не повлиял на вывод Суда в деле «*Khan*»: хотя эта пленка была единственным прямым доказательством, заявитель никогда не оспаривал его надежность (то, что на ней записан действительно его голос, и то, что он говорил именно те слова, которые сторона обвинения ему вменяла). Заявитель оспаривал только формальную допустимость доказательства. В таких условиях пленка была исключительно надежным доказательством вины заявителя и необходимости в получении других подтверждающих его вину свидетельств не было.

*Сопоставление правовых позиций ЕСПЧ и КС РФ
по отношению к пределам ограничения тайны
частной жизни при получении доказательств*

Дело «*Khan*» стало моделью для рассуждений Суда о том, насколько нарушение требований статьи 8 при получении доказательства может делать это доказательство недопустимым.

Из относительно недавних примеров применения этого подхода следует вспомнить дело «*Vukov v. Russia*», рассмотренное Большой палатой Суда (постановление от 10 марта 2009 года). В этом деле заявитель, один из лидеров красноярского бизнеса и, по мнению некоторых, преступного мира, был осужден за попытку убийства своего конкурента. Исполнитель предполагаемого убийства по каким-то причинам рассказал правоохранительным органам о планах заявителя. Тогда милиция «разыграла» сцену убийства и отпра-

вила «исполнителя» к предполагаемому «заказчику», предварительно снабдив его скрытым микрофоном. Проведение этой операции не было санкционировано судом. Во время встречи «исполнителя» и заявителя последний произнес несколько фраз, которые впоследствии были истолкованы внутренними судами как подтверждающие его причастность к неудавшемуся убийству. Российские суды в этом деле отказались исключить пленку из доказательственной базы по делу и использовали ее содержание в приговоре.

Европейский суд в этом деле прежде всего рассмотрел жалобу заявителя по статье 8 Конвенции. Запись частного разговора, несомненно, была вторжением в частную жизнь заявителя. Согласно статье 8 любое вторжение в частную жизнь должно быть основано на законе. Однако, как и в деле «*Khan*», в деле «*Вуков*» процедура прослушивания с помощью скрытого микрофона не была описана в законе об оперативно-розыскной деятельности. Закон требовал получения судебной санкции для проведения ряда оперативных действий, сопряженных с вмешательством в тайну переписки, телефонных переговоров, со вторжением в жилище. Однако использование микрофона для прослушивания беседы, которая ведется без средств связи, в законе, повторим, не было описано. Соответственно это оперативное действие было проведено без санкции судьи. Европейский суд расценил, что в данном случае имела место лакуна правового регулирования, которой воспользовались органы расследования; следовательно, вмешательство не было законным (хотя из рассуждений Суда можно сделать и более серьезный вывод о том, что любое подобное вмешательство правоохранительных органов в частную жизнь должно, как правило, быть санкционировано судьей, — см. § 80 постановления по делу «*Вуков*»).

Подход Европейского суда напоминает подход Конституционного Суда Российской Федерации, который в постановлении от 14 июля 1998 года распространил понятие «проникновение в жилище» на такие действия, как наблюдение и обследование помещений, связанное с физическим проникновением или проникновением с помощью технических средств¹.

Вместе с тем Европейский суд в деле «*Вуков*» не нашел нарушения статьи 6 Конвенции. Суд отметил, что допустимость это-

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 14 июля 1998 года № 86-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона “Об оперативно-розыскной деятельности” по жалобе гражданки И.Г. Черновой», п. 3.

го доказательства была (хотя и безуспешно) оспорена заявителем в национальных судах. Кроме того, эта пленка не была единственным доказательством и подтверждалась другими доказательствами в деле (в частности, показаниями «наемного убийцы», данными на предварительном следствии и на очных ставках с заявителем). В § 102 Суд отметил, что заявитель сам пригласил милицейского агента (предполагаемого наемного убийцу) к себе в гостевой домик. Они общались свободно, никто не заставлял заявителя произносить те фразы, которые он произносил. Вместе с тем Суд в этом деле совсем не исключал возможность того, что какое-либо серьезное нарушение статьи 8 может привести и к признанию нарушения требований статьи 6 о справедливом правосудии.

Подход Суда к решению вопроса о справедливости правосудия можно назвать весьма консервативным. С одной стороны, Суд делает вывод о нарушении, например, статьи 8 в ходе прослушивания телефонных переговоров заявителя. Такого рода вывод требует от государства-ответчика, в рамках статей 41 и 46 Конвенции, принятия мер, исправляющих это нарушение. Государство должно выплатить справедливую компенсацию, а также, если возможно, вернуть заявителя в положение, существовавшее до нарушения статьи 8, констатированного Судом. Можно предположить, что, так как Суд не находит в таких делах нарушения статьи 6, он тем самым прямо заявляет государству, что от того не требуется пересмотра приговора. С другой стороны, какие еще меры (если не брать в расчет выплату компенсации) способны восстановить права, нарушенные незаконным (и несправедливым с точки зрения Конвенции) прослушиванием? Видимо, Суд оставляет это на усмотрение государства.

Применение правила об исключении доказательств, полученных в нарушение какого-то конституционного (или конвенционного) права, должно в большей мере обеспечиваться не через установление общего запрета недопустимых доказательств, добытых с нарушением того или иного положения Конституции, а через тщательное исследование (прежде всего на уровне конституционного судопроизводства и практики высших судов государства) того, насколько исключение доказательства соразмерно цели, общей превенции незаконных методов ведения расследования. Например, задержание лица может быть признано незаконным и даже неконституционным, но это необязательно значит, что признания, сделанные лицом во время такого задержания, будут недопустимы.

Юристы, применяющие Конвенцию, могут попробовать использовать следующую линию рассуждений: коль скоро гарантии Конвенции являются частью российского права (в силу положений статьи 17 Конституции), нарушение Конвенции при добывании доказательства делает последнее «незаконным» с точки зрения внутреннего права. При этом такая «незаконность» является не просто нарушением каких-либо формальностей, а по сути своей ближе к «неконституционности». Согласно постановлению Пленума Верховного Суда, уже цитированному выше, «при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона (ч. 2 ст. 50 Конституции Российской Федерации), а в силу ст. 75 УПК РФ доказательства, полученные с нарушением уголовно-процессуального законодательства, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения». Следовательно, в той степени, в какой российское право требует исключения всех незаконно добытых доказательств, доказательства, добытые с нарушением Конвенции, тоже подлежат исключению.

§ 5. ДОКАЗАТЕЛЬСТВА, ПОЛУЧЕННЫЕ БЕЗ УЧАСТИЯ АДВОКАТА

В большинстве дел, рассмотренных Судом, нарушение статьи 6, § 1, было вызвано отступлением от одного из более специфических требований доказывания, закрепленных в статье 6, § 3, Конвенции. Третий параграф статьи 6, как сказано в деле «*Deweert v. Belgium*» (постановление от 27 февраля 1980 года), представляет собой особый случай применения общего принципа справедливого правосудия, закрепленного в первом параграфе этой статьи.

Отказ в предоставлении помощи адвоката при производстве следственных действий как основание для признания недопустимости доказательств и несправедливости процесса

Достаточно распространенной при этом является жалоба на нарушение статьи 6, § 1 и 3 (с), в связи с тем, что на первоначальных допросах, протоколы которых потом были использованы в уголовном деле и в приговоре, не присутствовал адвокат. Такая жалоба может быть сформулирована двумя способами: как жалоба на отказ в предоставлении правовой помощи (статья 6, § 3 (с),

Конвенции) или как жалоба на несправедливость процесса в связи с использованием доказательства, полученного без участия адвоката. Российский УПК содержит прямое указание на то, что доказательства, полученные от обвиняемого или подозреваемого в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, не подтвержденные в суде, являются недопустимыми (статья 75, ч. 2).

Прямо Конвенция не требует присутствия адвоката при производстве всех следственных действий. Его участие необходимо, когда следственное действие совершается с участием подозреваемого, когда подозреваемый является источником информации.

Особенностью Европейской конвенции — в отличие от многих национальных правовых систем — является то, что она не гарантирует информирования обвиняемого о том, что ему полагается адвокат. Это право сформулировано в некоторых международных документах, например в статье 14, § 3 (d), Международного пакта о гражданских и политических правах¹. Конвенция же не требует, чтобы обвиняемому были разъяснены его права. Теоретически Суд может найти нарушение Конвенции в ситуации, когда заявителю не разъяснили права и в результате этого он не смог воспользоваться правовой помощью. Однако нарушение здесь все же будет состоять не в самом факте не-разъяснения прав, а скорее в отсутствии правовой помощи в результате этого. Впрочем, как будет показано ниже, в последнее время Суд начинает придавать все большее значение тому, были ли обвиняемому разъяснены его права.

1. Традиционный взгляд (оценка справедливости процесса в целом)

Нарушение права на адвоката и его связь с признанием несправедливости процесса

Суд традиционно старался оценивать не отдельные дефекты головного расследования, а то, насколько тот или иной дефект в ходе процедуры мог повлиять на возможности защиты и в итоге на приговор. Анализ дела «*Imbrioscia v. Switzerland*» (постановление от 24 ноября 1993 года) показывает, что даже очень серьезные ограничения права на защиту на предварительном следствии не

¹ Где оно названо «правом [обвиняемого], у которого нет правовой помощи, быть информированным о его праве [на правовую помощь]» — см.: <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>

могли убедить Суд в том, что была нарушена статья 6, во всяком случае до тех пор, пока у подозреваемого оставалась возможность оспорить полученные таким образом доказательства в суде и пользоваться в течение судебной стадии процесса услугами адвоката без каких-либо ограничений. Суд в этом деле готов был допустить (хотя бы и косвенно), что адвокат не вызывался на допросы на следствии по вине государства, и не усмотрел нарушения в использовании доказательств, добытых без адвоката, в обоснование приговора. Несмотря на эти дефекты, отдельные нарушения права на защиту в этом деле, по мнению Суда, не повлияли на справедливость процесса в целом.

Отсутствие адвоката на первых допросах обвиняемого

Таков традиционный подход Суда, который с точки зрения оценки справедливости процесса в целом, имеет, однако, очень большой практический недостаток, особенно в контексте континентальных систем уголовного процесса. Он недооценивает важность предварительного следствия. В идеальной ситуации суд должен рассматривать доказательства *ab novo*. По умолчанию показания, данные на суде, должны иметь приоритет по сравнению с такими же показаниями, данными на следствии. На практике показания (особенно признательные), данные подозреваемым на следствии, часто являются основой приговора несмотря на последующее изменение линии защиты. Теоретическая возможность оспорить доказательства, полученные на следствии с нарушением права на защиту, есть всегда, но практически судьба процесса решается на первых допросах, поэтому так важно обеспечить справедливость процесса на самых ранних этапах.

Некоторые авторы утверждают, что длительное непризнание Европейским судом права на присутствие адвоката во время допросов в полиции не соответствует позиции Международного трибунала по бывшей Югославии, а также позиции Комитета против пыток Совета Европы¹.

Действительно, статут Международного уголовного трибунала предполагает право подозреваемых на помощь адвоката с момента первого допроса, во всяком случае это является наиболее

¹ См.: Cape E., Namoradze Z., Smith R., Spronken T. *Effective Criminal Defence in Europe*. Antwerpen : Oxford : Intersentia, 2010. P. 39.

очевидной его интерпретацией¹. Несомненно, присутствие адвоката на допросе затрудняет применение пытки к подозреваемому, и с этой точки зрения это очень важная гарантия. Вместе с тем статья 6 Конвенции касается не запрета пыток, а справедливости судопроизводства и исходит из того, что по общему правилу подозреваемого не пытаются. В этой ситуации вопрос «нужен ли на допросе адвокат» будет решаться Европейским судом с точки зрения концепции справедливого правосудия, а не с точки зрения профилактики насилия в полицейских участках.

*Практические последствия нарушения права
на защиту для дальнейшего хода процесса и приговора*

В более поздних делах Европейский суд пытался оценить практические последствия нарушения права на защиту для дальнейшего хода дела.

В деле «*Brennan v. the United Kingdom*» (постановление от 16 октября 2001 года) заявителю, арестованному по подозрению в причастности к террористической деятельности, было отказано в доступе к адвокату в течение первых 24 часов из соображений безопасности — власти боялись, что он оповестит находящихся на свободе сообщников. Заявитель не давал показаний в течение этого времени. По истечении суток у адвоката появилась возможность увидеться со своим клиентом, но он по каким-то своим причинам отложил свой визит в тюрьму. Заявителя допросили, и он дал признательные показания, которые были впоследствии использованы в приговоре как ключевые доказательства его виновности. Наконец заявителю удалось встретиться с адвокатом, однако первая их встреча происходила в присутствии полицейских (последующие — в конфиденциальной обстановке). Вместе с тем адвокату не было позволено участвовать в последующих допросах, в ходе которых подозреваемый продолжал давать подтверждающие его вину заявления, впоследствии использованные в приговоре.

Предметом анализа при оценке нарушения по статье 6 Конвенции здесь были три периода: первые сутки, когда заявителя не допрашивали, но и не разрешали увидеться с адвокатом; период, когда адвокат мог прийти, но не пришел, а заявитель был допрошен и дал признательные показания; и третий период, после встречи заявителя с адвокатом.

¹ См.: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/tdec/en/70902732.htm>.

По поводу первого периода Европейский суд решил, что 24-часовое ограничение на встречу с адвокатом не нарушало прав заявителя по статье 6, § 1, так как не повлияло на приговор — заявитель не дал никаких показаний в течение этого времени.

Что касается допроса, на котором адвокат заявителя отсутствовал и результаты которого были потом использованы в приговоре (второй период), то Европейский суд отметил, что у заявителя была возможность оспорить допустимость этих доказательств в суде с участием адвоката. Действительно, вопрос о допустимости протоколов допроса решался в отдельной процедуре профессиональным судьей перед началом слушания дела присяжными (так называемая процедура *voir dire*).

Кроме того, адвокат мог прийти к своему подзащитному, но не пришел и даже не попытался связаться с ним, чтобы дать какие-то предварительные инструкции. При таких обстоятельствах Европейский суд заключил, что нарушения статьи 6 со стороны государства не было.

Однако Суд обнаружил нарушение статьи 6, § 3 (с), Конвенции в связи с тем, что во время первой встречи заявителя с его адвокатом в комнате присутствовал полицейский, который мог слушать их разговор. Европейский суд посчитал, что адвокат и заявитель не имели реальной возможности говорить свободно во время этой встречи и адвокат не мог убедительно разъяснить подозреваемому его право хранить молчание, и потому во время последующих допросов заявитель продолжал давать невыгодные для него показания.

Хотя в суде у заявителя всегда была возможность оспорить свои показания, данные как без адвоката, так и после свидания с последним, и относительно второго эпизода Европейский суд удовлетворился тем фактом, что заявитель мог оспорить допустимость доказательств в суде, и британские суды рассмотрели эти возражения в рамках процедуры *voir dire*, Суд не стал оценивать, была ли у заявителя возможность также применительно к третьему эпизоду оспорить доказательства. ЕСПЧ сконцентрировался на том, что (а) во время встречи заявитель не мог получить полноценный совет от своего адвоката, (б) в результате этого заявитель продолжал давать показания, которые ему были невыгодны.

Отметим также, что в деле «*Brennan*» Европейский суд не оценивал отдельно практику английских следственных органов, которая не предполагала присутствия адвоката на самих допросах, и причины, по которым первая встреча заявителя с адвокатом проходила в присутствии полицейского. Суд сконцентрировался

на последствиях такого ограничения (которые действительно были для заявителя очень тяжелыми, так как его приговор в значительной степени был основан на его собственных показаниях).

Возникает вопрос: сможет ли Суд принять какие-то ограничения конфиденциальности общения с адвокатом как допустимые (исходя из требований безопасности или иных соображений общественного блага) или они всегда недопустимы при условии их использования в приговоре? Из текста постановления по делу «*Brennan*» можно заключить, что Суд готов был бы мириться с подобным ограничением конфиденциальности, если бы у властей была информация о том, что адвокат будет пытаться, в нарушение правил профессиональной этики, помочь заявителю в оповещении его предполагаемых поделчиков. Однако такой информации у властей не было, и полицейский присутствовал при встрече, так сказать, на всякий случай.

В деле «*John Murray v. the United Kingdom*» (постановление от 8 февраля 1996 года) адвокат отсутствовал в «критический» момент процесса.

Факты этого дела таковы. Боевики Ирландской республиканской армии похитили человека, которого они подозревали в сотрудничестве с властями, заперли его в доме и несколько дней допрашивали. Допросы записывались на аудиокассету. Некоторое время спустя полиция ворвалась в дом и освободила заложника (заложник содержался на втором этаже). В этом же доме задержали заявителя, в тот момент, когда он спускался по лестнице на первый этаж. Всего по этому делу было задержано восемь человек. При аресте заявитель был предупрежден о своем праве сохранять молчание. Вместе с тем ему было сказано, что, если на суде он будет ссылаться на какие-то факты, о которых он не говорил на первом допросе, суд может истолковать его первоначальное молчание по поводу этих фактов не в его пользу. Заявитель отказался сообщить свои личные данные и потребовал адвоката. Однако полиция, ссылаясь на специальное антитеррористическое законодательство, распорядилась отложить появление адвоката на 48 часов, но предложила подозреваемому сообщить кому-то из друзей или родственников о его задержании. Заявитель отказался.

Заявителя допрашивали несколько раз, выясняя, каким образом он оказался в доме, в котором содержался заложник. Он каждый раз отказывался говорить. По истечении 48 часов к нему пустили адвоката. После встречи с адвокатом заявитель продолжал молчать. Присутствие адвоката во время допроса не допускалось.

Бывший заложник был также допрошен. По его словам, его держали в доме с завязанными глазами. Перед самым освобождением заявитель развязал его и сказал, что дом окружен полицией, а также что он (заложник) должен идти вниз, на первый этаж, и делать вид, что смотрит телевизор. Заявитель также пытался на его глазах уничтожить кассету с записью допросов заложника. Эта кассета была позже обнаружена при обыске и действительно содержала запись допросов. Были допрошены и полицейские, которые описали ситуацию внутри дома в момент ареста так же, как ее описал заложник.

На суде заявитель продолжал хранить молчание. Один из обвиняемых дал показания в пользу заявителя, сказав, что тот оказался в доме с заложником случайно, зашел туда незадолго до полицейской операции и не имел отношения к похищению. По мнению заявителя, версия, выдвинутая обвиняемым, объясняла, почему он оказался в доме в момент полицейской операции. Однако британский суд расценил показания обвиняемого как ложные. Он сопоставил показания полицейских, заложника и результаты обыска, и решил, что заявитель был причастен к похищению. Кроме того, британский суд сослался на то, что на первоначальных допросах заявитель не выдвигал эту версию, а молчал.

Иначе говоря, приговор в этом деле был в значительной степени построен не на прямых доказательствах (какими могли бы быть, например, показания свидетелей, которые видели, как заявитель похищает заложника), а на умозаключении суда: «был в доме, пытался уничтожить кассету, отдавал приказы заложнику — значит, причастен к преступлению».

Заявитель в этом деле жаловался в первую очередь на то, что подобная правовая конструкция нарушает его право не свидетельствовать против самого себя, а также на отсутствие адвоката на первых допросах.

Европейский суд пришел к следующим выводам. Суд отметил, что право на адвоката, закрепленное в статье 6, § 3 (с), не является абсолютным и может быть ограничено, если к тому имеются разумные основания¹. Вместе с тем действовавшее в тот момент законодательство придавало особенный вес первоначальным показаниям подозреваемого или даже просто его поведению

¹ Похоже на то, что Европейский суд признал разумным ограничение на встречу с адвокатом, примененное в настоящем деле, — см. интерпретацию, данную в решении по делу «*John Murray*» и в § 52 постановления от 27 ноября 2008 года по делу «*Salduz v. Turkey*», на котором мы остановимся ниже.

(отказу давать показания): вне зависимости от того, как в последующем менялась его линия защиты, выбор, сделанный при первых же допросах, являлся предопределяющим. И молчание заявителя, и его первоначальные показания могли быть использованы против него вне зависимости от его дальнейших показаний. В этой ситуации, по мнению большинства Суда, неважно, имелись ли у полиции серьезные основания для ограничения на 48 часов права заявителя увидеться со своим адвокатом.

Действительно, заявитель продолжил молчать и после того, как получил возможность посоветоваться с адвокатом. Однако Суд не может гадать, помогла бы ему смена его процессуальной позиции или нет. Суд пришел к выводу, что отсутствие адвоката в такой важный момент (когда любое, в принципе, поведение заявителя могло обернуться для него отрицательными последствиями) не могло не повлиять на справедливость процесса в целом. В результате Суд нашел нарушение статьи 6, § 3 (с).

Позволим себе предположить, что решение Европейского суда по данному делу могло быть иным, если бы молчание подозреваемого не было использовано против него в приговоре. Во всяком случае, аргументация Суда в этом деле очень сильно привязана к последствиям, которые в национальном праве связывались с поведением подозреваемого. Тем не менее по сравнению с делом *«Imbrioscia»* Суд в деле *«John Murray»* пошел дальше. Он оценил не только само наличие или отсутствие у заявителя возможности перед приговором посоветоваться со своим адвокатом, но и то, насколько отсутствие адвоката в какой-то определенный момент следствия повлияло на приговор.

2. Теория «плодов отравленного дерева»

Недопустимость доказательств, производных от незаконных, – «плоды отравленного дерева»

В уже упоминавшемся деле *«Allan v. the United Kingdom»* (постановление от 5 ноября 2002 года) Европейский суд отметил, что право не свидетельствовать против себя будет нарушено, если доказательство получено от подозреваемого путем какого-то обмана, давления, помимо его воли и если оно использовано против него в суде. Из этого следует, что только доказательство, положенное в основу обвинительного приговора, может стать предметом рассмотрения Европейским судом. Такой подход

очень типичен для старой логики исследования «справедливости процесса в целом».

Европейский суд, осознавая недостатки традиционного подхода оценки методов получения доказательств с точки зрения «справедливости в целом», стал постепенно отходить от него. Одним из шагов в этом направлении стало развитие теории «плодов отравленного дерева». Название взято из библейского текста, в котором говорится, что плоды отравленного дерева тоже ядовиты¹.

Некоторые российские авторы не вполне правильно понимают суть этой теории², поэтому проиллюстрируем теорию «плодов отравленного дерева» следующим примером. По делу о краже в ходе обыска в доме подозреваемого следователь нашел ключ от банковской ячейки, информацию о ее местоположении и номере. Обыск впоследствии суд признал незаконным. Однако в результате выемки в ячейке были обнаружены похищенные вещи. Теория «плодов отравленного дерева» предполагает, что выемка и ее результаты не могут использоваться в процессе, так как несут на себе печать «первородного греха» — незаконного обыска.

На практике же этот подход применяется с различными оговорками. Для примера можно взять американское дело «*Nix v. Williams*»³, в котором заявитель в результате незаконного допроса указал на местоположение трупа жертвы. Однако к этому времени полиция уже знала примерно, где находится труп, и прочесывала местность с помощью добровольцев. Таким образом, рано или поздно этот труп был бы найден, поэтому Верховный суд не стал исключать это доказательство и отметил, что если доказательства, полученные как «плод отравленного дерева», все равно были бы добыты следствием, просто большими усилиями, то нарушения справедливости правосудия нет (так называемая доктрина «независимого источника»).

Европейский суд столкнулся с проблемой доказательств, производных от незаконных, в деле «*Gäfgen v. Germany*» (постановление Большой палаты от 1 июня 2010 года).

¹ Если быть точным, по-русски эту концепцию следовало бы называть концепцией «худых плодов»: «Так всякое дерево доброе приносит и плоды добрые, а худое дерево приносит и плоды худые» (Евангелие от Матфея, 7:17, Синодальный Перевод).

² См., например: Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. М. : Проспект, 2000. С. 46.

³ U.S. Supreme Court, N 82-1651, decision of 11 June 1984, 467 U.S. 431 (1984), p. 441 et seq.

В этом деле заявитель похитил ребенка с целью получить выкуп от богатых родителей. Полиция арестовала его в момент получения выкупа. Следователь полиции, который думал, что похищенного ребенка можно еще спасти, стал угрожать подозреваемому пыткой, чтобы тот указал на место, где содержался ребенок. Подозреваемый (заявитель) признался, что задушил мальчика, и рассказал, где спрятан его труп. После этого полиция вместе с заявителем выехали на место происшествия, где заявитель еще раз (под запись) указал на место, где был спрятан труп. В ходе осмотра были обнаружены новые улики против заявителя, в частности следы автомобильных шин, оставленные его машиной. По возвращении в участок свидетель дал более подробные признательные показания; в результате их проверки следствием были обнаружены дополнительные улики (вещи убитого ребенка, вещи самого заявителя, печатная машинка, на которой было написано письмо с требованием выкупа).

В начале процесса защита заявила, что все доказательства, полученные в результате первого допроса, являются «плодами отравленного дерева» и должны быть, соответственно, исключены из процесса.

Суды согласились, что против заявителя применялись недозволённые методы допроса, и исключили протокол первоначального допроса из списка доказательств. Более того, суд постановил, что все протоколы его допросов должны быть исключены, так как полицейские не объяснили подозреваемому, что его первоначальный допрос был незаконным и не будет использоваться против него. Однако суды признали допустимыми вещественные доказательства, полученные следствием на основе информации, сообщенной заявителем в результате незаконных допросов.

В своем решении германский суд указал, что незаконность допроса не должна в этом деле иметь слишком далеко идущих последствий. При оценке того, насколько незаконность первоначального следственного действия «отравляет» последующие доказательства, суд учел тяжесть преступления, в котором обвинялся заявитель, а также серьезность нарушения его прав (угроза пытками). Таким образом, германский суд произвел операцию «взвешивания интересов»: государственная политика противодействия пыткам, с одной стороны, и государственный интерес в расследовании убийства — с другой.

Интересно, что после такого определения заявитель дал в суде признательные показания и сказал, что полностью раскаивается.

В результате суд приговорил его к пожизненному заключению. Приговор был основан в значительной степени на признательных показаниях заявителя, данных на суде, а также подкреплен показаниями сестры жертвы, вещественными доказательствами и рядом косвенных улик — результатами исследования трупа мальчика, анализом отпечатков автомобильных шин на месте преступления, протоколами обысков и выемок, в результате которых у заявителя были найдены деньги, выкуп, уплаченный родителями мальчика, и т.п.

Таким образом, приговор был полностью основан на материалах, полученных и исследованных в ходе судебного разбирательства. Ни один из протоколов допроса заявителя на следствии судом рассмотрен не был.

Дальнейший отход от оценки справедливости всей процедуры в целом и выделение значения критических моментов процедуры в связи с анализом права на доступ к адвокату. Использование признания, полученного без адвоката

Теория «справедливости в целом» продолжалась размываться и после дела «*Güfgen*». Следующим шагом на этом пути стало дело «*Saldüz v. Turkey*» (постановление от 27 ноября 2008 года).

В этом деле заявителя, 17-летнего юношу, подозревали в участии в запрещенной политической демонстрации и изготовлении плаката в поддержку курдского лидера. Его арестовали и допросили, без адвоката. Протокол о задержании заявителя полицией указывал на то, что он принимал участие в демонстрации. Перед допросом заявитель дал подписку о том, что ему сообщено о его праве не давать показания. Во время допроса он признал значительную часть фактов, которые ему инкриминировались. Несколько других участников демонстрации показали, что заявитель убеждал их принять в ней участие¹.

¹ Интересно заметить, что во время описываемых в деле событий турецкое право предусматривало обязательное участие адвоката в делах, где обвиняемыми являются несовершеннолетние, с момента ареста обвиняемого. Вместе с тем для дел, попадающих в компетенцию судов безопасности (специальные суды, созданные для рассмотрения дел о терроризме и политических преступлениях), было сделано исключение — обязательного участия адвоката в таких делах не требовалось. В 2003 году это изъятие было убрано из законодательства.

Позже, когда его допрашивал следственный судья, заявитель отказался от своих первоначальных показаний. Он стал утверждать, что давал эти показания под давлением и что на самом деле оказался на месте демонстрации случайно. Заявителю предоставили адвоката. На суде заявитель продолжал утверждать, что он невиновен. Сообвиняемые также отказались от своих первоначальных показаний. Была проведена экспертиза плаката, который заявитель, по мнению полиции, изготовил, но эксперт не смог прийти к каким-то определенным выводам о том, кто написал этот плакат.

Турецкие суды приговорили заявителя к двум с половиной годам заключения. Приговор был основан на первых допросах заявителя и обвиняемых полицией, а также ссылался на результаты экспертизы и полицейские протоколы о задержании.

Правительство в этом деле предлагало Европейскому суду (Большой палате) воспользоваться старым подходом и оценить процедуру в целом. Действительно, как мы видим, в этом деле у заявителя был адвокат в течение основного судебного процесса и на значительной части следствия. Кроме того, против заявителя помимо его собственного признания были и другие доказательства, например полицейские протоколы, в которых утверждалось, что заявителя арестовали среди других демонстрантов, а также показания других обвиняемых — активистов курдского движения.

Европейский суд отметил, что показания, добытые в первые дни и даже часы следствия, играют впоследствии очень важную роль на суде. Арестованное лицо находится в уязвимом положении и может не понимать всех сложных конструкций уголовного права и процесса. Ссылаясь на дело «*John Murray*», Суд признал, что он ранее соглашался с правом властей ограничивать право подозреваемого на встречу с адвокатом, но эти ограничения должны были иметь серьезное обоснование¹. Кроме того, никакое ограничение не должно полностью лишать заявителя права на правовую помощь. Например, в принципе недопустимо использовать признательные показания, добытые без адвоката, для обоснования обвинительного приговора².

¹ См. очень интересную интерпретацию этих слов Европейского суда, данную английским судом в деле «*Cadder*», которое мы разбираем ниже.

² Это очень важное замечание Европейского суда, сделанное в § 55 постановления по данному делу, стоит запомнить, чтобы лучше понимать последние дела на эту же тему, на которых мы остановимся ниже.

Анализируя факты дела, Европейский суд решил, что сама по себе норма турецкого законодательства, которая ограничивала доступ к адвокату для подозреваемых по особой категории дел, не соответствовала требованиям статьи 6 Конвенции. К тому же в данном деле основная доказательственная база была сформирована до того, как заявитель получил доступ к адвокату. Для турецких судов признательные показания стали основным аргументом для вынесения обвинительного приговора; при этом суды не оценили допустимость этих показаний в связи с нарушением права заявителя на защиту.

Если посмотреть на доказательственную базу по этому делу, становится понятно, что признание заявителя не было единственной уликой против него. Трудно сказать, был бы он приговорен без использования его собственных показаний, только на основе протокола задержания и показаний сообвиняемых. Тем не менее Европейский суд решил, что использование первоначальных показаний заявителя коренным образом повлияло на его приговор и тем самым на справедливость судопроизводства в целом, даже при наличии других серьезных доказательств.

Суд отметил, что заявитель дал подписку, из которой следовало, что ему разъяснили его право молчать. Однако, по мнению Суда, это нельзя расценивать как отказ от права. Заявитель был несовершеннолетним; кроме того, по всем делам, рассматриваемым судами безопасности, адвокат не полагался. Следовательно, отказа от права в данном деле не было. Европейский суд пришел к выводу, что здесь была нарушена статья 6, § 1, в совокупности со статьей 6, § 3 (с), Конвенции¹.

Отметим, что в деле «*Salduz*» заявитель дал некоторые признательные показания, которые позже были использованы против него. Возникает вопрос, будет ли подход ЕСПЧ к делу «*Salduz*» применим в тех случаях, когда (1) заявитель воспользовался своим правом не давать показания и молчал и (2) его молчание не было и не могло быть истолковано против него (как в деле «*John Murray*», о котором мы говорили выше)?

¹ Ряд судей (в частности, судьи Братца и Загребельский) в этом деле в своих особых мнениях пошли еще дальше и предположили, что право на адвоката должно возникать не с момента первого допроса, а с момента задержания.

3. Право на адвоката — абсолютное право? Отказ от адвоката

Чтобы ответить на этот вопрос, рассмотрим дело «*Dayanan v. Turkey*» (постановление от 13 октября 2009 года). Заявителя арестовали по подозрению в принадлежности к запрещенной организации. Перед допросом ему разъяснили его право сохранять молчание, а также право иметь адвоката; однако в связи с тем, что обвинения против него подлежали рассмотрению в суде безопасности, адвокат ему предоставлен не был, а появился только на более поздней стадии расследования. Заявитель не дал никаких показаний. Тем не менее его осудили. В приговоре турецкий суд основал свои выводы на показаниях других членов запрещенной организации, из которых следовало, что заявитель был координатором ее местной ячейки, а также на документах и аудиозаписях, найденных в квартире заявителя.

Европейский суд в этом деле пришел к выводу о нарушении статьи 6, § 1 и 3, Конвенции, по следующим основаниям. Во-первых, Суд отметил в § 31—32 постановления по данному делу, что право на встречу с адвокатом возникает у заявителя сразу же после ареста, а не до первого допроса. Иными словами, оно возникает у задержанного вне зависимости от того, допрашивают его или нет. Европейский суд перечислил, для чего в такой ситуации нужен адвокат: для обсуждения дела, подготовки к допросу, поиска доказательств, а также для проверки условий содержания и просто для поддержки подозреваемого. У заявителя не было никакой возможности пользоваться услугами адвоката в силу исключения дел, подсудных судам безопасности, из общего режима.

В этом деле Европейский суд не стал вообще останавливаться на вопросе об использовании показаний в последующем судебном процессе. Сам факт отсутствия адвоката в силу прямого указания закона, предусматривающего особый порядок допросов по определенной категории дел, был оценен Судом как нарушающий статью 6, § 1 и 3. При этом, по мнению Суда, адвокат был нужен не только и не столько для того, чтобы разъяснить обвиняемому его право сохранять молчание (этим правом заявитель воспользовался), а вообще для подготовки будущей защиты и, возможно, для целей, лежащих вне плоскости собственно уголовного процесса. Если в деле «*Salduz*» Суд сделал несколько оговорок и связал, хотя бы и не напрямую, факт отсутствия адво-

ката с последующим развитием процесса, то в деле «*Dayanan*» это сделано не было. Право на адвоката в результате такой позиции Суда стало почти абсолютным (во всяком случае, в тех ситуациях, когда национальное право недостаточно гибко и в принципе не допускает участия адвоката на ранних стадиях следствия по каким-то категориям дел).

*Учет национальным законодателем и судами
повышения уровня требований ЕСПЧ к присутствию
адвоката при первых допросах подозреваемых*

Интересно наблюдать, как реагируют страны Европы на изменение подхода Суда к вопросу о присутствии адвоката на ранних этапах следствия. Рассмотрим пример Франции. После принятия Судом решения по делу «*Salduz*» французский Конституционный совет и несколько позже Кассационный суд (высшая инстанция по уголовным делам) приняли несколько постановлений, в которых разъяснили, как французская практика задержания полицией соотносится с требованиями статьи 6 Конвенции¹. В существовавшей в 2010 году редакции французского уголовного закона лицу, задержанному полицией в рамках *garde à vue*², адвокат не предоставлялся. Вместе с тем задержанному сообщалось о его праве попросить о встрече с адвокатом. Если задержанный обращался с такой просьбой, ему предоставлялось раз в сутки 30-минутное свидание с адвокатом по выбору или по назначению. В течение двух суток адвокат не вправе был сообщать кому-либо о содержании его беседы с подозреваемым. По ряду тяжких составов (в основном совершенных организованной группой) подозреваемому свидание с адвокатом предоставлялось только по истечении двух или трех суток. Вместе с тем адвокат в течение этого времени не присутствовал на допросе подозреваемого и не имел доступа к материалам дела. Кроме того, подозреваемому не сообщалось о его праве хранить молчание. Иначе говоря, полиция могла начать допрос подозреваемого, не дожидаясь, пока он поговорит с адвокатом. Наконец, до 2004 года подозреваемый да-

¹ См.: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/arrets_rendus_17837.html; <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-14/22-qpc/decision-n-2010-14-22-qpc-du-30-juillet-2010.48931.html>

² *Garde à vue* — кратковременный арест, предшествующий помещению в предварительное заключение и обычно длящийся от нескольких часов до двух суток.

вал показания под присягой, т.е. обязуясь говорить правду (позже это правило было изменено).

Французский Конституционный совет проанализировал не только нормы закона, но и практическое применение *garde à vue*. В последние годы этот институт стал очень важным орудием следственной работы, количество таких задержаний постоянно растет. Доказательства, добытые в первые часы *garde à vue*, в особенности признательные показания, становятся основной доказательственной базой во многих делах, увеличивается количество полицейских чиновников, которые могут санкционировать такого рода задержания, и т.п. Конституционный совет заключил, что есть риск злоупотребления этой формой лишения свободы, а кроме того, отметил несоответствие положений законодательства о *garde à vue* ряду конституционных положений и обязал законодателя изменить французский УПК начиная с 1 июля 2011 года. Но, поскольку решения французского Конституционного совета не имеют прямой юридической силы — они обращены к законодателю, а не к правоприменителю, — в течение всего 2010 и половины 2011 года полиция продолжала действовать по старому, как ей предписывал закон.

Решение Конституционного совета Франции было вынесено 30 июля 2010 года. А уже через несколько месяцев по очень близкой проблеме высказался Европейский суд по правам человека, на этот раз в деле против Франции, «*Brusco v. France*» (постановление от 14 октября 2010 года).

В этом деле заявителя подозревали в том, что он заказал убийство мужа своей любовницы. Его арестовали, и на первом допросе он признался, что действительно поручил своим знакомым «попугать» соперника. Через несколько часов его посетил адвокат, и заявитель, посоветовавшись с ним, решил отказаться от данных ранее показаний, потребовав исключить их из дела. Надо отметить, что в этом деле заявителя, формально говоря, не арестовывали как «подозреваемого», скорее как свидетеля, и он давал показания под присягой. Правительство утверждало, что не каждый допрашиваемый полицией является подозреваемым (со всеми вытекающими последствиями).

Европейский суд, проанализировав обстоятельства ареста заявителя, пришел к выводу, что заявителя задержали и допрашивали именно в качестве подозреваемого, а не свидетеля. С этой точки зрения его обязанность давать показания под присягой может рассматриваться как форма давления на него. Кроме

того, заявитель получил доступ к адвокату только по истечении 20 часов после ареста и после того, как он уже был допрошен. Суд пришел к выводу о нарушении статьи 6, § 1 и 3 (с), Конвенции.

Чуть позже эту же проблему рассмотрел Кассационный суд. Он также, вслед за Конституционным советом, признал действующее законодательство не соответствующим ни Конституции, ни статье 6 Европейской конвенции. Вместе с тем в отсутствие законодательных изменений (т.е. до 1 июля 2011 года) Кассационный суд отказался признавать незаконными протоколы следственных действий, совершенных с подозреваемыми в период *garde à vue* и без адвоката. Таким образом, французские власти выразили готовность поменять свое законодательство, но отложили изменения примерно на год, чтобы дать законодателю время сформулировать новые правила.

Европейский суд изучает опрос об отказе от права как один из важнейших в контексте статьи 6, § 3 (с). Представляется, что добровольный и информированный отказ от права на адвоката должен в любом случае исключать дальнейшее рассмотрение дела по статье 6, § 1 и 3 (с), даже если это было ошибкой обвиняемого и привело к отрицательным для него последствиям. Возникает, однако, вопрос, что считать «добровольным» отказом. Будет ли отказ, заявленный лицом, не понимающим сути обвинений, добровольным? Можно ли считать добровольным отказ, заявленный несовершеннолетним или лицом, страдающим каким-то заболеванием?

В деле «*Yaremenko v. Ukraine*» (постановление от 12 июня 2008 года) Европейский суд нашел нарушение статьи 6 в связи с отсутствием адвоката на первом допросе заявителя. Это дело интересно тем, что отражает вполне типичную и для российских жалоб ситуацию с подозреваемым, постоянно меняющим свои показания и позицию по делу. Как и во многих российских делах, здесь также присутствовали утверждения заявителя о том, что на первых допросах он был избит.

Заявителя в этом деле подозревали в убийстве таксиста, но сначала предъявили обвинение в причинении тяжких телесных повреждений, повлекших за собой смерть. При таком обвинении обязательного присутствия адвоката не требовалось. Заявитель дал подписку, в которой отказался от адвоката, и был допрошен. Он дал признательные показания. Одновременно был арестован предполагаемый соучастник убийства, некто

С. Он тоже дал признательные показания, идентичные показаниям заявителя.

На следующем допросе, уже в присутствии адвоката, заявитель отказался от первоначального признания. Некоторое время спустя заявитель в письменной форме отказался от услуг своего адвоката. Заявитель написал, что адвокат заставил его отказаться от своих первоначальных (признательных) показаний. Следователь, основываясь на этом заявлении обвиняемого, удалил адвоката из дела. Во время последующих следственных действий заявитель подтвердил признательные показания, однако позже стал утверждать, что в действительности он отказался от услуг адвоката под давлением следователя, и попросил следователя снова допустить этого адвоката к своей защите. Спустя какое-то время выбранный заявителем адвокат был снова допущен к участию в деле. На последующих стадиях и на судебном разбирательстве заявитель не признавал свою вину, С. также отказался от признательных показаний.

В этом деле заявитель жаловался и на то, что во время первых допросов его избивали. Суд не смог найти убедительных доказательств избиений; как это часто бывает, заявитель не пожаловался вовремя, и на момент очередного медицинского обследования никаких следов побоев на нем обнаружено не было. Вместе с тем Европейский суд отметил, что само процессуальное поведение заявителя (его признательные показания и двукратный отказ от адвоката) вызывает подозрение. Кроме того, процедура расследования по жалобе заявителя на избиения была дефектной. В результате Суд установил, что процедурное обязательство государства по статье 3 Конвенции (а именно обязательство провести эффективное расследование) не было выполнено.

Европейский суд в этом деле нашел нарушение статьи 6, § 3 (с), т.е. той самой статьи, в которой говорится о правовой помощи. Следует обратить внимание на то обстоятельство, что адвокат у заявителя был в течение почти всего процесса, за исключением двух эпизодов.

Самыми интересными представляются выводы Суда по статье 6, § 1, Конвенции. Суд нашел нарушение на том основании, что признательные показания заявителя, данные в отсутствие адвоката, были допущены как одно из основных доказательств. Одно, но не единственное. Украинские суды также опирались на досудебные показания С., идентичные досудебным показаниям заявителя. Для украинских судов их идентичность была под-

тверждением их подлинности. Европейский суд посмотрел на это с прямо противоположной стороны: идентичность показаний С. и заявителя должна была вызывать подозрения.

В этом деле Суд никак не рассмотрел напрямую вопрос об отказе от права, хотя заявитель многократно и в письменной форме подтверждал, что адвокат ему не нужен. Должно быть, главным аргументом для Суда здесь был тот факт, что первоначальное обвинение было сформулировано заведомо неправильно, чтобы лишить заявителя права на обязательное присутствие адвоката. Таким образом, существовало сильное подозрение в том, что власти действовали недобросовестно. Более того, вся ситуация с постоянными отказами заявителя от адвоката вкупе с его утверждениями о применении к нему силы выглядела подозрительно. Следует отметить, что Европейский суд в этом деле отклонил жалобу заявителя на то, что его били. Вместе с тем Суд установил нарушение процедурных гарантий по статье 3. Видимо, этого оказалось достаточно для того, чтобы признать недействительным многократный отказ от права, выраженный к тому же в прямой форме и письменно.

Дело «*Yaremenko*» полезно сравнить с другим украинским делом, «*Leonid Lazarenko v. Ukraine*» (постановление от 28 октября 2010 года), в котором Суд также нашел нарушение статьи 6, § 1 и 3 (с). В деле «*Lazarenko*» Суд вообще не исследовал вопрос об избияниях во время первых допросов. Вместе с тем, как и в деле «*Yaremenko*», правоохранительные органы специально смягчили формулировку первоначального обвинения, чтобы избежать обязательного присутствия адвоката. Как нам представляется, это стало главным аргументом для того, чтобы не принять отказ от права, заявленный подсудимым в письменной форме во время допроса.

Европейский суд в деле «*Lazarenko*» также отметил, что выводы суда о виновности заявителя были основаны не только на его первоначальных показаниях, но и на других доказательствах. Вместе с тем, как заметил Суд, «неважно, в какой степени приговор заявителю был основан на его первоначальных признательных показаниях. Даже не будучи единственным основанием для приговора, оспариваемые показания, несомненно, повлияли на приговор и принимались во внимание судом». Таким образом, в деле «*Lazarenko*» Суд нашел нарушение только на том основании, что во время первого (и предположительно ключевого) до-

проса у заявителя не было адвоката, даже при том, что заявитель в письменной форме отказался от адвоката.

Это решение демонстрирует, насколько Суд стал придирчиво относиться к отказам от адвоката. Заявитель в этом деле не был малолетним, пьяным, душевнобольным и т.п. Однако Суд все равно сказал, что заявитель находился в «уязвимом положении». Возможно, эта уязвимость состояла в том, что ему первоначально предъявили более мягкое обвинение. Украинское право увязывало квалификацию преступления, т.е. степень его тяжести, с обязательным присутствием адвоката (отказ от которого при иной квалификации не был бы обязателен для суда). Видимо, подобное манипулирование обвинением заставило Суд заключить, что отказ заявителя был не вполне добровольным.

*Разъяснение права на помощь адвоката
и его значение при изучении Европейским судом
вопроса об отказе от адвоката*

Иногда Суд считает необходимым более подробно изучить вопрос о том, отказался заявитель от своего права на адвоката или нет. Одно из таких дел — «*Panovits v. Cyprus*» (постановление от 11 декабря 2008 года).

В этом деле заявителем был 17-летний подросток, которого подозревали в убийстве с целью грабежа. Наутро после обнаружения трупа заявителя вызвали в полицейский участок вместе с отцом, сказали, в чем он подозревается, а также что его подельник уже дал признательные показания. Кроме того, подростку сообщили, что он имеет право хранить молчание. После этого его стали допрашивать, очень интенсивно и в отсутствие отца. (По обстоятельствам дела можно было заключить, что молодой человек был не вполне трезв.) Заявитель отрицал свою вину, но потом дал частично признательные показания. Одновременно один из полицейских сказал его отцу, что, возможно, в таком деле им понадобится адвокат. После того как подросток согласился отвечать на вопросы, полицейский предложил отцу принять участие в допросе, но тот отказался. На суде заявитель стал отказываться от своих первоначальных показаний.

Кипрский суд, рассматривая дело, признал показания, данные заявителем, допустимыми. Прежде всего, ни сам подозреваемый, ни его отец не настаивали на присутствии адвоката. Более того, полицейские посоветовали отцу подростка найти адвока-

та для этого дела. Кроме того, заявитель поменял свою позицию в ходе дела, что, по мнению кипрских судов, не свидетельствовало о его правдивости.

По сути обвинений кипрские суды основывались на сочетании большого количества доказательств против заявителя. Во-первых, много людей видели, как заявитель выпивал и разговаривал в баре с жертвой и вышел вслед за этим человеком. Приятель заявителя показал, что тот рассказал ему о серьезной драке с жертвой. После предполагаемой драки заявителя видели в другом баре, испачканного и пьяного. Отец заявителя также дал показания, подтверждавшие, что заявитель мог быть на месте преступления во время его совершения. Естественно, были и результаты судебно-медицинской экспертизы трупа, которые подтвердили, что жертва погибла от побоев. Эти данные соотносились с признательными показаниями, данными заявителем на предварительном следствии.

Европейский суд, оценивая то, как были использованы показания заявителя, тем не менее нашел нарушение статьи 6, § 1 и 3 (с), Конвенции. Суд отметил, что полицейские относились к подозреваемому то как к малолетнему, то как к взрослому человеку. С одной стороны, они предлагали отцу поучаствовать в допросах и советовали ему найти юриста своему сыну. С другой стороны, они допрашивали подозреваемого как взрослого. Заявителю не было объяснено в доходчивых для него выражениях его право сохранять молчание и пользоваться услугами адвоката, в том числе и бесплатно. При таких обстоятельствах дела нельзя было рассчитывать на то, что заявитель сам знает свои права.

Интересно, что в § 73 постановления по делу «*Panovits*» Суд оценивает отсутствие информации о правовой помощи и неразъяснение права не давать против себя показания как самостоятельное нарушение прав защиты по Конвенции. Таким образом, не-разъяснение прав, во-первых, делает отказ от права на адвоката недействительным и, во-вторых, само по себе становится отдельным правом в толковании Европейского суда¹.

¹ Возникает, правда, вопрос, а будет ли признано нарушение статьи 6 в том случае, если лицу не разъяснили его право сохранять молчание и иметь адвоката, но лицо знало о своих правах из других источников и воспользовалось ими (сохраняло молчание и потребовало адвоката)? На наш взгляд, искать нарушение статьи 6 в таких условиях было бы неправильно.

Заметим, что статья 46, п. 4 ч. 2, УПК РФ говорит о том, что заявителю должно быть разъяснено право не давать показаний против себя (разъяснение права на молчание). Однако эта статья не оговаривает, что заявителю должно быть разъяснено его право пользоваться услугами адвоката — он имеет право пользоваться услугами защитника, но следователь не обязан сообщать ему об этом (т.е. в УПК нет требования разъяснять право на адвоката). Частично эта лакуна восполняется положениями статьи 75, которая говорит об исключении признательных показаний, данных без адвоката, в случае отказа обвиняемого от таких показаний. Вместе с тем, как показывает дело «*Panovits*», обвиняемый может по каким-то причинам не отказываться от своих первоначальных показаний на суде — в этой ситуации с точки зрения российского закона его признательные показания, данные на следствии, станут допустимыми, даже если его не уведомили о праве иметь адвоката. Не исключено, что по аналогии с делом «*Panovits*» Европейский суд может увидеть в такой ситуации проблему.

Явка с повинной в российской практике

В российском контексте огромную проблему представляет собой институт явки с повинной, точнее его практическое применение. С одной стороны, по своей сути явка с повинной (статья 142 УПК РФ) суть одностороннее действие, которое не является актом государственного преследования и, соответственно, не должно сопровождаться соответствующими гарантиями, такими как разъяснение права на молчание и права на адвоката¹. Вместе с тем явка с повинной часто недобросовестно используется работниками правоохранительных органов как форма процессуального оформления допроса, который проходит в условиях, способствующих оказанию давления на подозреваемого, без адвоката и без разъяснения прав. Зная о существующих в этой сфере злоупотреблениях, хотелось бы, чтобы суды практиковали более нюансированный подход к оценке явки с повинной, имевшей место в сомнительных условиях. Безусловно, в суде нельзя использовать явку с повинной, если доказано, что заявление о ней написано после фактического задержания (вне зависимости от того, как это задержание было

¹ См.: Практика применения УПК РФ. С. 289.

процессуально оформлено) или в ходе допроса свидетеля (который в результате этого допроса превратился в подозреваемого). Явка с повинной не может быть использована как доказательство в условиях, ставящих под сомнение свободное волеизъявление субъекта; следователь же, получивший подобное признание, должен разъяснить подозреваемому его права, в том числе право иметь адвоката, предоставить адвоката (реального, а не существующего только на бумаге) и оформить полученные уже в его присутствии признательные показания как протокол допроса подозреваемого или обвиняемого.

§ 6. Провокация преступления

Европейский суд по правам человека неоднократно рассматривал дела, касающиеся так называемой провокации преступления (*entrapment* или *police incitement*). В российской практике в зависимости от типа преступления подобная ситуация может определяться как проверочная закупка, контролируемая поставка или оперативный эксперимент, т.е. представляет собой результат оперативно-розыскной деятельности¹. С точки зрения Европейского суда проблемы, связанные с использованием материалов такого рода, рассматриваются в контексте общего принципа справедливого судебного разбирательства, который закреплен в статье 6, § 1, Европейской конвенции.

Уже после первого дела против Российской Федерации, рассмотренного Судом по этой теме («*Vanyan v. Russia*», постановление от 15 декабря 2005 года), были внесены существенные изменения в российское законодательство и практику работы правоохранительных органов и судов².

¹ См. Федеральный закон от 12 августа 1995 № 144-ФЗ (ред. от 26 декабря 2008 года) «Об оперативно-розыскной деятельности».

² Несколько публикаций в российской научно-практической периодике и в Интернете были посвящены обзору этих изменений. Отметим следующие: Лаптев П.А., Федоров А.В. О необходимости совершенствования российского оперативно-розыскного законодательства с учетом постановления Европейского суда по правам человека по делу «Ваньян против Российской Федерации» // Наркоконтроль. 2006. № 4. С. 11—13; Анищик О.О. Оперативно-розыскное мероприятие «проверочная закупка»: решения Европейского суда по правам человека и российская правоприменительная практика : Материалы семинара «Оперативно-розыскное мероприятие «проверочная закупка» // Решения Европейского суда по правам человека и современная российская пра-

В практике Суда накопилось значительное количество дел, в которых ставился вопрос о том, было ли преступление спровоцировано полицией или совершено при участии полицейских агентов (мы будем для простоты называть эту группу дел делами о провокации). Важный шаг на пути обобщения практики Суда по этому вопросу был сделан в постановлении Большой палаты по делу «*Ramanauskas v. Lithuania*» (постановление Большой палаты от 5 февраля 2008 года) Суд указал, что ряд международных документов (в том числе Конвенция Совета Европы о борьбе с коррупцией и с отмыванием средств, полученных преступным путем), направленных на борьбу со сложными преступлениями, особенно совершенными организованными группами, все более требуют от полиции применения таких инструментов следствия, как тайные сотрудники, информаторы, негласные мероприятия. Использование подобных средств само по себе не нарушает права на справедливое судебное разбирательство, однако их применение должно иметь четкие границы. В частности, в контексте борьбы с наркопреступностью и коррупцией Суд подтвердил, что при использовании негласных оперативных методов общественные интересы борьбы с преступностью не могут оправдать допустимость доказательств, полученных в результате полицейской провокации. В противном случае, по мнению Суда, право обвиняемого на справедливое судопроизводство будет скомпрометировано с самого начала.

В недавнем постановлении по делу «*Bannikova v. Russia*» (постановление от 4 ноября 2010 года) была сделана еще одна попытка обобщить и проанализировать существующую практику Суда. Из этого постановления следует четкое разделение на две линии рассуждения: материально-правовую и процедурную. В рамках первой Суд исследует, имела ли место провокация совершения преступления, в рамках второй определяет, был ли этот вопрос надлежащим образом изучен национальным судом. От ответа на каждый из этих вопросов зависит, будет ли признано нарушение статьи 6 в конкретном деле.

воприменительная практика. Самара, 14 февраля 2009. См. также: <http://2qt2b.livejournal.com/22333.html>; <http://2qt2b.livejournal.com/22333.html> <последнее посещение 15 ноября 2010 года>.

1. Материально-правовой анализ, или установление Судом факта провокации

В практике Суда выработалось следующее определение провокации (иногда также именуемой подстрекательством): «Подстрекательство полицейскими [к совершению преступления] происходит тогда, когда полицейский... не ограничивается... [относительно] пассивными методами расследования преступления, но осуществляет такое воздействие на субъекта [расследования], которое подталкивает того к совершению правонарушения, которое иначе не было бы совершено, и это [подстрекательство] имеет цель... собрать доказательства [против данного субъекта] и начать его уголовное преследование»¹.

*Изменения российского законодательства,
вытекающие из негативной оценки ЕСПЧ практики
оперативно-розыскных мероприятий*

Действующая редакция закона «Об оперативно-розыскной деятельности в РФ» в статье 5 прямо запрещает компетентным органам «подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (провокация)». Эта формулировка была добавлена в закон в 2007 году, и явилась, видимо, одним из последствий постановления по делу «*Vanyan v. Russia*» (постановление от 15 декабря 2005 года). В то же время исследователи справедливо указывают на отсутствие в законе определений «оперативно-розыскное мероприятие» и «проверочная закупка», отсутствие перечисления категорий преступлений, по которым могут проводиться некоторые оперативные мероприятия, например проверочная закупка, а также на то, что использование таких мероприятий не ограничивается случаями, когда иными мерами изобличение преступника невозможно, а основания для проведения оперативно-розыскного мероприятия с достаточной ясностью не указаны².

Исследуя постановления Суда, трудно определить, как он отвечает на вопрос, было бы совершено преступление без вмеша-

¹ § 38 постановления по делу «*Teixeira de Castro v. Portugal*» от 9 июня 1998 года, § 55 постановления по делу «*Ramanauskas v. Lithuania*» от 5 февраля 2008 года. Впервые вопрос о доказательствах, полученных путем провокации, был подробно рассмотрен Европейским судом в деле «*Teixeira de Castro v. Portugal*».

² См. статьи О.О. Анищика, П.А. Лаптева и А.В. Федорова, указанные выше.

тельства полицейских или нет, так как судья в подобном деле вынужден оперировать сослагательным наклонением. Тем не менее можно выделить несколько признаков, по которым можно отличить провокацию от обычного (и допустимого с точки зрения Конвенции) оперативного эксперимента.

Значение установления момента начала провокации и инициативы в этом полицейских агентов под прикрытием – иностранная и российская практика

Если преступление планировалась или начало осуществляться до того, как к нему подключились полицейские агенты, то это не провокация.

В деле «Eurofinacom v. France» (решение от 7 сентября 2004 года) компания-заявитель создала службу знакомств-онлайн. Французские власти подозревали, что эта служба, по сути, занимается сводничеством. Полицейские зашли в базу данных, отобрали самые подозрительные объявления и связались с их авторами — естественно, не представляясь. Из ответов последних стало ясно, что по этим объявлениям проститутки разыскивали клиентов.

Несомненно, полицейские проявили некоторую активность, вступив в переписку. Однако объявления проституток уже были вывешены в системе, т.е. первые шаги к совершению сводничества были сделаны. Суд расценил такую практику как активное проникновение полицейских агентов в преступную среду, но не как провокацию. Вдобавок надо отметить, что в этом деле доказательственная база опиралась не только на указанную переписку, но и на целый ряд доказательств, в основном на сами объявления, а также на показания проституток, допрошенных позднее. То есть в данном случае действия полиции носили скорее проверочный характер.

Типичный пример в делах такого рода — это участие полицейского агента в даче взятки¹. В упомянутом выше деле «Ramanauskas» заявитель работал прокурором. В какой-то момент к нему обратился некто А. и предложил деньги за освобождение третьего лица от уголовной ответственности. Некоторое время

¹ Заметим, что под «полицейскими» в определении, данном в начале раздела, следует понимать любых агентов государства, даже не состоящих формально на государственной службе. Под «агентами» Суд понимает любое лицо, действующее по поручению полиции, прокуратуры и т.п., даже частное лицо (см. дело «Vanyan», § 46—47).

спустя А. (который в действительности был офицером антикоррупционного отдела полиции) сообщил своему начальству, что заявитель согласился на взятку. После этого с согласия генерального прокурора был проведен оперативный эксперимент: заявителю предложили деньги, которые он взял. Основными доказательствами против заявителя были показания А. и аудиозаписи их разговоров, причем А. утверждал, что про заявителя уже было известно, что он взяточник, однако на суде не было установлено никаких фактов, свидетельствующих о том, что заявитель ранее подозревался во взяточничестве. Большая палата Суда в своем решении отметила, что именно полицейский агент первым вышел на контакт с заявителем, сам назначил ему по телефону встречу и, таким образом, натолкнул его на совершение преступления.

Другой пример полицейской операции, не подпадающей под определение провокации, можно найти в деле «*Sequeira v. Portugal*» (решение от 6 мая 2003 года). Заявитель спросил у своего друга, А., может ли тот достать ему корабль для транспортировки большой партии кокаина из Латинской Америки. А. связал его со своим знакомым С., владельцем корабля. С. оказался полицейским информатором, поэтому дальнейшее происходило под негласным контролем полиции. Заявитель загрузил почти две тонны кокаина в Бразилии и доставил их в Португалию, где его взяли с поличным. Суд, рассматривая эту ситуацию, отметил, что никакой провокации не было — преступление было задумано и начало осуществляться еще до того, как в дело вступили полицейские агенты.

Принципиальная позиция российского законодателя и суда исходит из таких же критериев. Так, согласно постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2006 года № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» результаты оперативно-розыскного мероприятия могут быть положены в основу приговора, только если они свидетельствуют о том, что умысел на совершение преступного деяния сформировался независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений, а также о проведении лицом всех подготовительных действий для совершения такого деяния.

Напомним, что относительно провокации взятки позиция судов и законодателей в Российской Федерации выражена еще

более определенно. Статья 304 УК РФ, находящаяся в главе 31 «Преступления против правосудия», предусматривает уголовную ответственность за провокацию взятки. Цель данной статьи — нормальное функционирование правоохранительных и судебных органов, а само преступление является специальной разновидностью фальсификации доказательств¹. Из комментариев к данной статье очевидно следует, что от деяний, подпадающих под признаки состава данной нормы, следует отличать случаи, когда должностное лицо само требует вознаграждения, передача которого производится с предварительным уведомлением об этом сотрудников соответствующих правоохранительных органов в целях изобличения вымогателя и задержания его с поличным. Такие случаи не могут рассматриваться как провокация взятки, прежде всего потому, что инициатива передачи ценностей исходит не от сотрудников, осуществляющих ОРД².

*Оказание давления на подозреваемого,
в отношении которого проводятся оперативные
мероприятия, как признак провокации*

Проводя черту между оправданным вмешательством и подстрекательством к преступлению, Суд выделяет ситуации, в которых имеет место оказание давления с целью фактического формирования у обвиняемого воли к совершению преступления. К таким ситуациям Суд в различных делах относил самостоятельный выход оперативных служб на контакт с обвиняемым, повторение предложения несмотря на первоначальный отказ обвиняемого, настойчивое побуждение к совершению незаконного действия, предложение заведомо более высокой цены либо апелляция к состраданию, например в связи с симптомами «ломки» по делам о наркотиках (см. «*Bannikova*», § 47; «*Vanyan*», § 49). Такие действия расцениваются Судом как недопустимая провокация.

¹ См.: Комментарий к Уголовному кодексу РФ. 9-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. В.М. Лебедев. М. : Юрайт, 2010; Грачева Ю.В., Ермакова Л.Д. и др. Комментарий к Уголовному кодексу РФ. 6-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. А.И. Рарорг. М. : Проспект, 2009.

² См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 года № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» // БВС РФ. 2000. № 4. С. 8—9.

Интересно сравнить дело «*Ramanauskas*» с существующим в Соединенном Королевстве подходом к определению провокации, как он сформулирован в деле «*Shannon v. the United Kingdom*» (решение от 6 апреля 2004 года). Из решений английских судов следует, что «хотя созданная обстановка и выгоды, которые сулили обвиняемому, стимулировали его на совершение преступления, он добровольно и с готовностью поддался на искушение и предложил свои услуги по доставке наркотиков, следовательно, провокации не было». Из этого следует, что оценка добровольности очень субъективна. Возможно, только серьезный нажим на обвиняемого со стороны провокатора может заставить английского судью признать, что имела место провокация.

Подходу Европейского суда соответствует действующая редакция российского закона об ОРД, прямо запрещающая прибегать к подстрекательству, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных деяний.

*Предрасположенность к совершению преступлений
как подтверждение вовлеченности в преступную
деятельность и оправдание провокации*

В деле «*Ramanauskas*» Суд отметил, что, кроме слухов, у правоохранительных органов не было надежной информации о том, что заявитель ранее брал взятки. Если бы такая информация имелась, полицейские были бы вправе проявить инициативу, а состоявшаяся дача взятки не была бы провокацией.

Действительно, часто у полиции есть информация о вовлеченности лица в преступную деятельность. Речь чаще всего идет о какой-то регулярной деятельности (контрабанда, наркотики, проституция). Такая информация — сведения о прошлых эпизодах — может свидетельствовать о том, что у лица есть предрасположенность к совершению определенного типа преступлений. Из этого можно заключить, что преступление будет совершено в любом случае, с участием полицейских или без них. У полиции может быть недостаточно материала, чтобы привлечь лицо к уголовной ответственности за прошлые эпизоды, но достаточно для того, чтобы провести оперативный эксперимент и на основании полученных доказательств завести уголовное дело.

Этот аргумент (назовем его «общая предрасположенность»), наверное, не снимает полностью подозрения в недопустимости провокации. Тот факт, что лицо в прошлом совершало какие-то

преступления, не является безусловным доказательством того, что оно будет продолжать совершать их (это учитывается, например, в США, где обвинитель не имеет права в процессе ссылаться на предыдущие приговоры в отношении подсудимого, чтобы доказать его предрасположенность к преступной деятельности)¹. Вряд ли можно говорить о вовлеченности лица в прошлом в преступную деятельность, если ее невозможно доказать — ведь полиция именно потому и идет на оперативные эксперименты, что не имеет надежной доказательственной базы по поводу прошлых эпизодов.

Все эти аргументы демонстрируют, что логика «общей предрасположенности» не безупречна. Тем не менее Европейский суд признает, что она может оправдывать проведение полицейских операций «под прикрытием». Вопрос в том, какая информация для полиции является достаточной для того, чтобы вступить в контакт с предполагаемым преступником. Должна ли эта информация быть конкретной и оформленной в определенной процессуальной форме, например в виде свидетельских показаний о покупке наркотиков у объекта оперативного эксперимента? Или достаточно оперативных данных (сигнал от информатора, анонимная информация), которые нельзя использовать в судебном процессе, но которыми любой полицейский пользуется в своей оперативной работе? Европейскому суду приходится иногда отвечать на подобные вопросы, однако однозначного ответа здесь нет.

В качестве примера рассмотрим дело «*Bannikova v. Russia*» (постановление от 4 ноября 2010 года). Одним из ключевых аргументов в пользу того, что провокации не было, для национальных судов, а впоследствии и для Европейского суда послужили сведения, полученные из записей телефонных переговоров и свидетельствующие о том, что еще до проведения контрольной закупки заявительница продавала наркотики (§ 75 постановления по делу)². Опираясь на эти записи, Суд, вслед за национальными судами, отказался поверить заявительнице, что она с самого начала действовала под давлением агентов правоохранительных органов.

¹ Однако из этого правила есть и некоторые исключения — например, если предыдущие преступления совершались каким-то особенным, специфическим способом, аналогичным тому, каким было совершено преступление, рассматриваемое судом.

² Отметим, что Суд рассмотрел этот аргумент в части оценки процессуальных гарантий, посчитав, что эта информация была должным образом рассмотрена и оценена именно национальными судами.

Можно сделать вывод, что Европейский суд не требует, чтобы предрасположенность лица доказывалась по строгим правилам уголовно-процессуального доказывания. В противном случае любой оперативный эксперимент терял бы смысл. Действительно, зачем проводить контрольную закупку наркотиков, если у полиции достаточно доказательств для того, чтобы привлечь дилера к уголовной ответственности за прошлые эпизоды? Следовательно, полицейским необязательно иметь высококачественные доказательства на этой стадии. Однако эти доказательства должны существовать и быть такого рода, чтобы возбуждать разумное подозрение в том, что лицо вовлечено в преступную деятельность (контрабанду, взяточничество и т.п.). Простой ссылки на «информацию», имеющуюся в распоряжении полиции, или «слухи» явно недостаточно (см. «*Khudobin v. Russia*», постановление от 26 октября 2006 года, § 134; см. также упоминавшиеся выше дела «*Vanyan*», § 49, и «*Ramauskas*», § 67).

В российской практике встречаются случаи «многoэпизодного эксперимента». Иначе говоря, совершается не одна, а несколько контрольных закупок. Возможно, это и свидетельствует об «общей предрасположенности» лица к совершению каких-либо преступлений в том, что касается последующих закупок. Но вряд ли можно первую контрольную закупку считать обоснованной, если нет других свидетельств о предшествующей ей преступной деятельности¹.

Суд иногда обращает внимание на косвенные признаки, свидетельствующие о провокации (или, напротив, ее отсутствии).

Так, отсутствие выгоды для обвиняемого в некоторых делах («*Khudobin v. Russia*», «*Teixeira*») отмечалось Судом как дополнительный фактор, свидетельствующий о том, что заявитель не был профессиональным преступником и, скорее всего, действовал именно потому, что его попросили о помощи переодетые полицейские.

¹ В любом случае, как следует из некоторых обзоров судебной практики, контрольные закупки, следующие за успешной первой, могут быть признаны судами незаконными, а данные о них исключены из доказательственной базы со ссылкой на задачи оперативно-розыскной деятельности по пресечению преступлений, а не созданию статистики по их раскрываемости (см., например, Справку по итогам обобщения судебной практики по преступлениям, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, за второе полугодие 2005 года и первое полугодие 2006 года, опубликованную на сайте Липецкого областного суда в ГАС РФ «Правосудие» по адресу http://obsud.lpk.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=87).

Обычный и законный характер сделки может, напротив, говорить в пользу того, что провокации не было.

В качестве примера приведем дело «*Kuzmickaja v. Lithuania*» (постановление от 10 июня 2008 года). Полицейские получили анонимный звонок с сообщением, что барменша регулярно недоливает алкоголь клиентам. Полицейские пришли в бар под видом посетителей и установили, что заявительница налила им на 10 граммов алкоголя меньше положенного, в результате чего она была привлечена к ответственности за обман потребителей. Анализируя это дело, Суд отметил, что полицейские агенты выступали в качестве потребителей законно предоставляемых услуг. Характер действий заявительницы позволил Суду принять решение в пользу государства-ответчика: в таком контексте трудно утверждать, что полицейские перешагнули грань и подтолкнули заявительницу к совершению преступления. Иначе говоря, здесь можно предполагать наличие «общей предрасположенности», даже если первый шаг совершили сами полицейские.

Упомянем иные критерии, выработанные британской практикой и обобщенные в решении палаты лордов в деле «*R. v. Looseley*»¹. Среди других факторов, которые следует принимать во внимание при рассмотрении «подозрительных» уголовных дел (в которых есть намек на провокацию), упомянуты природа преступления, причины для проведения полицейской операции, возможность для полиции собрать доказательственную базу другими методами, *bona fide* полицейских и т.п. Ясно, что такие аргументы должны исследоваться в совокупности, как дополняющие друг друга.

Провокация, осуществляемая частным лицом

Любое лицо, действующее по поручению или под контролем полиции в качестве провокатора, будет рассматриваться как «агент» государства². Разница, однако, появляется тогда, когда

¹ Attorney-General's Reference (no. 3 of 2000) ([2001] United Kingdom House of Lords Decisions 53; см. мнения судей лорда Николса, § 26-29, и лорда Хофмана, § 50-71.

² Обратим внимание читателя на дело «*Georgievski*» (см выше), в котором Суд указал, что лицо, давшее взятку, не было «агентом» государства. На наш взгляд, в этом деле Суд просто неудачно сформулировал следующую мысль: в тот момент, когда заявитель намекнул другому лицу на взятку, это лицо еще не было «полицейским агентом» — следовательно, инициатива преступления исходила от заявителя, поэтому провокации не было.

к преступлению подталкивает обвиняемого частное лицо, действующее исходя из своего собственного интереса. И не всегда этот интерес — борьба с преступностью.

В деле *«Shannon v. the United Kingdom»*, о котором мы уже упоминали, «провокатором» выступал журналист одной бульварной газеты. Он связался с неким актером, про которого ходили слухи, что тот поставляет кокаин знаменитостям. Журналист выдал себя за представителя богатого арабского шейха, который хотел бы устроить у себя веселую вечеринку. В ходе встречи фальшивый представитель попросил заявителя раздобыть ему немного кокаина на пробу, что и было выполнено. После этого журналист и его коллеги, участвовавшие в инсценировке, обратились в полицию и рассказали, что заявитель продал им кокаин. На суде заявитель просил исключить все доказательства, полученные в результате такого «розыгрыша», который он расценивал как провокацию. Суд провел пятидневное слушание по этому вопросу и в результате решил, что доказательства можно оставить в деле, так как на заявителя не оказывалось никакого давления и наркотики он нашел и доставил вполне охотно. Следовательно, провокации не было.

Европейский суд, рассматривая эту ситуацию, пришел к выводу, что к ней неприменимы дела типа *«Teixeira»* и др., в которых инициатором совершения преступления было лицо, выполнявшее задание правоохранительных органов или напрямую к ним принадлежавшее. Суд не исключил, что и в «частной провокации» могут быть такие дефекты, которые сделают любой процесс с использованием ее результатов несправедливым. Однако в деле *«Shannon»* английский суд настолько тщательно изучил этот вопрос и обосновал свои выводы, что Европейский суд не мог с ним не согласиться в том, что провокации не было. Напомним, что в деле *«Ramanauskas»* Суд отдельно отметил, что, даже если в начале операции агент действовал в качестве частного лица, как утверждало правительство, полиция впоследствии воспользовалась результатами его инициативы и возбудила уголовное дело против заявителя, а самого «агента» к уголовной ответственности не привлекла. Таким образом, «провокатор» получил, хотя бы и задним числом, одобрение своих действий государством.

2. Процедурные гарантии, учитываемые ЕСПЧ при оценке допустимости данных, получаемых в процессе оперативного эксперимента

«*Teixeira*» было первым и, похоже, единственным делом, в котором Суд сосредоточил свое внимание в основном на материальной стороне вопроса о том, имела ли место провокация. В последующих постановлениях ЕСПЧ стал заострять внимание прежде всего на процедурной составляющей, а именно на том, как этот вопрос был рассмотрен национальными судами и какова была процедура авторизации оперативного эксперимента.

Возложение бремени доказывания процессуальных гарантий при проведении оперативных мероприятий на государство

В ряде дел Суд отметил, что любая полицейская операция с участием тайных агентов, действующих в преступной среде, должна проходить по определенной процедуре, предполагающей какой-то внешний контроль над действиями полиции («*Ramanauskas*», § 53; «*Khudobin*», § 135). В противном случае для полиции будет велик соблазн «создавать» преступления на пустом месте и таким образом улучшать отчетность.

От процедуры авторизации самого оперативного эксперимента зависит, сможет ли обвинение впоследствии доказать, что провокации не было. В случае сомнения Суд перекладывает бремя доказывания на правительство: «Задачей прокуратуры будет доказать, что провокации не было, при условии, что заявления обвиняемого не являются очевидно надуманными» («*Ramanauskas*», § 70). По сути, обвинение должно быть заинтересовано в надлежащем процессуальном сопровождении оперативного эксперимента. Если при проведении оперативного эксперимента не было такого «процессуального сопровождения», его результаты не смогут использоваться в суде.

Какого рода процедура будет гарантировать, что преступления не «создаются» самой полицией? Кто должен давать санкцию на проведение оперативного эксперимента, как должны оформляться соответствующие протоколы, какого рода документы необходимы на момент начала эксперимента? Практика Суда не дает исчерпывающего ответа на эти вопросы. Из дела «*Khudobin*» следует, что постановление о производстве оперативного эксперимента,

санкционированное руководителем тех самых сотрудников, которые проводят эксперимент и, следовательно, заинтересованы в его исходе, не предоставляет достаточной защиты от произвола. Однако, даже если бы согласие на такой эксперимент давал судья, вопрос о провокации это бы полностью не снимало (хотя в таких случаях у заявителя было бы значительно меньше аргументов для того, чтобы утверждать, что его спровоцировали).

С другой стороны, в постановлении по делу «*Bannikova*» тот факт, что контрольная закупка осуществлялась с санкции начальника областного департамента ФСБ — структуры, которая проводила расследование и сотрудники которой осуществляли закупку, — не помешал Суду признать, что никаких процессуальных нарушений в деле не было. Аналогичным образом Суд не исследовал подробно вопрос, каким именно образом оформлялось участие полиции в передаче взятки в вышеупомянутом деле против Македонии, ограничившись упоминанием того, что он был должным образом рассмотрен национальными судами («*Georgievski*», § 53).

Действующее российское законодательство требует постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД, для проведения оперативно-розыскного мероприятия¹. Практика Верховного Суда и иных высших судебных органов также идет по пути исключения доказательств, полученных в результате оперативных мероприятий, не оформленных соответствующим образом².

¹ См. статью 8, ч. 7, Закона об ОРД, а также статью 89 УПК РФ, которая запрещает использовать результаты ОРД, если они не отвечают требованиям, предъявляемым УПК к доказательствам.

² См., например, надзорное определение от 11 декабря 2007 года № 89-Д07-30 Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ, которым приговор был частично отменен в связи с использованием недопустимых доказательств — результатов проверочной закупки, не оформленной соответствующим постановлением. Об этом и иных случаях рассмотрения российскими судами вопросов о законности проведения проверочной закупки или контролируемой поставки см. упомянутую выше статью О.О. Анищик «Оперативно-розыскное мероприятие “проверочная закупка”»: решения Европейского суда по правам человека и российская правоприменительная практика». Из более поздних примеров аналогичного подхода приведем обобщение Калининградским областным судом судебной практики рассмотрения уголовных дел, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ за 2008 год: <http://www.kaliningrad-court.ru/kos/practic/criminal/common/>

*Рассмотрение результатов оперативного эксперимента
в суде в рамках проверки допустимости доказательств*

Суд неоднократно отмечал, что если защита заявляет о провокации, то это должно быть тщательно проверено в национальных процедурах.

Так, в деле «*Bulfinsky v. Romania*» (постановление от 1 июня 2010 года) защита требовала вызвать и допросить в суде полицейских агентов, которые участвовали в передаче пакета с наркотиками. Румынский суд решил, что достаточно его отчета, составленного по результатам контрольной закупки. Он также отказался исследовать отпечатки пальцев на пакете с наркотиками и аудиозапись встречи, которая велась полицией. Решение румынского суда практически полностью строилось на показаниях обвиняемых на предварительном следствии, которые признали свою вину (на суде они отказались от этих показаний). Европейский суд при этом отметил, что необходимость допросить полицейских агентов все же имелась.

Однако насколько тщательным было расследование в национальных судах, решается в зависимости от обстоятельств конкретного дела. В деле «*Shannon*», цитировавшемся выше (дело о частной провокации), журналист-провокатор связался с заявителем по наводке некоего информатора. В ходе процесса заявитель попытался вызвать это лицо в суд. Защита утверждала, что информатор мог быть кем-то из личных врагов заявителя и оклеветать его, что поставило бы под сомнение всю последующую инсценировку с покупкой кокаина. Английский суд исследовал этот вопрос и решил, что никакой новой информации, полезной для защиты, это лицо сообщить не может, и в его вызове было отказано. Европейский суд, в свою очередь, не стал подвергать сомнению решение национального судьи и согласился, что присутствие информатора на процессе и даже раскрытие его имени были несущественны.

*Предоставление необходимой оперативной информации
стороне защиты и суду в процедурах контроля за допустимостью
результатов оперативных мероприятий*

Одним из важнейших вопросов, которые возникают в делах с участием негласных агентов и с применением оперативных мероприятий, является вопрос о доступе уголовного суда и обвиняе-

мого к материалам, составляющим часть обвинения. По общему правилу принцип состязательности процесса предполагает, что у защиты должна быть возможность знать и оспорить все заявления и доказательства, представленные противной стороной. В дополнение к этому статья 6 Конвенции требует, чтобы прокуратура предоставила обвиняемому доступ ко всем собранным по делу доказательствам, независимо от того, свидетельствуют они в пользу обвиняемого или против него. Тем не менее это требование не является абсолютным, и в любом уголовном деле может возникнуть конфликт интересов защиты и, например, свидетелей. Однако с точки зрения Суда такие ограничения допустимы, только если они абсолютно необходимы. Более того, они должны сопровождаться соответствующими судебными гарантиями, с тем чтобы обеспечить обвиняемому право на справедливое разбирательство (постановление по делу «*V. v. Finland*» от 24 апреля 2007 года).

В деле против Финляндии заявитель утверждал, что был спровоцирован на продажу наркотических веществ лицом, которое в момент, когда сделка обсуждалась по телефону, находился в предварительном заключении. Заявитель узнал об этом случайно уже в ходе разбирательства своего уголовного дела в первой инстанции и попытался выяснить этот вопрос, так как, с его точки зрения, он был ключевым звеном в доказывании того, что негласный агент находился под контролем полиции, которая и спровоцировала его, заявителя, на преступление. Однако полиция отказалась предоставить такую информацию, а также получила санкцию суда на отказ предоставить информацию о том, был ли телефон заявителя поставлен на прослушивание. Ему также было отказано в предоставлении информации о детальном расположении сотового телефона, с которого осуществлялись звонки, — эта информация могла бы показать, что они исходили из места предварительного заключения. Финские суды согласились с обвинением, признав, что телефонные переговоры с указанным лицом не являлись причиной совершения преступлений. Однако Европейский суд решил, что вопрос о том, имела ли место провокация, не может быть окончательно разрешен именно из-за отсутствия указанной информации. Исследовав обстоятельства дела, он пришел к выводу, что защита не была должным образом информирована и, соответственно, не могла эффективно участвовать в процессе и оспаривать доказательства. Суд в особенности отметил, что неразглашение коснулось материа-

лов, прямо имеющих отношение к факту предполагаемой провокации, и не было оправдано какими-либо ссылками на общественный интерес («*Bannikova*», § 77).

*Ссылка на провокацию в национальных
судах в качестве линии защиты как условие
приемлемости жалобы в ЕСПЧ*

Отметим, что признание вины обвиняемым не освобождает суды от необходимости тщательно и всесторонне оценить вопрос о провокации. Так, в деле «*Ramanauskas*» заявитель согласился с объективной стороной предъявленного ему обвинения, а именно с тем, что деньги он взял. Однако он оспаривал субъективную составляющую преступления, утверждая, что имела место провокация, т.е. порок воли. Литовские суды вовсе не стали обсуждать вопрос о том, была провокация или нет. Для них тот факт, что заявитель признал объективную сторону преступления, явился достаточным основанием для того, чтобы признать его виновным и назначить наказание. Однако такого рода анализ был признан ущербным Большой палатой Суда, которая в § 72 постановления по делу указала: «Признательные показания о преступлении, совершенном в результате провокации, не снимают вопроса о провокации или ее последствиях».

Как правило, заявитель должен ссылаться на провокацию с самого начала, еще в национальных судебных процедурах. Это, например, следует из одного дела против Турции («*Ünel v. Turkey*», постановление от 2 мая 2008 года), в котором Суд отменил аргумент о провокации, так как он появился в деле только на этапе подачи жалобы в Страсбург.

Представляется, что немало жалоб в ЕСПЧ, которые могли бы стать делами о провокации, рискуют оказаться неприемлемыми именно потому, что во внутренних процедурах будущие заявители отрицают само событие преступления. Они говорят, например, что деньги (наркотики, оружие и т.п.) им подбросили. Аргумент о провокации появляется значительно позже, уже в жалобе в Европейский суд. Все зависит от того, насколько очевидна провокация, какой из возможных вариантов защиты сильнее.

В том же деле «*Bulfinsky*» заявители утверждали, что не знали, что находится в сумке, которую они забрали у полицейского агента. Заявители утверждали, что их скорее «подставили», чем «спровоцировали». А это две разные ситуации: в первом случае

воля лица вообще не направлена на совершение преступления, в то время как во втором субъект осознает, что совершает противоправное действие, но воля его, так сказать, деформирована и не является, строго говоря, свободной.

Линия защиты в деле «*Bulfinsky*», выбранная заявителями, опиралась не на логику «провокации», а на логику полной факрикации преступления. Тем не менее даже при такой линии защиты Суд счел возможным рассмотреть дело с точки зрения «провокации» и найти нарушение статьи 6. Представляется, что Суд смотрел здесь на объективные признаки ситуации, похожей на провокацию, и должен был решить, имела ли место провокация. Таким образом, защите необязательно ссылаться на провокацию.

*Формы и последствия признания
нарушения статьи 6 Конвенции в решениях ЕСПЧ
по делам о провокации*

В большинстве дел, относящихся к этой категории, Суд дополнял материально-правовой анализ факта провокации исследованием процедурных гарантий, имевшихся в национальных судах. Если внутренние суды убедительно объяснили, что провокации не было, Суд удовлетворяется этим и не находит нарушения статьи 6 Конвенции. Если же внутренняя процедура была в чем-то дефектна, у Суда два выхода: либо найти нарушение статьи 6 Конвенции на одном этом основании («*Khudobin*», § 137), либо сделать выводы о материально-правовой стороне вопроса и признать, что заявитель был спровоцирован («*Ramanauskas*», § 72, 73). Такое разделение часто условно, и не во всех делах можно проследить, руководствовался ли Суд чисто процедурными соображениями или также делал выводы по существу (имелась ли провокация). Скорее всего, эти два способа анализа дел о провокации являются взаимодополняющими.

Дела о провокации имеют одну существенную особенность — в них Суд выходит за рамки традиционного «процессуального» понимания статьи 6 и вторгается в область материального права. Большинство дел относительно справедливого судебного разбирательства касаются именно доказывания: Суд исследует не столько вопрос о преступлении, сколько то, как прокуратура должна доказывать виновность заявителя, а суды — разбираться с такими доказательствами; признание доказательств недопусти-

мыми не исключает, что преступление может быть подтверждено на основе других доказательств. Вопрос о провокации и о том, должна ли она считаться основанием для освобождения от уголовной ответственности, относится к материальному праву, как и вопрос о минимальном возрасте уголовной ответственности, сроке давности и т.д. Практика Суда в таких делах касается не столько правила доказывания каких-то фактов, сколько того, как действия, связанные с провокацией, должны быть оценены¹. На эту особенность оперативного эксперимента указывают и российские авторы: оперативный, в отличие от следственного, эксперимент проводится не в отношении уже совершенного деяния, а «одновременно с совершением проверяемым лицом противоправных действий»².

Однако настоящая проблема для Европейского суда при рассмотрении заявления обвиняемого о провокации, точно так же, как и для национального суда, состоит в том, чтобы установить, насколько воля заявителя была сформирована действиями агентов полиции, или, используя терминологию Пленума Верховного Суда, чтобы прийти к выводу о формировании умысла на совершение преступного деяния «независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений».

Европейскому суду известны три возможных последствия провокации преступления в национальном праве: вывод об отсутствии состава преступления, приостановление уголовного процесса в связи со злоупотреблением процедурой со стороны обвинения и исключение доказательств. Выбор остается за национальными органами («*Edwards and Lewis v. the United Kingdom*», постановление Большой палаты от 27 октября 2004 года, § 46). Оценивая ситуацию в Российской Федерации, Суд признал, что проблема провокации могла бы быть решена путем исключения доказательств, полученных в результате провокации. Суд не на-

¹ См. п. 14 упомянутого выше постановления Пленума ВС от 15 июня 2006 года, в соответствии с которым передача наркотических средств в ходе проверочной закупки считается неоконченной и должна квалифицироваться как попытка. Как мы видим, Россия пытается подойти к проблеме провокации с чисто материально-правовой стороны, смягчая ответственность за преступления, совершенные с участием полицейских агентов. Это, так сказать, частичная декриминализация (которая не должна, конечно, исключать полной декриминализации в том случае, когда есть существенный порок воли обвиняемого).

² Корневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании. С. 29.

вызывает государствам какое-то определенное видение провокации как проблемы процессуальной или материально-правовой. Для Суда важно лишь, чтобы эта проблема была решена и национальные суды рассматривали аргумент о провокации как очень серьезный и требующий отдельной и тщательной оценки.

§ 7. СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ И РАВЕНСТВО СТОРОН ПРИ ИССЛЕДОВАНИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В СУДЕ

1. СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ И РАСКРЫТИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ СТОРОНАМИ ПЕРЕД СУДОМ В ОТКРЫТОМ ПРОЦЕССЕ

Практика Европейского суда и Комиссии выводит из статьи 6, § 1, Конвенции принцип состязательности в исследовании доказательств: все доказательства, на которые ссылается сторона обвинения¹, должны быть представлены обвиняемому и суду и обсуждены в открытом процессе. Европейский суд, в единогласном решении Большой палаты по делу «*Rowe and Davis v. the United Kingdom*» (постановление Большой палаты от 6 февраля 2000 года, § 60) установил, что «защита должна иметь возможность ознакомиться с... доказательствами, предоставленными другой стороной, и прокомментировать их... Кроме того, статья 6, § 1, Конвенции... требует от органов государственного обвинения раскрыть все доказательства, которыми они обладают, в пользу подсудимого или против него...».

Обеспечение доступности доказательств для стороны защиты в полном объеме – вне зависимости от оценки их значения для дела стороной обвинения

Доказательства должны быть доступны для защиты, несмотря на то что прокуратура решила, что они не важны. Так, в деле «*Natunen v. Finland*» (постановление от 31 марта 2009 года) обвинение было построено в значительной степени на прослушивании телефонных переговоров обвиняемого. При этом полиция

¹ Доказательства могут быть двух видов: те, на которые сторона обвинения ссылается в обвинительном заключении, и те, которые могут использоваться для поддержки защиты (обвинительные и оправдательные). Вопрос о раскрытии оправдательных доказательств будет рассмотрен несколько ниже. Мы начнем с изучения обвинительных доказательств и правил их использования.

часть записей уничтожила по решению полицейского начальства как не представляющую интереса для дела. На суде заявитель потребовал предоставить ему полные записи — по его словам, полиция неправильно истолковала его телефонные разговоры с предполагаемыми сообщниками, и он хотел бы сам объяснить суду, о чем он говорил. Однако записей к тому моменту уже не существовало. Европейский суд нашел в этом деле нарушение статьи 6 Конвенции на том основании, что решение оставить записи или уничтожить принималось полицией без того, чтобы эти доказательства были рассмотрены судьей¹.

Если потенциально оправдательное доказательство сокрыто от защиты по неосторожности или по каким-то тактическим соображениям прокуратуры (не оправданным никаким общественным интересом, выходящим за рамки желания следователя посадить обвиняемого за решетку), это определенно будет считаться нарушением статьи 6, § 1. Пример этому можно найти в деле «*Kuopila v. Finland*» (постановление от 27 апреля 2007 года), в котором заявитель обвинялся в мошеннической перепродаже картины, ему не принадлежавшей. Прокуратура, не ставя в известность заявителя, передала суду заключение, которое касалось подлинности картины и было получено уже ближе к окончанию судебного разбирательства дела. Прокуратура сообщила суду, что, по ее мнению, этот документ не был решающим для дела. Суд приобрел документ к материалам дела, но не стал его описывать в приговоре. Заявитель, напротив, полагал, что подлинность картины была очень важным элементом дела, причем элементом, подтверждавшим его

¹ Суд признавал, однако, что, когда доказательство физически утеряно, в силу каких-то объективных причин, невозможность для защиты ознакомиться с ним не всегда означает нарушение статьи 6 Конвенции. Так, в деле «*Mirilashvili v. Russia*» от 11 декабря 2008 года часть записанных телефонных переговоров была недоступна защите потому, что эти записи были утеряны (а не уничтожены сознательно, как в финском деле). Таким образом, в дело здесь вмешался некий форс-мажор (или, точнее, обвинение представило ситуацию таким образом). Такое объяснение со стороны полиции или органов обвинения не всегда должно устраивать как внутренние суды, так и Европейский суд, поскольку это позволяет обвинению скрывать невыгодные ему материалы, объявляя их утерянными. Суды могут мириться с утерей потенциально оправдывающих материалов только в тех случаях, когда власти убедительно продемонстрируют, что эти материалы были действительно утеряны по неосторожности, а не просто спрятаны от защиты. Если таких доказательств нет, суды должны рассматривать ситуацию как отказ прокуратуры предоставить опровергающие обвинение (или какую-то его часть) доказательства и решать дело в соответствии с презумпцией невиновности.

позицию по главному вопросу обвинения. Европейский суд в этом деле нашел нарушение статьи 6 Конвенции в связи с тем, что защита не была поставлена в известность о существовании подобного отчета и не могла прокомментировать его.

*Признание судами общественного интереса
как причины сокрытия доказательств от защиты*

Большую сложность представляют дела, в которых сторона обвинения скрывает какие-то доказательства от стороны защиты, руководствуясь серьезными соображениям общественного интереса. Как часто бывает в контексте статьи 6 Конвенции, несмотря на достаточно жесткие формулировки общего правила раскрытия доказательств, у защиты нет абсолютного права требовать раскрытия всех доказательств, которыми обладает прокуратура. Утаивание доказательств от защиты (или их неполное раскрытие, что встречается чаще — см. раздел об анонимных свидетелях) или различные ограничения в ходе их исследования все чаще встречаются в уголовном процессе, особенно по делам об организованной преступности и терроризме¹. Интересно, что в российской практике аналогичные, по сути, права заявителя часто рассматриваются как абсолютные, не подлежащие ограничению ни при каких обстоятельствах². С точки зрения Конвенции эта позиция верна в отношении права знать, в чем тебя обвиняют.

Вопрос, насколько доказательство является относимым и важным и насколько его сокрытие действительно отвечает интересам национальной безопасности, защиты свидетелей, сохранения государственной тайны и пр., должен решаться национальными судами. В большинстве подобных дел, где речь идет о неполном раскрытии доказательств, Суд больше интересуется процедура, в которой эти доказательства были исследованы (см. уже упоминавшееся дело «*Rowe and Davis v. the United Kingdom*»).

В западных странах существует несколько институциональных моделей, которые позволяют сбалансировать интересы защиты, состоящие в максимальной открытости доказательств и их источ-

¹ См.: Tigroudja H. L'équité du procès pénal et la lutte internationale contre le terrorisme. Réflexions autour de décisions internes et internationales récentes // Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme. 2007. N 71.

² См. решение Тверского областного суда в кн.: Практика применения УПК РФ. С. 268.

ников, и интересы прокуратуры, состоящие в закрытии той информации, которая, по мнению органов уголовного преследования, является секретной. Наименее выгодна для защиты ситуация, в которой вопрос о раскрытии доказательств решается единолично стороной обвинения. Европейский суд рассмотрел подобную ситуацию в деле «*Chahal v. the United Kingdom*» (постановление от 15 ноября 1996 года), в котором речь шла о процедуре депортации заявителя и содержании его под стражей в ожидании такой выдачи. Английские власти, основываясь на секретных материалах, решили, что заявитель представляет угрозу национальной безопасности. При этом сами материалы, на основании которых были сделаны такие выводы, суду не представлялись. Европейский суд в этом деле нашел нарушение статьи 5, § 4, в связи с тем, что ни у заявителя, ни у суда или какого-либо другого нейтрального органа не было возможности рассмотреть секретные материалы и оценить их достоверность¹.

Начиная с 1990-х годов английские суды стали указывать прокуратуре, что она не может быть судьей в собственном деле и не должна решать единолично, стоит или нет раскрывать какое-то доказательство защите. С этого времени суды стали самостоятельно просматривать не использованные прокуратурой материалы на предмет того, надо или нет их предоставлять защите. Защита в этих заседаниях не участвовала. Такая практика была распространена и на апелляционные суды².

Национальные процедуры контроля суда за не раскрываемыми прокуратурой источниками доказательств

Таким же подходом пользовался и израильский Верховный суд в делах о тюремном заключении «незаконных комбатантов» (термин, применяемый, в частности, к палестинским повстанцам

¹ Эта норма Конвенции гарантирует право на судебное рассмотрение вопроса о законности содержания под стражей, однако практику Суда, выработанную в контексте статьи 5, § 4, можно смело распространять на статью 6 Конвенции, так как стандарты последней даже выше.

² Некоторое время спустя, однако, суды уточнили, что они будут просматривать таким образом не все материалы, собранные на следствии, а только потенциально относимые к делу. Подсудимый в такой ситуации имел возможность сообщить суду о своих аргументах и линии защиты, с тем чтобы судья, в свою очередь, мог бы оценить, насколько материалы, представленные прокуратурой, являются относимыми.

или террористам). Естественно, в подобных делах правоохранительные органы часто ссылаются, в обоснование необходимости лишения свободы таких лиц, на источники, раскрывать которые они не хотят. Суды оценивают качество «секретной информации» за закрытыми дверями, без участия сторон. При этом суд должен оценить такие доказательства с особой тщательностью и осторожностью¹. Некоторым образом суд временно снимает с себя судьейскую мантию и примеряет роль адвоката. Похожая система — назовем ее условно судебным контролем — действовала некоторое время и в Канаде.

Метод судебного контроля, несомненно, лучше, чем сохранение за прокуратурой дискреции в раскрытии доказательств. Европейский суд отметил это в деле *«Jasper v. the United Kingdom»* (постановление от 16 февраля 2000 года, § 51—53). Однако, по сути, судьям самим позволено определять судьбу «секретных доказательств» с одним лишь условием — постараться действовать очень осторожно и с точки зрения интересов защиты. Но в отсутствие публичности очень трудно проверить, действительно ли суд руководствовался этими рекомендациями. Таким образом, судебная система сама проверяет, действует ли она с особой тщательностью и осторожностью или нет и в чьих интересах. Кроме того, такой судебный контроль кардинально меняет позицию судьи — из арбитра он превращается в следователя, возрастает инквизиционная составляющая процесса, притом что у судьи нет средств и полномочий, чтобы проводить собственное расследование². Тем не менее сказанное выше не означает, что судьи не должны оценивать такого рода доказательства с особой осторожностью и с точки зрения защиты. Такое требование, как бы ни было сложно его контролировать, должно присутствовать в законе и в практике.

В любом случае позиция российских судов относительно раскрытия доказательств может требовать корректировки. Так, Верховный суд Карачаево-Черкесии вернул дело, рассмотренное по первой инстанции, на дополнительное расследование, по-

¹ См. дело *«A. v. State of Israel»*: http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Israel/Anonymous_SupremeCourt_Judgment_11-6-2008.pdf

² Этот аспект системы, построенной на самоконтроле, был отмечен в решении канадского Верховного суда по делу *«Charkaoui, Almrei and Harkat»* (<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2007/2007scc9/2007scc9.html>), после которого было решено вводить в процесс фигуру специального адвоката — об этом см. ниже.

сколько следователь не включил в материалы дела протокол допроса обвиняемого на стадии предварительного расследования. Верховный Суд РФ отменил это решение на том основании, что включать или не включать доказательство в обвинительное заключение — прерогатива следователя¹. Представляется, что эта формулировка как минимум требует уточнения. Действительно, следователь вправе решать, на какие доказательства ему следует опираться в обвинительном заключении. Однако это не мешает следователю раскрыть стороне защиты доказательство, добытое в ходе расследования и не использованное в материалах обвинения. Если есть причины этого не делать (например, по соображениям секретности), данный вопрос должен быть представлен как минимум на рассмотрение судьи (возможно, с участием так называемого специального адвоката). Более того, у защиты должно быть право требовать приобщения к материалам дела такого доказательства как оправдательного.

Не всегда формального участия судьи в рассмотрении вопроса о раскрытии доказательства защите достаточно для обеспечения прав защиты по статье 6 Конвенции. В деле «*Mirilashvili v. Russia*» (постановление от 11 декабря 2008 года) одним из главных доказательств против заявителя была пленка его телефонных переговоров, сделанная в рамках секретной операции по прослушиванию третьих лиц. Сама пленка была доступна для исследования в суде; однако защита не получила доступа к другим материалам оперативного мероприятия (прослушивания). В частности, было неизвестно, почему телефоны этих третьих лиц прослушивались, была ли санкция на прослушивание выдана в соответствии с законом, распространялась ли эта санкция на весь период, в течение которого производилась запись, и на все телефонные номера, по которым заявитель делал звонки. В ходе процесса против заявителя прокуратура продемонстрировала материалы дела председателствующему судье, но не представителям защиты. Судья ознакомился с материалом и решил, что пленки были получены законно.

Европейский суд, рассматривая эту ситуацию, отметил, что в деле «*Jasper*» материалы, не продемонстрированные защите, никоим образом не использовались против обвиняемого в его процессе. В деле «*Mirilashvili*», напротив, сокрытый от защиты

¹ См.: Практика применения УПК РФ. С. 323.

материал имел непосредственное отношение к получению одного из самых важных обвинительных доказательств. Кроме того, в английском праве существовали очень разработанные правила, по которым суды нескольких инстанций должны были оценивать, подлежит ли доказательство раскрытию защите и если да, то в каком объеме. Далее, Европейский суд отметил, что в российском деле сокрытие доказательств произошло на том основании, что любые результаты оперативно-розыскной деятельности не подлежали разглашению защите, вне зависимости от их содержания и требования соблюдения интересов защиты. Иначе говоря, такого рода документы становились секретными не по содержанию, а по форме, и у судьи не было иного выхода, кроме как согласиться с тем, что они не могут быть раскрыты защите ни при каких условиях. Не оспаривая того, что в определенных обстоятельствах материалы ОРД могут быть скрыты от защиты, Европейский суд в данном деле нашел нарушение статьи 6 в связи с тем, что этот вопрос решался не судьей исходя из существа материалов ОРД, позиции защиты и обстоятельства дела, а был предопределен в законодательстве, которое целый класс документов объявляло закрытым. Как показывает дело «*Mirilashvili*», участие судьи не решает проблему нераскрытых доказательств — надо, чтобы у судьи были соответствующие полномочия по оценке того, перевешивает ли общественный интерес в сохранении секретности какой-то информации права заявителя по статье 6 Конвенции.

*Система специальных адвокатов в Великобритании,
США и Канаде для участия в рассмотрении судом вопроса
о невозможности раскрытия доказательств стороне защиты*

С определенного момента в Великобритании и Канаде для таких случаев была создана система специальных адвокатов. Специальный адвокат назначается судом из числа адвокатов, имеющих допуск к государственной тайне. Такой адвокат институционально не связан с судебной или правоохранительной системой, он не получает инструкций от подсудимого, а действует хоть и в его интересах, но по своему усмотрению и не имеет права сообщать подсудимому детали той информации, которую он получил в ходе выполнения своих обязанностей. Это некая «третья

сила» в процессе, независимая от обеих сторон и от суда¹. В законодательстве Канады об иммиграционном контроле фигура специального адвоката была введена после того, как канадский Верховный суд в деле «*Charkaoui, Almrei and Harkat*» решил, что использование в судебной процедуре информации, к изучению и обсуждению которой не допускаются заинтересованная сторона и ее адвокат, противоречит канадской Хартии прав и свобод². Похожую систему ввели и в США после того, как в американские суды посыпались иски от узников базы Гуантанамо, которые содержатся там зачастую на основе исключительно информации, добытой из секретных источников. Однако в отличие от Канады, где эта система формализована, в США такого рода адвокаты назначаются от случая к случаю, по инициативе судов³.

Специальный адвокат не только помогает судье исследовать доказательство. Его задача также состоит в том, чтобы добиться наиболее полного раскрытия доказательства защите. В Великобритании фигура специального адвоката появилась отчасти в ответ на критику системы «судейского самоконтроля» со стороны Европейского суда. Этот адвокат появился в иммиграционных делах, а также в специальном законодательстве, касающемся Северной Ирландии. В последующие годы такой способ обеспечения интересов защиты стал распространяться и на другие сферы (см. уже упоминавшееся дело «*Rowe and Davis v. the United Kingdom*», постановление Большой палаты от 16 февраля 2000 года, § 46 и далее).

Британский опыт показывает, однако, что введение в процедуру специального адвоката не решает проблему «раскрытия доказательств». Напротив, такой механизм может привести к противоположным результатам: власти начнут скрывать от защиты многие доказательства под предлогом того, что они содержат какую-то секретную информацию, даже те, которые можно найти в открытом доступе⁴. Недостатком этой системы является также то обстоятельство, что специальный адвокат не получает

¹ См.: Barak-Erez D., Waxman M.C. Secret evidence and the due process in terrorist detentions // Columbia Journal of International Law. 2009. Vol. 48, N 1. P. 26.

² <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2798914&Language=E&Mode=1&Parl=39&Ses=1&File=294#rule>. См. также <http://www.justice.gc.ca/antiter/home-accueil-eng.asp>.

³ См.: Barak-Erez D., Waxman M. C. Op. cit. P. 49.

⁴ См.: Barak-Erez D., Waxman M.C. Op. cit. P. 32.

инструкций от подсудимого и ему запрещено раскрывать подсудимому информацию, которую он узнал при изучении секретных доказательств, а также сообщать свои аргументы¹. Таким образом, по сравнению с ситуацией полного раскрытия доказательства его возможности ограничены. Еще один недостаток системы специального адвоката (впрочем, как и системы судебного самоконтроля) — недостаточная мотивированность такого адвоката, который может испытывать к своему подзащитному антипатию, не способствующую использованию в полной мере средств защиты. Впрочем, это относится ко всем адвокатам по назначению.

Европейский суд, не отрицая полезности системы специальных адвокатов, заметил, что этот механизм не может заменить полностью требование о раскрытии основной сути обвинительных доказательств прокуратурой. Эта позиция была сформулирована в деле «*A. and Others v. the United Kingdom*» (постановление Большой палаты от 19 февраля 2009 года, § 220), где Европейский суд отметил, что у обвиняемого должна быть возможность дать определенные инструкции специальному адвокату, с помощью которых тот мог бы эффективно оспорить доказательство, используемое против обвиняемого. Обвиняемому должны предоставить максимально возможный доступ к информации, которая позволит ему оспорить ту часть доказательств, которая по соображениям безопасности от него скрывается. Европейский суд привел такой пример (это дело касалось предполагаемых террористов — членов Аль-Каиды): если, предположим, сторона обвинения утверждает, что заявитель проходил военную подготовку в лагере террористов, она должна указать примерно, когда это происходило, и местоположение лагеря. При наличии такой информации у заявителя есть возможность предложить алиби или объяснить, почему он в это время находился в этом месте, дать этому факту какое-то объяснение, которое исключает его принадлежность к террористической деятельности². Таким образом, законодатель пытается обеспечить максимально возможную степень участия защиты или хотя бы какого-то независимого арбитра в процессе исследования таких доказательств.

¹ См.: Ibid. P. 37.

² Реакция не заставила себя ждать — в Великобритании Совместный комитет по правам человека (*Joint Committee on Human Rights*) предложил ввести требование об обязательном раскрытии основной сути доказательств, которые используются против обвиняемого.

*Общие требования ЕСПЧ
к раскрытию доказательств*

В вопросах раскрытия доказательств Европейский суд практически исходит из некоторых общих правил: доказательства (и обвинительные и оправдательные) должны быть известны защите, любые ограничения защиты на доступ к ним должны быть минимальными, строго необходимыми в рамках того общественного интереса, который такие ограничения преследуют; сам Суд никогда не занимается изучением качества доказательства без изучения того, как это доказательство было исследовано в национальных судах; чем хуже качество доказательства, чем меньше у защиты возможностей исследовать его, тем подробнее и придирчивее Европейский суд будет оценивать процедуру использования такого доказательства в процессе.

*Достаточное время и условия
для исследования доказательств*

Требование раскрывать доказательства защите имеет очень важный временной компонент: у защиты должно быть достаточно времени и возможностей для ознакомления с обвинительными доказательствами — об этом говорит статья 6, § 1 (b), Конвенции.

Ни Конвенция, ни прецедентное право Суда и Комиссии не устанавливают, на какой стадии судопроизводства должны быть раскрыты доказательства. В некоторых странах (особенно принадлежащих к англосаксонской правовой семье) доказательства предоставляются защите на более позднем этапе; в странах континентальной системы у защиты больше прав по исследованию доказательств еще в ходе следствия, что не мешает обвинению предоставлять дополнительные доказательства уже в ходе судебного разбирательства («*G.B. v. France*», постановление от 2 октября 2001 года, § 60). Для Суда важно лишь, чтобы это было сделано заранее, чтобы у стороны была возможность подготовиться к опровержению этих доказательств до того, как суд оценит их и вынесет по ним решение¹. Как отмечают отдельные авторы,

¹ Этот принцип применим и к гражданскому, и к уголовному процессу — см. дело «*Feldbrugge v. the Netherlands*», в котором Суд нашел нарушение статьи 6, § 1, в связи с тем, что ответчицу по делу, в рамках которого она оспаривала решение о лишении ее медицинской страховки, не ознакомили с экспертизой состояния ее здоровья, которая легла в основу решения против заявительницы.

в некотором смысле законодательство стран континентально-правовой семьи обеспечивает лучшие условия для ознакомления защиты с материалами дела, так как материалы предоставляются на более ранней стадии процесса и в более или менее окончательном виде¹. Российские стандарты в этой сфере вполне соответствуют Конвенции — статья 47 УПК предоставляет защите возможность знакомиться со всеми материалами следствия по окончании предварительного расследования (хотя это не означает еще, что тем самым обеспечивается достаточное время для ознакомления с ними)².

Надо отметить, что нарушение права защиты ознакомиться с материалами дела по окончании расследования не является препятствием к движению дела (см. статью 237 и статью 236, ч. 6, УПК РФ). Нарушения статьи 6 Конвенции скорее всего не будет, если суд исправил ошибку следователя и на более поздней стадии дал обвиняемому возможность ознакомиться с материалами дела (см. дело «*Slyusarev v. Russia*» от 9 ноября 2006 года, где заявитель жаловался на то, что не мог прочесть материалы своего дела потому, что у него отобрали очки).

Вопрос о том, что является «достаточным временем» или «условиями» для изучения доказательств, тесно связан с обстоятельствами дела. В деле «*Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*» (постановление от 6 декабря 1988 года) Суд нашел нарушение статьи 6, § 1 и 3, в том числе в связи с тем, что у заявителей в течение очень короткого — однодневного — судебного процесса не было возможности исследовать важные доказательства их причастности к убийству и террористической деятельности, в частности оружие и документы, найденные во время обыска в их доме. В деле «*Öcalan v. Turkey*» (постановление Большой палаты от 12 мая 2005 года, § 141) Суд нашел нарушение статьи 6, § 3 (b), в ситуации, когда заявителю предоставили материалы обвинительного заключения на 20 дней, но материалы эти состояли из 17 тыс. страниц. В российском контексте, однако, такие дела вряд

¹ См.: Tochilovsky V. *Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights. Procedure and Evidence*. Nijhoff ; Leiden ; Boston, 2008. P. 96.

² Вместе с тем у этого права есть и обратная сторона. Существование такого права свидетельствует о том, что дело окончательно формируется на стадии предварительного расследования, оставляя за судьей лишь функцию проверки тех материалов, которые собраны следствием.

ли будут встречаться очень часто, так как в большинстве случаев доказательственная база бывает сформирована и описана в обвинительном заключении и стороне защиты предоставляется обычно достаточное время для ознакомления хотя бы с письменной частью дела против обвиняемого. Вместе с тем в российских делах встречаются жалобы на то, что условия ознакомления с материалами дела обвиняемых-заключенных не позволяли им реализовать свое право на защиту («*Trepashkin v. Russia, no. 2*», от 16 декабря 2010 года). В этом деле Суд не нашел нарушения статьи 6, § 3 (b), но сами рассуждения Суда показывают, что условия содержания могут препятствовать нормальному ознакомлению с делом. Проблемы со зрением (как в деле «*Slyusarev*») или со слухом («*Stanford v. the United Kingdom*», постановление от 23 февраля 1994 года) у обвиняемого могут теоретически ограничить его возможности по ознакомлению с доказательствами.

2. Равенство сторон в ходе исследования доказательств в суде

Европейский суд требует, чтобы при исследовании доказательств стороны имели равные процессуальные возможности (*equality of arms*). Это вытекает как из прямого смысла статьи 6, § 1, так и из общего требования «справедливости» правосудия, составной частью которого является требование процессуального равенства сторон. Речь здесь не идет о равенстве *de facto*: Конвенция не может гарантировать, что адвокат обвиняемого будет так же компетентен, как и прокурор. Нельзя требовать от суда и вызова ровно такого же количества свидетелей защиты, сколько было заслушано свидетелей обвинения. Речь здесь идет скорее о равенстве *de jure*, о том, чтобы у стороны обвинения не было формальных полномочий, которых нет у стороны защиты. Отличие требования процессуального равенства от требования состязательности состоит в том, что в первом случае речь идет об абсолютных правилах исследования доказательств стороной защиты перед лицом суда, в то время как во втором — об относительных возможностях двух сторон в процессе по представлению доказательств в суд и их изучению. Европейский суд декларирует, что он не обязан устанавливать, насколько невозможность для стороны исследовать доказательство наравне с другой стороной повлияла на материальные выводы суда, т.е. нет необходимости до-

казывать, что, будь такая возможность предоставлена защите, это перевернуло бы ход процесса («*APEH Üldözötteinek Szövetsége and Others v. Hungary*»), постановление от 5 октября 200 года, § 42.).

Активная роль обвинения в доказывании и равенство процессуальных возможностей сторон

Принцип процессуального равенства сторон вытекает из статьи 6, § 1, Конвенции и, следовательно, применим и к гражданским, и к уголовным делам. Однако практика Суда о равенстве процессуальных возможностей по гражданским делам может применяться к уголовным делам только *mutatis mutandis*, с учетом специфики уголовного судопроизводства и, в частности, более активной роли стороны обвинения по представлению доказательств в этой разновидности процесса. При этом Конвенция действует в отношении множества стран континентальной системы, обладающих развитой системой досудебного следствия. Естественно, требование равенства процессуальных возможностей не предполагает, что у защиты должны быть такие же права по собиранию доказательств (право обыска, выемки, привода свидетелей и т.д.). Достаточно, чтобы защита имела возможность собирать доказательства, не прибегая к мерам государственного принуждения, и чтобы исследование представленных в суд доказательств происходило по одинаковым правилам и для обвинения, и для защиты.

Ниже мы будем говорить также о делах, в которых Европейский суд находил нарушение статьи 6, § 1, в связи с нарушением принципа равенства сторон в различных контекстах доказывания, например в связи с невозможностью для защиты добиться назначения контрэкспертизы или принимать участие в проведении экспертизы, а также в связи с невозможностью для защиты представить в суд материалы собственного расследования или вызвать свидетелей защиты.

3. Активная защита. Право требовать вызова свидетелей и приобщать доказательства

Конвенция позволяет ставить вопрос об активной защите путем приобщения доказательств в рамках прежде всего статьи 6, § 3 (d). Право допрашивать свидетелей, показывающих против обвиняемого, и право требовать вызова и допроса свидетелей защиты объединены в одном подпункте статьи 6, § 3 (d), однако по

сути дела это очень разные гарантии. Право исследовать и критиковать доказательства, предложенные прокуратурой в поддержку обвинения, является почти безусловным, естественным правом защиты, вытекающим из самого названия этой процессуальной стороны. Право активно опровергать мнение обвинения, ссылаясь на новые сведения о фактах, которые не фигурируют в обвинительном приговоре, также признано в Конвенции. Однако по ряду практических соображений (прежде всего в силу длительности и стоимости судебного процесса) внутренние суды нередко используют свою значительную свободу усмотрения в доказывании для ограничении этого права.

Активная защита включает в себя не только право требовать вызова свидетеля. Она может состоять и в представлении в суд вещественных доказательств, результатов экспертиз и т.п. Однако, как и в случае со свидетелями, у национальных судов есть широкая дискреция в этом вопросе. Общее правило в таких случаях звучит так: «решение о том, надо ли допускать доказательство [к изучению в ходе слушаний] и какой вес ему придать, в первую очередь относится к сфере полномочий национальных судов» (постановление по делу «*Doorson v. the Netherlands*» от 26 марта 1996 года).

В России закрепление права защиты на сбор доказательств является сравнительно недавним феноменом. Традиционные подходы к теории доказательств не вполне еще согласованы с закрепленным в статье 86 УПК институтом адвокатского расследования. Согласно данной статье защите предоставляется право опрашивать свидетелей с их согласия и получать предметы, документы и т.п. Однако в числе общих критериев, определяющих допустимость доказательств, упоминаются две следующие их характеристики: 1) сведения получены и зафиксированы в установленной законом форме; 2) сведения получены надлежащим субъектом доказывания¹. Возникает вопрос, насколько собранные защитой материалы отвечают требованию допустимости с учетом этих двух критериев. Как полагают некоторые авторы, «доказательствами» они становятся в результате их процессуального приобщения к делу следователем (или судом)². Другой российский автор с сожалением указывает на то, что согласно сложив-

¹ См.: Уголовный процесс России. М. : Юрайт, 2003. С. 198.

² См.: Комментарий к УПК РФ / под ред. Д.Н. Козака и Е.Б. Мизулиной. М. : Юристъ, 2002. С. 218.

шейся практике «допустимыми признаются лишь доказательства, собранные (т.е. сформированные) органом расследования»¹. То есть материалы, собранные защитой, признаются доказательствами, если только следователь или суд решают их сделать таковыми путем закрепления в определенной процессуальной форме. Однако суды или следователь не могут признавать полученные защитой материалы формально недопустимыми только потому, что они получены не самим судом или следователем, а защитником и оформлены не как «протокол допроса», например, а как «запись опроса». Подобный подход был бы примером циркулярной логики. Суд или следователь могут, конечно, оценить относимость такого доказательства, а также его достоверность, исходя из условий, в которых такое доказательство было получено. Вместе с тем это доказательство, повторим, нельзя считать недопустимым только потому, что оно получено адвокатом, а не следователем или судом непосредственно.

Право на вызов свидетелей защиты

В рассматриваемом праве, как и в праве на допрос свидетелей обвинения, можно выделить два аспекта. Во-первых, это право на вызов свидетелей (или приобщение других доказательств) как таковое. Во-вторых, это вызов (и допрос) свидетелей (приобщение и исследование доказательств) на тех же условиях, которыми пользуется сторона обвинения. Из некоторых фраз Суда можно заключить, что эта гарантия в первую очередь касается равенства сторон и только потом утверждает право на активную защиту. Ш. Трехсель² выделяет три вопроса, на которые должен ответить суд, рассматривая ходатайство о вызове свидетеля защиты: являются ли сведения, которые может сообщить свидетель, относимыми к предмету доказывания по делу? если да, нужно ли заслушивать этого дополнительного свидетеля, чтобы установить

¹ Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. М. : Высшее образование, 2009. С. 61. В.А. Лазарева критикует такой подход к допустимости доказательств, хотя и указывает на него как на доминирующий в практике. Далее, на с. 62, она пишет: «Обвиняемый и его защитник... как субъекты, не имеющие права собирать доказательства в той процессуальной форме, которая признается единственно возможной, от формирования совокупности представляемых суду доказательств фактически отстранены».

² См.: Trechsel S. The human rights in Criminal Proceedings. Oxford : Oxford University Press, 2005. P. 323.

некоторый факт? Поможет ли допрос этого свидетеля суду разрешить фактический вопрос, о котором идет речь?

Достаточно типичным делом, в котором жалоба заявителя не прошла этот тест, является дело «*Dorokhov v. Russia*» от 14 февраля 2008 года. В этом деле заявителя, районного прокурора, обвиняли в получении взяток в виде машин от местного бизнесмена, у которого был гаражный бизнес. Заявитель в свою защиту утверждал, что он честно покупал эти машины у гаража, и в подтверждение ссылался на факт передачи денег представителю гаража. Передача денег в конверте якобы происходила в присутствии свидетеля В., его бывшего сослуживца. Кроме того, на следующий день заявитель сообщил свидетелю Г. о том, что он купил машину у гаража. Заявитель просил суд вызвать свидетелей В. и Г. Национальные суды, однако, отказались вызывать этих лиц.

Европейский суд, рассматривая это дело, отметил, что просьба заявителя о вызове свидетелей не была просто попыткой затянуть процесс: ходатайство об их вызове было достаточно объяснено обстоятельствами дела, относилось к сути обвинений против заявителя и теоретически могло бы привести к его оправданию. То есть, строго говоря, первые два критерия теста, о которых говорил Ш. Трехсель, были выполнены. Вместе с тем Суд согласился, что возможность оправдания заявителя даже после допроса свидетелей В. и Г. была очень призрачной. Как признавал сам заявитель, В. мог видеть, что заявитель передал представителю гаража какой-то конверт, но не знал, что там внутри, т.е. он не смог бы безусловно утверждать, что в конверте были деньги (сам представитель гаража отрицал получение денег).

Что касается показаний Г., Суд отметил, что они не имели большой доказательственной ценности. Г. мог только пересказать суду содержание своего разговора с заявителем. Однако, если даже предположить, что такой разговор имел место, это было бы очень слабым доказательством того, что покупка произошла на самом деле. Действительно, заявитель вряд ли стал бы, получив машину в качестве взятки, хвастаться этим Г. (который вдобавок был его коллегой) — скорее всего, он бы сказал, что купил эту машину.

Иначе говоря, ничего из того, что могли бы показать В. и Г., не могло быть безусловным основанием для оправдания заявителя ввиду тех доказательств обвинительного характера, которые были исследованы. В результате Европейский суд пришел к выводу, что статья 6, § 3 (d), в этом деле нарушена не была.

Интересно также отметить, что в этом деле национальный суд не высказывался по поводу относимости и доказательственной ценности свидетельских показаний В. и Г., отказ в их вызове был «имплицитным» — суд попросту проигнорировал ходатайство стороны. Европейский суд провел свое собственное исследование обстоятельств и сделал свои собственные выводы на основе материалов дела, а не на основе анализа решений национального суда по этому вопросу.

Первое (и долгое время единственное) решение, в котором Суд нашел все-таки нарушение статьи 6, § 3 (d), было дело «*Vidal v. Belgium*» от 22 апреля 1992 года. Заявителя, который работал охранником тюрьмы, подозревали в том, что он передал одному из заключенных оружие, с помощью которого тот пытался сбежать. Подозрение было основано на том, что у заключенного в момент изъятия оружия также нашли долговую расписку на 10 тыс. франков, подписанную заявителем. Кроме того, неудавшийся беглец также указал на заявителя. Заявитель подтвердил, что занимал деньги у другого заключенного, но не признался в передаче оружия «беглецу».

Несколько позже другой заключенный, С., рассказал начальнику тюрьмы, что заявитель не передавал оружия «беглецу». С. объяснил, при каких обстоятельствах оружие оказалось в тюрьме и кто пронес его. Однако на суде С. отказался давать показания, боясь мести людей, замешанных в доставке оружия в тюрьму. Следовательно попытался допросить тех, на кого указал С., но они не явились по его вызовам.

В суде первой инстанции суд оправдал заявителя, сославшись на то, что показания «беглеца» и долговая расписка, найденная при нем, не позволяли сделать заключение о виновности заявителя «вне разумных сомнений».

В ходе апелляционной процедуры заявитель просил суд вызвать четырех свидетелей защиты — заключенного С. и еще троих бывших заключенных, которые, по словам заявителя, могли рассказать, как оружие попало в тюрьму. Суд проигнорировал эту просьбу.

Апелляционный суд, однако, решил, что заявитель виновен, и положил в основу приговора показания «беглеца», которые были последовательными, а также сослался на то, что у «беглеца» не было особенных причин оговаривать заявителя. Вдобавок заявитель сам не отрицал, что занимал деньги у заключенных (чтобы оплатить карточные долги), что, по мнению суда, создавало определенную «презумпцию» против него в этой ситуации.

В ходе разбирательства суд апелляционной инстанции не заслушивал свидетелей, а опирался на их показания, данные ранее.

Европейский суд, рассматривая данное дело, отметил, что оправдательный приговор был вынесен по результатам слушания, в котором были опрошены несколько свидетелей. Напротив, обвинительный приговор, вынесенный апелляционной инстанцией, был основан в основном на изучении материалов дела. Кроме того, апелляционный суд не указал, на каких основаниях он отверг предложение заявителя заслушать свидетелей защиты. Наконец, апелляционный суд (который слушал дело дважды) во второй раз усилил наказание, наложенное на заявителя. На основе суммы этих факторов Европейский суд заключил, что права заявителя по статье 6 (не указывая, однако, о какой конкретно гарантии «справедливости» идет речь) были нарушены.

Отказ в вызове свидетелей защиты

Нам известны два российских дела, в которых Суд нашел нарушение статьи 6, § 3 (d), в той ее части, которая касается вызова свидетелей защиты. Во-первых, это дело «*Popov v. Russia*» (постановление от 13 июля 2006 года).

В этом деле четверо мальчиков наблюдали издалека сцену драки, в которой участвовали два человека. Позже один из дерущихся был найден мертвым. Заявителя обвиняли в том, что он избил жертву до смерти. Двое из четырех мальчиков опознали заявителя в ходе предварительного следствия, но в ходе судебного следствия один из мальчиков отказался от своих показаний, другой подтвердил свои показания. Все свидетели были учениками школы для плохо слышащих детей. Как утверждал на суде их педагог, многие из учащихся страдали различными сопутствующими психическими расстройствами, в том числе слабой памятью — через полгода они могли забыть о том или ином событии. Опознание заявителя на предварительном следствии было проведено более чем через полгода после убийства жертвы. Таким образом, в этом деле показания мальчиков были весьма ненадежным источником информации (не говоря уже о том, что они видели драку, но не сам момент убийства).

Заявитель в этом деле последовательно утверждал, что с жертвой не дрался и в момент убийства находился совершенно в другом месте. Иначе говоря, он выдвинул алиби, которое, по его словам, могли подтвердить несколько человек. Всех их заявитель

просил вызвать сперва для допроса на предварительном следствии, а затем в суде. Среди этих лиц были родственники заявителя и посторонние люди, а именно сосед родственников и рабочий, который приходил в квартиру родственников в тот момент, когда там находился заявитель.

Национальный суд вызвал и допросил родственников заявителя. Что касается двух «посторонних» свидетелей, они по каким-то причинам не были допрошены, хотя, как следовало из документов дела, прокуратура и потом суд были, в принципе, согласны допросить их. В итоге в приговоре суд отверг показания родственников как ненадежные, потому что у них могла быть личная заинтересованность в том, чтобы выгородить подсудимого.

Европейский суд в этом деле нашел нарушение статьи 6, § 3 (d). Как представляется, главные аргументы в пользу вывода о нарушении были следующими: 1) обвинительные доказательства шаткие; 2) не было установлено, что предлагаемые обвиняемым свидетели являются «лишними» для процесса, и поведение суда свидетельствовало об обратном; 3) свидетели были однозначно очень важными для доказывания алиби, поскольку их показания (если бы суд их принял в качестве достоверных) существенно меняли картину преступления, нарисованную стороной обвинения.

Как и в случае со свидетелями обвинения, национальные суды обязаны принять разумные меры для вызова свидетелей защиты. Об этом было сказано в ряде дел, рассмотренных Комиссией еще в 1960-е годы¹, и многократно подтверждено Судом («*Rachdad v. France*» от 13 ноября 2003 года и «*Bonev v. Bulgaria*» от 8 июня 2006 года). В деле «*Guilloury v. France*» от 22 июня 2006 года французский суд не стал заслушивать свидетелей защиты, хотя, как следовало из постановления прокуратуры, «не составляло никакого труда их найти» и двое из них даже являлись в суд. Однако в данном случае речь также шла и об отсутствии в суде некоторых важных свидетелей обвинения. Вывод о нарушении был сделан Судом на основе совокупности различных факторов. Что касается свидетелей защиты, Суд не анализировал, были они доступны или нет (правительство не оспаривало тот факт, что технически было возможно их допросить), а оценил только, насколько они были важны и насколько был необходим допрос.

¹ См.: Harris D., O'Boyle M., Warbrick C. Law of the European Convention on Human Rights. Butterworths ; London, 1995. P. 269.

В российском УПК есть статья 271, ч. 4, которая обязывает суд выслушать свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе стороны. С одной стороны, это очень серьезная гарантия (которой сторона защиты при желании может злоупотреблять). С другой стороны, существование такой нормы может быть интерпретировано некоторыми судами как право не привлекать к участию в деле новых свидетелей со стороны защиты, если защита не может обеспечить их явку. Эта позиция неверна. Суд обязан содействовать защите в вызове и даже в принудительном приводе свидетелей в том случае, если свидетели имеют значение для дела. Вместе с тем с точки зрения практики Европейской конвенции суд не обязан заслушивать свидетеля, если он не имеет значения для дела, вне зависимости от того, явился этот свидетель в суд или нет. В этом смысле Конвенция не содержит такого же строгого требования, как российский УПК.

Исключение доказательств, предлагаемых защитой

В вопросе о приобщении иных доказательств (не относящихся к свидетельским показаниям) к материалам дела по инициативе защиты Суд руководствуется примерно теми же самыми подходами, как и в вопросе о вызове свидетелей защиты.

Чаще всего суды отказывают защите в истребовании или приобщении каких-либо доказательств в связи с тем, что эти материалы не имеют доказательственной ценности. В деле *«Perre v. Italy»* от 21 сентября 1999 года заявитель подозревался в том, что возглавлял группировку наркоторговцев. Основой обвинения были результаты внешнего наблюдения за сходкой мафиози, в которой заявитель участвовал, материалы прослушивания разговоров в квартирах, где жили члены группировки, и их телефонных переговоров, а также показания одного из членов группировки, указавшего на заявителя как на главу этой группировки. На основании аудиозаписей можно было определенно прийти к выводу, что преступная группировка занималась сбытом оружия и наркотиков и обсуждала детали различных сделок такого рода.

Итальянские суды, имея достаточно аудиозаписей в своем распоряжении, не стали, однако, проводить фоноскопическую экспертизу, решив, что сами могут разобраться, чей голос звучит на пленках. К тому же большинство обвиняемых (а их было более 30) отказались предоставлять образцы своего голоса для

проведения аналогичных исследований. Заявитель, напротив, настаивал на экспертизе.

Европейская комиссия не нашла нарушения статьи 6 в этом деле. Она отметила, что в обвинительном приговоре итальянские суды в основном опирались на факты участия заявителя в бандитской сходке. С этой точки зрения было не так уж важно, кто конкретно какие фразы на этой сходке произносил. Соответственно отказ в проведении фоноскопической экспертизы не являлся для защиты существенным ущемлением ее прав.

В деле «*Bricmont v. Belgium*» (постановление от 7 июля 1989 года) заявитель, которого обвиняли в финансовых махинациях, настаивал на проведении аудита бухгалтерских документов. Суд, однако, отказал в проведении такой экспертизы на том основании, что заявитель сам признавал, что многие операции вообще не записывались и, соответственно, аудитор не смог бы получить полной и точной картины того, что происходило. Европейский суд в этом деле рассмотрел жалобу по статье 6, § 3 (b), Конвенции, которая говорит о «времени и возможностях для подготовки защиты». По этому же пункту была рассмотрена жалоба заявителя на то, что не было учтено вещественное доказательство (или, скорее, документ) — картина с дарственной надписью, которая могла бы прояснить суть отношений подсудимого и его предполагаемой жертвы. Европейский суд, опять же, оценивал эту ситуацию в рамках статьи 6, § 3 (b), а не (d). По пункту (d) в деле «*Bricmont*» были рассмотрены только вопросы, связанные с невызовом в суд свидетелей. Практика Суда знает несколько примеров, свидетельствующих о том, что вопрос о приобщении иных типов доказательств также может быть рассмотрен по статье 6, § 3 (d) — см., например дело «*Perna v. Italy*» (постановление Большой палаты от 6 мая 2003 года, § 25—32) в котором речь шла о приобщении к делу двух газетных статей, что анализировалось с точки зрения права заявителя на «вызов свидетелей защиты».

Дел, в которых Суд опроверг выводы национальных судов о том, что приобщать какое-то доказательство не нужно, немного. В их числе дело «*Elsholz v. Germany*» (постановление Большой палаты от 13 июля 2000 года) о предоставлении отцу ребенка права свиданий вопреки мнению матери. Немецкий суд в этом деле выслушал ребенка, мать, отца и отказал в признании за отцом права на свидание. Отец просил провести дополнительную экспертизу, и это мнение было поддержано местным центром по защите прав детей, так как у ребенка могло сформироваться не-

гативное отношение к отцу под влиянием матери. Однако в этом было отказано. Европейский суд решил, что рассмотрение такого рода дела без психологической экспертизы ребенка не соответствовало требованиям статьи 8 Конвенции, которая, согласно практике Суда, также содержит некоторые процедурные гарантии относительно рассмотрения споров в сфере частной и семейной жизни. Однако необходимость дополнительной экспертизы тут была связана с особым предметом спора о праве на свидание с ребенком в рамках статьи 8. Большинство уголовных дел не будет попадать в сферу действия статьи 8, и поэтому логика дела «*Elsholz*» будет, скорее всего, неприменима к ним.

*Значение правил о благоприятствовании
защите для решения вопроса о приобщении
доказательств производного характера*

Иногда доказательство, предложенное защитой, неосновательно исключается по причине его ненадежности — исходя из тех же оснований и стандартов, по которым защита могла бы требовать исключения подобного же доказательства, предложенного прокуратурой. Так, запрет на использование производных доказательств, который, исходя из презумпции невиновности и правила о толковании сомнений в пользу обвиняемого, может быть выгоден защите, не должен так же жестко использоваться в интересах стороны обвинения — последней следует основываться только на несомненных доказательствах. Л. Лукаидес отмечает, что строгое применение правила, запрещающего пользоваться показаниями «со слов», иногда может привести к ущемлению прав подсудимого, если недопустимыми признаются любые показания «со слов», вне зависимости от того, носят ли они обвинительный или оправдательный характер¹.

Впрочем, практика Комиссии опровергает этот подход. В деле «*Blastland v. the United Kingdom*» (решение от 7 мая 1987 года) заявитель обвинялся в изнасиловании и убийстве мальчика. Одним из доказательств его вины, предложенных на рассмотрение присяжным, были признательные показания заявителя, данные на предварительном следствии. В суде заявитель отказался от своих показаний. По общему правилу показания, данные на след-

¹ См.: Loucaides L. Questions of fair trial under the European Convention on Human Rights // Human Rights Law Review. 2003. Vol. 3, N 1. P. 34.

ствии, рассматривались как показания «со слов» и не могли быть допущены к рассмотрению — суд должен был непосредственно допросить свидетеля. Однако английское право делало исключение для признательных показаний, данных подсудимым, — такие показания считались допустимыми и могли исследоваться перед присяжными наряду с допросом самого подсудимого¹.

В ходе предварительного слушания подсудимый попросил судью зачитать перед присяжными показания, данные одним из свидетелей, М., в стадии расследования. В этих показаниях М. признался в совершении убийства, в котором обвиняли заявителя (показания 1). Однако позже М. отказался от своих показаний. В суд М. не вызывался и свидетелем по делу не проходил. Заявитель также просил приобщить показания, данные сестрой М., в которых она говорила о том, что М. рассказал ей о смерти мальчика еще до того, как об этом стало известно полиции (показания 2). Кроме того, на следующее утро после убийства, когда еще не был найден труп мальчика, М. рассказал некоему третьему лицу, где находится труп, и сообщил о предшествовавших гибели мальчика событиях (показания 3). Все эти доказательства свидетельствовали, по мнению заявителя, о том, что именно М. был убийцей. Заявитель, однако, не настаивал на личном допросе М. (так как знал, что тот будет отрицать свою вину).

Судья решил, что указанные источники (протоколы допросов М. и других лиц о том, что им сказал М.) являются «показаниями со слов», и не стал исследовать их перед присяжными. Заметим, что с помощью показаний 2 и 3 подсудимый старался доказать не правдивость того, о чем говорил М. (что труп мальчика действительно находится на игровой площадке, что он поссорился с родителями и убежал из дому перед своей гибелью и т.д.), а только тот факт, что М. это говорил и, следовательно, имел какие-то сведения о мальчике, которые еще не были на тот момент известны публике и даже полиции. Такого рода доказательства по английскому праву не считаются доказательствами «со слов». В ходе дальнейшего разбирательства дела британская палата лордов все-таки признала, что последнее доказательство могло быть допущено, но не имело доказательственной ценно-

¹ Правила допуска доказательств «со слов» со времен дела «*Blastland*» претерпели некоторые изменения и усовершенствования, расширяющие возможности использования таких доказательств, — см., например, дело «*Thomas v. the United Kingdom*» от 10 мая 2005 года.

сти, и поэтому судья мог отказаться предъявлять эти доказательства присяжным.

Заявитель в своей жалобе в Страсбург утверждал, что внутренние суды неправильно интерпретировали правила о доказательствах «со слов» и должны были допустить их к рассмотрению. Кроме того, заявитель утверждал, что, допуская показания самого обвиняемого, данные на предварительном следствии, и отказываясь допускать такие же показания, данные третьим лицом (свидетелем, который, по мнению стороны обвинения, не причастен к преступлению), английское право ставит обвиняемого в неблагоприятное по отношению к стороне обвинения положение.

Европейская комиссия, рассматривая это дело, прежде всего отметила, что как таковое правило недопустимости доказательств «со слов» является разумным, поскольку отдает предпочтение устным показаниям свидетеля, которые являются «лучшим доказательством» по отношению к его же письменным показаниям, так как суд имеет возможность воспринимать эти показания непосредственно и, следовательно, составить себе представление об их правдивости или ложности. Следовательно, общее правило об исключении такого рода доказательств не является несправедливым. Что касается разного подхода к допуску письменных показаний обвиняемого и свидетелей, то, по мнению Комиссии, принцип процессуального равенства здесь не нарушался, так как у заявителя была возможность ознакомиться с письменными показаниями свидетеля, данными на следствии, и допросить его на суде лично, однако заявитель этой возможностью не воспользовался. Наконец, заявитель мог обсудить применение правил о доказательствах «со слов» в своем деле и обжаловать не устраивающее его решение суда. Короче, вопрос о допустимости тех или иных доказательств был подробно обсужден в национальных инстанциях. Комиссия решила, что жалоба заявителя в этом деле на нарушение статьи 6, § 3 (d), является необоснованной.

Из этого дела (хотя оно весьма старое и вынесено Комиссией, а не Судом) можно заключить, что у национальных судов сохраняется очень широкая свобода усмотрения в исключении доказательств, на приобщении которых настаивает сторона защиты.

Интересное развитие получило дело «*Blastland*» в практике нового Суда. В 2005 году было рассмотрено дело «*Thomas v. the United Kingdom*» (постановление от 10 мая 2005 года), которое

касалось примерно такой же ситуации: один из свидетелей, первичные письменные показания которого противоречили версии обвинения, запутался в своих показаниях на суде. В английском праве допускается в некоторых случаях зачитать этому свидетелю его письменные показания, чтобы «освежить» его память. Однако английский суд запретил это делать, сославшись на запрет показаний «со слов». Вышестоящий суд разрешил зачитать свидетелю его показания, но к моменту пересмотра дела свидетель уже полностью забыл события, о которых его спрашивали, и не смог дать никаких показаний. Заявитель в этом деле утверждал, что применение правила о запрете показаний «со слов» привело к тому, что очень важные для его защиты показания были, по сути, «утрачены».

Европейский суд признал эту жалобу явно необоснованной. При этом Суд отметил, со ссылкой на решение Комиссии в деле «*Blastland*», что «статья 6 § 1 и 3 (d) Конвенции содержит презумпцию против использования доказательств “со слов” против обвиняемого». В толковании статьи 6, § 3 (d), скорее всего, Суд будет балансировать между признанием, с одной стороны, того, что приговор может быть основан на доказательствах «со слов» или на «производных» доказательствах (например, на письменных протоколах допросов свидетелей), а с другой — необходимости исследовать доказательства (в той степени, в какой это возможно) непосредственно в судебном процессе.

Возможность для защиты оспорить отказ суда в приобщении «оправдательных» показаний появляется в тех случаях, когда судья не применяет такие же жесткие правила к «обвинительным» показаниям, представленным стороной обвинения, т.е. когда возникает проблема процессуального неравенства. Примером тому может служить дело «*Mirilashvili v. Russia*» (постановление от 11 декабря 2008 года), в котором, среди прочих доказательств вины подсудимого, прокуратура ссылалась на протоколы допросов нескольких свидетелей. Эти свидетели уехали из страны до начала судебного разбирательства, и возможности у обвиняемого допросить их (хотя бы и на очной ставке) не было, так как они отказались приехать в Россию. В ходе процесса адвокаты заявителя смогли съездить в Грузию и опросить этих свидетелей. Все они отзывали или существенно уточнили свои первоначальные показания. Письменные записи разговоров адвокатов со свидетелями были представлены в суд. Таким образом, перед российским судом в этом деле лежали два набора

«производных» доказательств: письменные показания, собранные прокуратурой на следствии без участия защиты, и письменные показания, собранные защитой во время суда, без участия прокуратуры¹. Российский суд отказался даже формально рассматривать письменные показания, собранные адвокатами заявителя, — на том основании, что они были получены вне процедуры, предусмотренной законом. Европейский суд отметил, что такого рода материалы, несомненно, были относимы к делу и, возможно, достаточно важны, так как речь шла о письменных заявлениях ключевых свидетелей по делу. Относимость не была единственным аргументом в рассуждениях Суда, который, по нашему мнению, в этом деле в большей степени был озабочен тем, что сами эти свидетели не были допрошены лично в суде. Тем не менее отказ принять от защиты доказательства примерного такого же качества, как и доказательства, предоставленные прокуратурой (записи показаний), был особо отмечен Судом как фактор, приведший к признанию нарушения прав защиты по статье 6 Конвенции.

В российской правовой науке давно идет спор об асимметрии правил о допустимости доказательств. Может ли доказательство, полученное следствием с нарушением требований уголовно-процессуального закона, быть использовано стороной защиты? На наш взгляд, ответ на этот вопрос должен зависеть от нескольких факторов. Во-первых, следователь не должен получать выгоду от своих же собственных незаконных действий, и такого рода доказательства должны быть *a priori* допустимы. Их исключение возможно только в том случае, если допущенное следователем нарушение закона существенно влияет на достоверность доказательства, полученного таким образом, делает его крайне ненадежным. Возможно, что такого рода доказательства не могут быть также использованы в тех случаях, когда при их получении были серьезно нарушены конституционные права третьих лиц.

¹ В российском праве такого рода материалы рассматриваются не как «доказательства» в строгом смысле этого слова, а скорее как «вспомогательные материалы», с помощью которых защита может вырабатывать свою тактику или убеждать обвинение и суд в том, что следует получить какие-то доказательства «процессуальным» способом (см., например: Кореневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании. С. 73.

§ 8. Непосредственное исследование доказательств судом и право защиты допрашивать свидетелей (статья 6, § 3 (d), Конвенции)

Европейская конвенция не содержит общего требования непосредственного исследования доказательств. Вместе с тем этот принцип можно вывести из текста статьи 6, § 3 (d), Конвенции, которая касается права подсудимого допрашивать свидетелей, взятого в сочетании с общим требованием справедливости судопроизводства, закрепленным в статье 6, § 1, Конвенции.

Как отмечают некоторые авторы, норма о праве на допрос свидетелей адресована прежде всего странам континентальной правовой семьи, в которых доминирует инквизиционная система судопроизводства, в значительной степени опирающаяся на доказательства, собранные на следствии¹. В Великобритании или Ирландии, например, такое право является естественной и давно укорененной в правовой традиции нормой (об этом, например, говорит судья Верховного суда Великобритании лорд Филипс в решении по делу «*R. v. Horncastle*»²). Не будет преувеличением сказать, что использование протоколов допросов свидетелей в суде, а не опрос этих свидетелей лично было исторически одним из главных отличий континентальной системы права от англосаксонской³.

Непосредственное исследование доказательств – не абсолютное правило

Правило непосредственного исследования доказательств, вытекающее из статьи 6, § 3 (d), не является абсолютным — это скорее «идеал» судебного процесса, от которого можно иногда отступать. Конвенция не говорит о том, какие доказательства предпочтительнее, не устанавливает формальной системы доказательств. В деле «*Asch v. Austria*» от 26 апреля 1991 года Суд заметил, что «использование... свидетельских показаний, добытых

¹ См.: Wallace S. The empire strikes back: Hearsay rules in Common law legal systems and the jurisprudence of the European Court of Human Rights // European Human Rights Law Review. 2010. N 4. P. 408.

² См.: http://www.supremecourt.gov.uk/docs/uksc_2009_0073_judgment.pdf (с. 5).

³ Об этом пишет Блэкстоун (Blackstone) в своих Комментариях к английскому закону (Commentaries on the Laws of England 373-374 (1768), цит. по: Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004), § 43).

на предварительном следствии, само по себе не противоречит статьям 6 § 1 и 6 § 3 (d), при условии, что права защиты были соблюдены».

Статья 6, § 3 (d), содержит в себе две гарантии, которые часто дополняют друг друга, но могут рассматриваться и по отдельности. Во-первых, это право допрашивать свидетелей на суде, во-вторых, право допрашивать их на тех же условиях, на которых допрос проводит сторона обвинения. Иначе говоря, доказательство должно быть обсуждено и изучено непосредственно в судебном процессе, перед лицом суда¹, и способ этого судебного изучения доказательства не должен ставить защиту в более невыгодное положение по сравнению с прокуратурой, во всяком случае с точки зрения процессуальных возможностей².

1. Понятие «свидетель» в контексте статьи 6, § 3 (d), как лицо, подлежащее допросу сторонами в суде на равных основаниях

Статья 6, § 3 (d), говорит только о свидетелях. Значит ли это, что она применима только к этому виду доказательств? Можно ли, например, использовать ее в отношении экспертов, потерпевших, обвиняемых или понятых? И насколько обоснованны попытки дать этому правилу более широкое прочтение, распространить его на все возможные виды доказательств?

Автономное понятие «свидетель» и его широкое толкование: распространение правил допроса свидетелей на потерпевших, экспертов, специалистов, обвиняемых

Что касается первого вопроса, то Суд уже неоднократно отмечал, что термин «свидетель» должен толковать автономно, т.е. не в узком смысле, как это понимает внутреннее право каждой страны, а в широком, конвенционном смысле. Так, жертва преступления — это свидетель (см. дело «*Unterpertinger v. Austria*», постановление от 24 ноября 1986 года), как и обвиняемый

¹ Причем желательно того самого суда, который решает вопрос о виновности или невинности подсудимого.

² См.: Holdgaard M. The right to Cross-Examine Witnesses — Case Law under the European Convention on Human Rights // Nordic Journal of International Law. 2002. N 71. P. 83.

(«*Pedersen v. Denmark*» от 14 октября 1992 года). Письменные показания свидетеля (протоколы его допросов) также могут быть рассмотрены с точки зрения статьи 6, § 3 (d). Это не значит, что протокол допроса свидетеля на предварительном следствии приравнивается к показаниям самого свидетеля. Это лишь означает, что фигура свидетеля вводится в процесс через оглашение его протоколов и, следовательно, появляется необходимость допросить его лично — протоколы и устные свидетельские показания здесь составляют как бы две формы одного и того же доказательства. Показания, полученные путем судебного поручения от свидетеля, находящегося за границей, тоже могут быть рассмотрены как подпадающие под действие статьи 6, § 3 (d), о чем, например, говорит дело «*A.M. v. Italy*» (постановление от 28 июля 1999 года). Видеозапись свидетельских показаний также попадает в сферу действия статьи 6, § 3 (d) — см. дело «*Lindqvist v. Sweden*» от 22 октября 1997 года. Наконец, по мнению судьи лорда Филиппса, высказанном в деле «*R. v. Horncastle*» (с. 14), право вызывать свидетелей защиты очень близко по своей сути к запрету на использование доказательств «со слов». М. Холдгард отмечает, что с протоколами допросов на следствии, зачитываемыми в суде, можно сравнить допрос полицейского, проводившего данный допрос¹. Следовательно, статью 6, § 3 (d) можно рассматривать как ограничивающую использование доказательств «со слов».

Статья 6, § 3 (d), неоднократно была применена и к изучению заключений экспертов и специалистов (см. постановление по делу «*Brandstetter v. Austria*» от 28 августа 1991 года). Вместе с тем эта группа доказательств обладает спецификой, о которой мы поговорим ниже.

¹ См.: Holdgaard М. Op. cit. P. 88. В российской практике до сих пор к этому способу доказывания прибегают редко. С одной стороны, следователь не принадлежит к числу «спец. субъектов», которые не могут быть свидетелями в силу статьи 56 УПК РФ. Статья 61 УПК также не содержит оснований, исключающих допрос следователя. Во всяком случае, если толковать ее буквально, следователя можно допросить, но уже после того, как следствие закончено и он перестал быть участником уголовного судопроизводства. С другой стороны, независимость следователя как свидетеля всегда вызывает сомнения. На наш взгляд, следователя можно допрашивать по вопросам, связанным с порядком проведения следствия в целом и отдельных следственных действий. Однако как быть, если следователь был «сам для себя свидетелем»? Пожалуй, такой дефект может привести к аннулированию результатов самого следствия.

Изучая практику Европейского суда, следует помнить о двух значениях требования непосредственности. Во-первых, под непосредственностью может пониматься изучение каких-то материалов, в частности протоколов допроса, в суде — об этом условии говорит статья 240, ч. 3, УПК РФ. Во-вторых, под непосредственностью также может пониматься требование изучить сам источник доказательства, а не его производные, например заслушивать свидетеля лично вместо оглашения протокола его допроса на предварительном следствии. Именно этот второй аспект непосредственности отражен в статье 6, § 3 (d), Конвенции и закреплен (хотя и с иной формулировкой) в статье 281 УПК РФ. Отметим также, что не всякое доказательство, используемое в процессе, можно исследовать непосредственно в смысле статьи 6, § 3(d), Конвенции. Так, обыск, опознание, выемка и некоторые другие доказательства по определению формируются не на судебном следствии, а в предварительном расследовании. Следовательно, принцип непосредственности в отношении такого рода доказательств будет лишь касаться исследования протоколов, записей соответствующих следственных действий и допроса лиц, эти действия производивших. Повторить эти действия в суде невозможно (в отличие от нового допроса того же свидетеля, которого уже допросили на следствии). В таких случаях суд может довольствоваться записью следственных действий, проведенных правоохранительными органами, и изучать, насколько удостоверенные в этой записи события соответствуют реальности и какое толкование им в свете других обстоятельств дела можно дать. Тем не менее такого рода доказательства должны быть исследованы в суде непосредственно, и сторонам предоставляются равные возможности в изучении и оспаривании их.

2. Доказательственная ценность производных доказательств

Непосредственное исследование в суде производных доказательств

Статья 6, § 3 (d), может быть применена и к широкому кругу доказательств, которые можно обозначить как производные. В это понятие попадают протоколы допросов свидетеля, обвиняемого, жертвы и т.д. на предварительном следствии, показания «со слов» и иные доказательства, при исследовании которых воз-

возможность суда непосредственно ознакомиться с первоисточником информации в той или иной степени ограничена (например, показания анонимных свидетелей)¹.

Производные доказательства являются, конечно, «второсортными». Как было сказано в одном английском деле по поводу свидетельских показаний «со слов», эти доказательства «не являются наилучшими и не даются под присягой. Правдивость и точность слов того человека, которого пересказывает свидетель [допрашиваемый на суде], не могут быть установлены в ходе перекрестного допроса; возможность оценить правдивость его слов исходя из его поведения уже утеряна» (см. «*Blastland v. the United Kingdom*», решение от 7 мая 1987 года). То же самое можно сказать и об изучении протокола допроса свидетеля.

*Американское правило «лучшего доказательства»
и статья 6 Конвенции*

В федеральном законодательстве США о доказательствах существует правило «лучшего» доказательства, *best evidence rule*². Применительно к документам этот принцип гласит, что суд должен использовать оригинал, а не копию документа (фотографии, аудиозаписи). Использование копий возможно, но только если по каким-то причинам оригинал недоступен. Похожий подход применяется и в международных уголовных судах³.

Одно из возможных прочтений статьи 6, § 3 (d), состоит в том, что она устанавливает что-то близкое к принципу *best evidence rule* в отношении доказательств, используемых в процессе. Использовать производные доказательства (копии, протоколы допросов и других следственных действий) возможно, но только в том случае, если суд не в состоянии по какой-то уважительной причине получить информацию непосредственно из первоначального источника — от свидетеля лично, на месте происшествия или изучив оригинал документа либо само вещественное доказательство.

¹ Следует учитывать, что в российской литературе термин «производные доказательства» иногда применяется в несколько ином смысле; здесь и далее по тексту под «производными» доказательства будут в основном пониматься как доказательства, полученные не из первоисточника.

² “Best evidence rule”, Federal Rules on Evidence. S. 1002—1004.

³ См.: Tochilovsky V. Op. cit. P. 417.

Пока практика Суда не сформулировала такого правила и не обязывает национальные суды всегда отдавать предпочтение «лучшему» доказательству в случае его противоречия «худшему». В противном случае получилось бы, что Конвенция отходит от принципа свободной оценки доказательств и навязывает некую их иерархию. В деле *«Doorson v. the Netherlands»* от 26 марта 1996 года Суд прямо заявил, что суды могут выбирать, какие показания им кажутся более убедительными. Доказательства «со слов» и другие «производные» доказательства отнюдь не запрещены к использованию¹. Конвенция не запрещает использовать ни протоколы допросов, полученные на следствии, ни информацию, сообщенную свидетелем со слов другого свидетеля, который не был по каким-то причинам допрошен перед судом. Обвинительный приговор, в принципе, может быть построен и на показаниях «со слов», и на других производных доказательствах (постановление по делу *«Hopia v. Finland»* от 25 ноября 1999 года).

Таков общий подход. Полезно, однако, рассмотреть те немногочисленные дела, в которых позиция Суда внешне близка к признанию того, что устные показания свидетеля стоят больше, чем письменные.

*Допрос свидетеля и исследование
его письменных показаний*

В деле *«Destrehem v. France»* (постановление от 18 мая 2004 года) заявителя обвиняли в причинении ущерба полицейской машине во время демонстрации. Заявитель утверждал, что его перепутали с каким-то другим демонстрантом. На предварительном следствии его опознали два полицейских, которые были в машине, однако на суд они не явились и были представлены своими адвокатами (полицейские были в этом деле также гражданскими истцами). Несколько свидетелей защиты, вызванных по требованию заявителя, дали показания, опровергавшие версию полицейских. Кроме того, не все полицейские из числа тех, что были в машине, опознали заявителя как того человека, который разбил лобовое стекло полицейской машины молот-

¹ Впрочем, и в национальном законодательстве этот запрет имеет столько исключений, что действие его весьма ограничено — например, в той же самой Англии можно оглашать показания свидетелей, которые умерли или по какой-то причине боятся давать показания.

ком. В результате суд первой инстанции оправдал заявителя. Суд апелляционной инстанции, однако, рассмотрев дело на основе письменных материалов, посчитал, что показания свидетелей защиты противоречивы и не опровергают показаний двух полицейских. При этом суд апелляционной инстанции отказался вызывать свидетелей защиты еще раз.

Европейский суд в этом деле нашел нарушение статьи 6, § 3 (d), Конвенции. В основном критика Суда относилась к действиям апелляционного суда, который не стал вызывать свидетелей защиты и тем самым не дал защите возможность реализовать ее право, предусмотренное второй частью статьи 6, § 3 (d).

В то же время, если бы суд апелляционной инстанции в этом деле все же заслушал свидетелей защиты устно и на этой основе оценил бы их показания как ненадежные, нарушения бы не было, поскольку суд действовал бы исходя из принципа свободной оценки доказательств и свободы усмотрения судьи и имея возможность сравнить как устные показания свидетеля, так и письменные. Например, в деле «*Klimentyev v. Russia*» (постановление от 16 ноября 2006 года) Европейский суд не нашел нарушения статьи 6 Конвенции, несмотря на то что суд отверг показания, данные в суде, и принял показания, данные на предварительном следствии. В таких делах предполагается, что достаточной гарантией соблюдения прав обвиняемого является сам факт изучения и сравнения «лучшего» и «худшего» доказательств, вне зависимости от того, какими будут выводы¹.

Об этом же говорится в деле «*Camillieri v. Malta*» (постановление от 16 марта 2000 года), где главный свидетель дал сначала письменные показания против заявителя, которые подтвердил на следующий день перед следственным судьей, а потом в ходе судебного разбирательства опроверг их и дал новые письменные показания, в которых отзывал первые. Мальтийский суд тем не менее основал приговор на первоначальных письменных показаниях свидетеля. При этом суд подробно проанализировал, почему показания письменные кажутся ему более убедительными,

¹ На наш взгляд, ЕСПЧ следовало бы серьезнее заняться изучением этой проблемы. С одной стороны, Суд достаточно строго подходит к использованию производных доказательств в отсутствие доказательств прямых (об этом см. ниже). С другой стороны, Суд готов закрывать глаза на использование таких производных доказательств в том случае, если прямое доказательство тоже доступно. Эта позиция Европейского суда нам представляется несколько искусственной.

чем устные (детальность и непротиворечивость), а также почему причины, по которым свидетель отозвал свои предыдущие показания, напротив, не убеждают суд. ЕСПЧ в этом деле не нашел нарушения статьи 6, § 1 и 3. Как отметил Суд, перед мальтийским судьей были «две противоположные версии правды». У мальтийского судьи была возможность увидеть и допросить свидетеля и оценить правдивость его устных показаний. Кроме того, как заметил Европейский суд, на свидетеля, судя по всему, не оказывалось никакого давления в тот момент, когда он давал свои первоначальные показания и, напротив, он отказался от этих показаний, когда его допрашивал заявитель (тюремный поставщик наркотиков и, следовательно, влиятельное лицо). Это потом было проверено в нескольких вышестоящих инстанциях. В таких обстоятельствах, заключил Европейский суд, права заявителя по статье 6 не были нарушены.

Непосредственное исследование документов

Суд приблизился к применению *best evidence rule* и в деле «*Georgios Papageorgiou v. Greece*» (постановление от 9 мая 2003 года), где заявитель обвинялся в подделке чеков банка, в котором он работал, и оплате поддельных чеков со счета одного из клиентов. Собранные прокуратурой материалы включали распечатки компьютерных операций, совершенных заявителем по поддельным чекам, и ксерокопии самих чеков, на которых согласно заключению графологической экспертизы были следы почерка заявителя. В силу различных причин дело длилось очень долго — более семи лет. Заявитель в суде отказывался признавать свою вину и утверждал, что эти операции совершил не он, а другие сотрудники банка.

В ходе слушаний заявитель просил суд исследовать непосредственно магнитные записи с компьютера банка и оригиналы поддельных чеков. Однако суд, получив от информационной службы банка справку, которой удостоверялась аутентичность распечаток, решил не осматривать сами магнитные записи. Чеки также не были изучены в суде, а после вынесения приговора судом первой инстанции оригиналы чеков были вообще уничтожены. Греческие суды решили, что ксерокопий чеков достаточно.

Европейский суд нашел в этом деле нарушение статьи 6, § 1 и 3 (d). Суд отметил, что ни на какой стадии процедуры оригиналы чеков и магнитных записей не были доступны заявителю. Заявитель не имел возможности сравнить копии чеков и распе-

чатки из компьютера с оригинальными документами и записями. Более того, как отметил Суд, греческие суды сами распорядились уничтожить оригиналы чеков до того, как судебная процедура была закончена.

Нарушение, найденное в этом деле, также касается невозможности для заявителя получить доступ к каким-то важным для обвинения «исходным материалам». Однако, как и в деле «*Destrehem*», Европейский суд не пытается утвердить правило, что ксерокопии таких материалов или выписки из них будут всегда непригодны к использованию. Хотя, если государство по какой-то причине не сохранило исходные материалы, невозможность их исследовать может привести к вынесению несправедливого приговора, основанного на «производных» материалах.

3. Процедурные гарантии в случае использования «производных» доказательств

Европейский суд, с одной стороны, не исключает использования «производных» доказательств в процессе, во всяком случае не вводит строго запрета, а с другой — призывает относиться к таким доказательствам с осторожностью. Их использование должно сопровождаться определенными процедурными гарантиями, максимизирующими участие защиты в процессе получения и исследования таких доказательств.

Последующие несколько глав будут посвящены анализу практики Европейского суда в отношении того, какие процедурные гарантии должны сопутствовать использованию «производных» доказательств и уравнивать их в структуре обвинения. Для начала приведем примерный список вопросов, на которые пытается ответить Европейский суд, анализируя приговоры, в которых были использованы производные доказательства:

- 1) был ли свидетель, которого не удалось допросить, ключевым и какова роль этого доказательства; устоял бы приговор, если удалить это сомнительное доказательство из доказательственной базы?
- 2) насколько это доказательство правдоподобно и насколько оно согласуется с другими доказательствами в деле?

- 3) была ли у заявителя возможность оспорить допустимость этого доказательства и обсудил ли суд вопрос допустимости?
- 4) каковы причины, по которым невозможно было добыть и исследовать лучшее (прямое) доказательство, а пришлось использовать «производное»; насколько обоснованны риски для свидетеля, отказавшегося говорить или пожелавшего сохранить анонимность, насколько сложно было разыскать отсутствующего свидетеля и т.п.¹
- 5) каковы были условия исследования этого доказательства в суде и насколько ограничены были возможности защиты по исследованию доказательства со всех возможных сторон?
- 6) насколько невозможность непосредственного исследования доказательства в суде была скомпенсирована процессуальными гарантиями при его получении или исследовании (участие подсудимого и его защитника в очной ставке, возможность сформулировать вопросы для экспертизы на стадии следствия и т.д.)?
- 7) имели ли стороны равные процессуальные возможности в сфере получения, приобщения и исследования доказательств?

Наверное, это не исчерпывающий список. В некоторых специфических контекстах Суд также учитывал и иные факторы: специфика преступления, которое рассматривает национальный суд, может повлиять на степень толерантности Европейского суда к использованию «производных» доказательств. И в любом случае нельзя говорить о каком-то едином простом тесте, который Суд применяет при разрешении подобных дел.

¹ Надо отметить, что причины, по которым нельзя вызвать свидетеля или исследовать какое-то доказательство, очень важны. В зависимости от того, какие причины приводит государство, анализ Суда будет более или менее подробным. Так, в деле *Fitt v. the United Kingdom* (постановление Большой палаты от 16 февраля 200 года, § 46) Суд заметил, что, когда государство ссылается на соображения государственной безопасности, чтобы оправдать факт сокрытия источников информации в судебном процессе, Европейский суд не будет рассматривать, было ли это сокрытие «абсолютно необходимым». Иначе говоря, если государство ссылается на соображения государственной безопасности и эта ссылка, в обстоятельствах дела, не выглядит явно произвольной, Суд согласится с тем, что сокрытие источника информации или даже самой информации было необходимо.

Понятие «ключевое доказательство»

Изучение подходов Суда к использованию производных доказательств следует начать с того, как Суд отвечает на вопрос о роли производного доказательства в приговоре. Большое число жалоб по статьям 6, § 1 и 3 (d), было отклонено Комиссией и Судом со ссылкой на то, что «производное» доказательство не было центральным, ключевым элементом доказательственной базы обвинения.

В деле *«Bykov v. Russia»* (постановление Большой палаты от 10 марта 2009 года), где заявителя обвиняли в том, что он заказал наемному убийце застрелить своего конкурента, киллер согласился сотрудничать с полицией и дал признательные показания, которые были им подтверждены на очной ставке во время следствия. Кроме того, «убийца» пришел к «заказчику» и записал на пленку свой с ним разговор о предполагаемом убийстве. На суде «убийцу» допросить не удалось, но суд смог заслушать пленку и изучить различные косвенные улики против подсудимого, которые подтверждали содержание протоколов допроса заявителя.

Такого рода дела не представляют особенной сложности. Можно сказать, что наличие серьезных доказательств против обвиняемого, надлежащим образом исследованных в суде, делает проблему использования не исследованных публично второстепенных доказательств чисто теоретической. Европейский суд, рассматривая процесс в целом (а не какое-то изолированное свидетельство), уверенно признает жалобы по таким делам явно необоснованными.

Заметим, однако, что не всегда можно легко определить, играет ли доказательство вспомогательную или центральную роль в приговоре. Например, если доказательство касается не самого главного факта, подлежащего доказыванию в судебном процессе, а надежности другого (центрального) доказательства в процессе, может ли такое доказательство привлечь внимание Суда? Как показывает практика ЕСПЧ по ряду дел — да, приобщение и исследование таких доказательств тоже могут быть предметом изучения Суда с точки зрения статьи 6 Конвенции (см. постановление по делу *«Mirilashvili v. Russia»* от 11 декабря 2009 года). Такого рода доказательства, хотя и не направленные на доказывание главного факта, могут быть ключевыми, ибо могут привести к исключению ключевых доказательств. В России, например, «рассматривая ходатайство стороны об исключении доказательства,

судья вправе на основании части 3 статьи 235 УПК РФ допросить свидетеля и приобщить к материалам дела документ, указанный в ходатайстве»¹. Представляется, что в определенных случаях дефекты в использовании и изучении такого рода доказательств могут повлечь за собой нарушение статьи 6 Конвенции (несмотря на их кажущуюся «вспомогательную» роль в процессе)².

Более строгая позиция защищается статьей 75, ч. 1, УПК РФ: «Недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, предусмотренных статьей 73 настоящего Кодекса». Что касается позиции Европейского суда, то он полагает, что использование дефектных доказательств как второстепенных элементов доказательственной базы не нарушает статью 6 Конвенции даже в том случае, если есть нарушение внутреннего права (кроме, может быть, некоторых исключительных случаев, таких как использование доказательств, полученных под пыткой).

Значительно сложнее дело обстоит с жалобами на приговоры, которые в значительной мере опираются на показания отсутствующего свидетеля или иные производные доказательства.

*Трудности в установлении характера
свидетеля как ключевого*

В ряде дел Суд использовал понятие не ключевого, а единственного свидетеля. Так, в деле «*Rachdad v. France*» от 13 ноября 2003 года Европейский суд сказал следующее: «Статья 6 не позволяет основывать обвинительный приговор на показаниях свидетеля обвинения, которого обвиняемые или его адвокат не имели возможности допросить ни на одной из стадий уголовной процедуры. Обратное возможно, только если, во-первых, отсутствие это свидетеля было вызвано невозможностью его найти, и при этом установлено, что власти активно разыскивали этого свидетеля для того, чтобы позволить обвиняемому его допросить;

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2009 года № 28 «О применении судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному разбирательству», п. 12.

² «Вспомогательный» характер такого рода доказательств не исключает того, что они, в определенных обстоятельствах, могут быть ключевыми в том смысле, в каком этот термин понимает Европейский суд.

и во-вторых, спорное доказательство не является единственным элементом, на котором основан приговор».

Как видно из этой цитаты, Суд предлагает использовать более узкое, чем «ключевой свидетель», понятие, а именно понятие единственного элемента, на котором основан приговор. Практически никогда приговор не строится на одном-единственном элементе — в большинстве случаев существуют косвенные доказательства, поддерживающие основное (об этом мы будем подробнее говорить ниже). Следовательно, если эту фразу из дела *«Rachdad»* читать буквально, Суд, заменяя «ключевого свидетеля» на «единственного», выхолащивает этот принцип, делает его почти неприменимым на практике.

Однако в большинстве известных нам дел Суд все-таки исходил из того, что ключевой свидетель необязательно должен быть единственным. Главное, чтобы вес его показаний был решающим. В качестве примера можно привести дело *«Delta v. France»* (постановление от 19 декабря 1990 года), в котором заявителя обвиняли в том, что он сорвал золотое украшение с прохожей. Заявителя арестовали вскоре после происшествия, в подъезде дома, где он прятался. Украшений при нем не нашли, но жертва и ее подруга уверенно указали на него как на грабителя. Обоих девушек не вызвали в суд, и приговор был основан исключительно на протоколах их письменных показаний. Хотя заявитель имел судимость за грабеж, это не могло свидетельствовать о его виновности. Европейский суд без сомнений определил, что показания девушек были ключевыми, и признал нарушение Конвенции.

Однако показания не всякого свидетеля, допрошенного следственными органами и упомянутого в материалах уголовного дела, имеют значение для приговора. Есть свидетели второстепенные или вообще лишние, попавшие в число свидетелей по ошибке.

В деле *«Lüdi v. Switzerland»* (постановление от 15 июня 1992 года) заявитель подозревался в торговле наркотиками. Швейцарская полиция решила совершить «контрольную закупку» и для этих целей подослала к заявителю агента. Телефонные переговоры агента и заявителя прослушивались и записывались. Агент несколько раз встречался с заявителем и обсуждал крупную сделку по продаже кокаина. Через несколько месяцев заявителя арестовали. Согласно отчету полицейского агента, работавшего под именем Тони, заявитель обещал продать ему два килограмма кокаина. В доме заявителя был проведен обыск, в результате

которого были найдены следы кокаина и гашиша. Когда заявителю продемонстрировали распечатки его телефонных разговоров с Тони, он дал признательные показания, после чего швейцарский суд отпустил его до начала судебного разбирательства. Заявителя осудили; судья, с целью сохранить анонимность агента, не стал его вызывать и основал приговор на письменном отчете Тони, а также на записях разговоров между ним и заявителем и на показаниях заявителя на предварительном следствии. Более того, действия заявителя подтверждали правдивость показаний Тони — было установлено, что заявитель ездил к предполагаемым продавцам кокаина и устраивал им встречу с Тони. Показания других свидетелей и содержание пленки указывали на то, что инициатива сделки по продаже кокаина принадлежала именно заявителю (и, следовательно, провокации со стороны Тони не было).

Европейский суд в этом деле нашел нарушение статьи 6, § 1 и 3 (d), исходя из суммы факторов. Прежде всего, как отметил Суд, хотя приговор не был основан исключительно на письменном отчете Тони об операции, этот отчет «сыграл роль в установлении фактов, которые привели к обвинительному приговору». Нельзя отрицать, что письменные показания Тони были важной уликой, тем не менее при наличии такого большого количества других прямых доказательств (пленки с разговорами Тони и заявителя и признательные показания последнего на следствии), а также множества косвенных улик показания Тони не были не то что единственным — их нельзя даже назвать ключевым доказательством. Недаром Суд употребляет здесь очень мягкую формулировку — он говорит, что показания Тони «сыграли свою роль».

*Невозможность для обвиняемого допросить свидетеля
в суде – объективные основания, признаваемые судом*

В остальном это дело вполне укладывается в практику Суда по проблеме анонимных свидетелей. Европейский суд решил, что отказ вызвать агента на допрос в судебное слушание не был оправдан соображениями безопасности. Заявитель и так уже знал Тони в лицо, а настоящее его имя, должность, адрес и т.д. можно было бы засекретить от защиты. Иначе говоря, здесь можно было бы прибегнуть к «меньшей» степени ограничения возможностей заявителя по ознакомлению с показаниями одного из ключевых свидетелей.

В деле *«Lutsenko v. Ukraine»* (постановление от 18 декабря 2008 года) речь шла о невозможности для заявителя допросить другого обвиняемого. Кроме его показаний суды заслушали свидетелей, которые дважды подвозили заявителя на место убийства — накануне и в день его совершения. Водитель машины, на которой заявитель возвращался с места убийства, показал, что тот был явно взволнован, а также снял с себя перчатки и куртку и выбросил их. Кроме того, один из прохожих видел на месте преступления мужчину с черной сумкой наподобие той, которая была куплена заявителем накануне убийства. Тем не менее, несмотря на обилие косвенных улик, Суд посчитал, что их было недостаточно для обвинения заявителя и что именно показания сообщника были ключевым свидетельством.

Исходной точкой для определения важности свидетеля является текст судебного решения. Если показания свидетеля (свидетеля обвинения, естественно) не указаны в приговоре в обоснование вины подсудимого, невозможность допросить этого свидетеля в процессе не вызывает вопросов по статье 6, даже если прокуратура ссылаясь на него и представила в суд материалы его допросов (постановление по делу *«Bricmont v. Belgium»* от 7 июля 1989 года).

Сложнее обстоит дело с показаниями свидетелей, которые указаны в приговоре. В деле *«Van Mechelen and Others v. the Netherlands»* (постановление от 23 апреля 1997 года) судья Ван Дийк в своем особом мнении указал, что, если судья сослался на какое-то показание в приговоре, значит, это показание является решающим. Как пишет судья лорд Филипс, комментируя это решение (*«R v. Horncastle»*, s. 88), в теории даже не прямое доказательство может быть решающим в том смысле, что оно заставит сомневающегося судью решить в пользу обвинительного приговора. Именно поэтому судья перечисляет все доказательства, которые кажутся ему относимыми. Судья Филипс заключает, что и национальному апелляционному суду, и Европейскому суду сложно определить, что является ключевым свидетельством.

Наконец, возможны три ситуации, в которых на основании судебного решения вообще невозможно установить, какой свидетель был ключевым: это вердикты присяжных (не содержащие формулировки оснований, по которым они были вынесены), а также решения, в которых показания свидетеля не увязаны с подтверждающими их фактами. Последнее весьма типично для наших судебных решений, в которых за словами «выводы суда

подтверждаются следующими доказательствами...» не следует сколько-нибудь внятного анализа этих доказательств и указания на то, что же они доказывают. О подобной практике (в контексте формулирования обвинительного заключения) говорил Верховный Суд в одном из обзоров судебной практики за 2003 год¹. Скажем больше — помимо изложения сути доказательств иногда полезно дать анализ этого доказательства в связи с другими доказательствами, чтобы объяснить, каким образом та или иная информация, содержащаяся в обвинительном заключении, подтверждает версию стороны обвинения.

В таких делах Европейскому суду (равно как и любому другому вышестоящему суду) приходится самостоятельно устанавливать, какой же свидетель был ключевым для суда. Хорошей иллюстрацией в этом отношении является разбираемое ниже дело «*Popov v. Russia*» (постановление от 13 июля 2006 года). В этом деле Европейскому суду надо было установить, на каких показаниях основан приговор. В своем решении суд первой инстанции отметил, что вина заявителя подтверждается показаниями четырех свидетелей драки между предположительно заявителем и его жертвой, а также «другими доказательствами». В числе этих «других доказательств» национальный суд перечислил судебно-медицинскую экспертизу трупа, результаты осмотра места происшествия, результаты исследования содержимого компьютера и дисков, изъятых у подсудимого, а также некоторые другие доказательства. Однако национальный суд не указал в приговоре, каким образом перечисленные им доказательства подтверждают выводы суда о виновности заявителя и вообще насколько они относимы к делу (даже результаты исследования трупа жертвы, которое подтверждало смерть, не могло указывать на заявителя как на убийцу). Из этого ЕСПЧ заключил, что выводы суда о виновности заявителя были основаны исключительно на том, что он участвовал в драке с потерпевшим незадолго до его смерти и драку эту видели свидетели. Следовательно, их показания были ключевыми в этом деле.

Из этого примера видно, что российские суды в некотором роде «делают себе хуже» в тех случаях, когда не указывают, как то или иное свидетельство подтверждает тот или иной факт, поло-

¹ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за третий квартал 2003 года (по уголовным делам), утв. постановлениями Президиума Верховного Суда РФ от 3 и 24 декабря 2003 года.

женный в основу обвинительного приговора. В таких ситуациях Европейский суд может по своему усмотрению выбрать ключевые доказательства, не оглядываясь на выводы внутренних судов.

Практика ЕСПЧ не дает прямого ответа на вопрос, можно ли признать ключевым не самого свидетеля, доказывающего или опровергающего факты, лежащие в основе обвинения, а, например, свидетеля, дающего показания об отношениях между ключевым свидетелем и обвиняемым. С одной стороны, такого рода свидетель не может ничего сказать о событиях, которые лежат в основе обвинения, и с этой точки зрения он не ключевой. С другой стороны, он может уверенно продемонстрировать личную пристрастность ключевого свидетеля (например, что тот хочет почему-то отомстить обвиняемому).

Наверное, на этот вопрос надо ответить положительно. В деле *«Pullar v. the United Kingdom»* (постановление от 10 июня 1996 года) Суд рассмотрел по статье 6, § 3 (d), вопрос о невозможности допросить свидетеля относительно его связей с одним из присяжных. Этот вопрос, очевидно, не был существенным для определения непосредственно фактов дела, однако он был очень важен для определения того, был ли суд (а именно коллегия присяжных) беспристрастным с точки зрения статьи 6, § 1.

Надо отметить, что в деле *«Pullar»* Суд не нашел нарушения статьи 6, § 3 (d), сославшись на то, что у адвоката заявителя была возможность опросить этого свидетеля по этому вопросу или воспрепятствовать приобщению письменных материалов его допроса к делу, но он ею не воспользовался. Строго говоря, в этом смысле у Суда была возможность не обсуждать вопрос применимости статьи 6, § 3 (d), к такому свидетелю, а ограничиться выводом, что все равно нарушения не было, так как заявитель не воспользовался имевшимся у него правом.

Итак, первая трудность, с которой сталкивается Суд, это необходимость определять (иногда путем рассмотрения всей доказательственной базы обвинения заново в случае неясности приговора на этот счет), был ли свидетель, о котором идет речь, ключевым.

Следующий вопрос, на который следует ответить: может ли приговор, при соблюдении определенных условий, быть основан на показаниях отсутствующего свидетеля или такой приговор всегда будет противоречить статье 6, § 1 и 3 (d), если этот свидетель был ключевым? Допустимо ли по логике Конвенции основывать приговоры на производных доказательствах или это

в принципе исключено, какими бы ни были процессуальные гарантии для защиты?

*Оглашение показаний
по российскому праву и стандарты ЕСПЧ*

Российское право не запрещает основывать обвинительные приговоры на показаниях не явившихся свидетелей. Российский УПК в статье 281 содержит перечень случаев, когда допускается оглашать показания свидетелей, не явившихся в судебное заседание. Оглашение их показаний в данном контексте подразумевает, что эти показания могут впоследствии быть использованы в приговоре и стать его основой.

Первая часть этой статьи говорит об оглашении показаний не явившегося свидетеля «с согласия сторон». Согласие защиты на оглашение показаний можно рассматривать как отказ от права (конечно, если это согласие было выражено определенно и при условии достаточной информированности). Следовательно, отсутствие свидетеля в рамках части первой статьи 281, скорее всего, не будет истолковано Судом как нарушение статьи 6 Конвенции.

Сложнее обстоит дело с оценкой части второй статьи 281, которая позволяет суду оглашать показания не явившегося свидетеля, не имея на это согласия обеих сторон. УПК РФ не оговаривает, насколько такие показания могут впоследствии быть использованы в качестве основы приговора. Позволим себе предположить, что, поскольку Кодекс позволяет использовать подобного рода доказательства, их можно «положить в основу обвинения» в соответствии со статьей 75, ч. 1, УПК¹. Посмотрим, насколько этот подход совместим с подходом Европейского суда.

¹ Ю.В. Кореневский и Г.П. Падва в работе «Участие защитника в доказывании» (с. 131—132) склонны абсолютизировать критерий ключевого свидетеля, во всяком случае в контексте анонимности. Они приводят следующий пример: свидетель наблюдал преступление из окна своей квартиры и опознал преступника. Его показания в деле являются решающими, но из-за страха перед обвиняемым он согласился давать показания только на условиях анонимности. Обвиняемый пытается выяснить у свидетеля адрес его квартиры — ведь если квартира находилась на значительном удалении от места совершения преступления, доказательство рассыпается. По мнению этих авторов, «если показания этого свидетеля являются решающим, а тем более единственным доказательством виновности подсудимого, сохранение анонимности противоречило бы интересам правосудия».

Заметим, вслед за судьей Верховного суда Великобритании, что практика Европейского суда в этой сфере несколько противоречива¹. Его мнение разделяют и другие авторы. С. Уоллес отмечает, что практика Суда колеблется между двумя принципами. С одной стороны, Суд признает, что приговор может иногда основываться на доказательствах «со слов», показаниях анонимных свидетелей, протоколах допросов отсутствующих свидетелей и т.д. С другой стороны, Суд декларирует, что основные доказательства должны быть исследованы в ходе судебного разбирательства. С. Уоллес далее утверждает что Европейский суд из прагматических соображений в ряде случаев поддерживает практику, которая в принципе противоречит буквальному толкованию статьи 6, § 3 (d)². Аналогичного мнения придерживается и М. Бернаерт³.

*Запрет использования производных доказательств
как основы обвинительного приговора*

Сравним для примера два австрийских дела с очень похожими фактами. В деле «*Unterpertinger v. Austria*» (постановление от 24 ноября 1986 года) Суд нашел нарушение статьи 6, § 3 (d), в связи с тем, что основной свидетель обвинения не был допрошен в суде. Это дело касалось насилия в семье, с последующим примирением. На суде жена обвиняемого — пострадавшая сторона — отказалась давать показания против него, и суд вынес приговор, основываясь на ее показаниях, данных в полиции. Европейский суд отметил, что само по себе использование при доказывании протоколов допроса свидетеля не противоречит Конвенции, однако у заявителя не было возможности допросить жену в суде или до этого. В данном деле Суд нашел нарушение именно из-за того, что заявитель не мог допросить в суде ключевого свидетеля и весь приговор был построен на протоколах допросов этого свидетеля на следствии. Это пример дела, в котором Суд применил — в качестве абсолют-

¹ См. мнение судьи лорда Филиппа в уже упоминавшемся деле «*R v. Horncastle*».

² См.: Wallace S. The Empire Strikes Back: Hearsay Rules in Common Law Legal Systems and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights // European Human Rights Law Review. 2010. N 4. P. 409.

³ См.: Beernaert M.-A. La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme // Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme. 2007. N 69. P. 96.

ного правила — запрет на использование «производных» доказательств как основы приговора.

Напротив, Суд не нашел нарушения статьи 6, § 3 (d), в деле «*Asch v. Austria*» (постановление от 26 апреля 1991 года). Заявитель избил свою подругу, и она в полиции рассказала о побоях; более того, на ее теле были зафиксированы синяки и ссадины. Позже жертва побоев помирилась со своим партнером и на последующих допросах на следствии стала утверждать, что оговорила заявителя, а на суде вообще отказалась давать против него показания, прикрывшись иммунитетом, который австрийский закон предоставлял родным и близким подозреваемых. Австрийский суд изучил ее показания, данные на первом допросе, заслушал полицейского, который эти показания записал, рассмотрел медицинские документы и на основании совокупности этих доказательств пришел к выводу о виновности заявителя в побоях. Что касается объяснений самого заявителя по поводу того, как его подруга получила синяки и ссадины, суд отметил их непоследовательность и на этом основании отклонил.

Рассматривая эту ситуацию, Европейский суд не нашел ничего предосудительного в том, что австрийский суд основал приговор на «производных» доказательствах, которым был протокол допроса главной свидетельницы (жертвы) преступления и допрос полицейского об обстоятельствах его разговора с жертвой вскоре после событий. ЕСПЧ отметил, что у заявителя была возможность оспорить эти доказательства, вызвать дополнительных свидетелей или допросить офицера полиции. Суд подчеркнул, что приговор австрийского суда был основан не только на протоколе первого допроса жертвы, но и на рассказе полицейского офицера и других доказательствах, таких как медицинские справки. В результате Европейский суд решил, что нарушения статьи 6 в этом деле нет.

*Толкование в зарубежной практике права на допрос
свидетеля обвинения стороной защиты*

Дела «*Unterpertinger*» и «*Asch*» интересно сравнить с американским делом «*Crawford v. Washington*» (2003), в котором Верховный суд США толковал шестую поправку к Конституции

США¹. Это положение американской конституции, так же как и статья 6, § 3 (d), Конвенции, устанавливает право на допрос свидетелей, показывающих против обвиняемого, и на процедуру обязательного привода свидетелей, которые могут показать в его пользу. Интересно, что, хотя в Конвенции право на вызов свидетелей защиты относится к числу «слабых» прав, американские суды придают гораздо большее значение этому праву, практически абсолютизируя его, и дело «*Crawford*» тому пример. В этом американском деле заявитель ударил ножом человека, который, как он утверждал, пытался изнасиловать его жену. Заявитель настаивал на том, что действовал в пределах необходимой обороны. При первоначальном допросе в полиции, записанном на аудио пленку, жена подозреваемого дала показания, опровергавшие эту версию. Впоследствии она отказалась давать показания, ссылаясь на право не свидетельствовать против близких родственников. На суде прокуратура проиграла перед присяжными пленку ее первоначального допроса. Заявитель в результате был осужден.

До этого дела Верховный суд толковал шестую поправку ограничительно, признавая возможность использования «производных» доказательств в том случае, если «прямые» недоступны. Предыдущая судебная практика допускала возможность использования производных доказательств, если суды были убеждены в том, что в деле были «особенные гарантии их очевидной достоверности». Апелляционный суд в этом деле применил сложный многоступенчатый тест и пришел к выводам, что показания жены не являются «очевидно достоверными».

Верховный суд США, однако, решил иначе. Прежде всего, суд отметил, что его предыдущие решения достаточно далеко отошли от буквального понимания шестой поправки в том смысле, в каком она была задумана ее авторами, и указал, что «отказываться от допроса свидетеля в суде только потому, что его предыдущие показания очевидно достоверны — это то же самое, как отказываться от рассмотрения дела судом присяжных потому, что подсудимый очевидно виновен». Верховный суд подчеркнул, что «достоверность» — слишком аморфное понятие и дело «*Crawford*» тому отличный пример: и суд первой инстанции, и апелляционный суд рассмотрели этот вопрос по-

¹ См.: http://scholar.google.com/scholar_case?case=7792517891204110362&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar

разному, применяя каждый раз очень сложный тест, и пришли к противоречащим друг другу выводам. Очень многое зависит от того, какой вес судья придает тому или иному фактору, свидетельствующему о «достоверности» или противоречащему ему. Что касается обстоятельств самого дела «*Crawford*», Верховный суд не захотел в очередной раз рассматривать вопрос о том, была ли аудиозапись допроса «очевидно достоверным» доказательством, а просто признал, что такой тест (достоверности) противоречит буквальному смыслу Конституции и не должен использоваться. Любое свидетельское показание, если свидетеля не могли допросить, подлежит исключению¹.

Итак, американское право абсолютизирует шестую поправку к Конституции и запрет на использование доказательств «со слов». Никакая «достоверность» этого доказательства не может преодолеть запрет на его использование.

Несколько иначе смотрят на эту проблему в Англии. Английское право не содержит нормы, которую можно было бы сравнить с американской шестой поправкой². По убеждению некоторых видных английских юристов, позиция Европейского суда в этих вопросах ближе к американской, нежели к британской (можно сослаться на мнения двух судей Верховного суда Великобритании, Лорда Бингама оф Корнхил³ и Лорда Филипса⁴). Отправной точкой для их анализа является позиция Европейского суда в деле «*Doorson v. the Netherlands*» от 26 марта 1996 года, а именно формулировка § 76 его решения: «...даже когда процедуры, “уравновешивающие” [права подсудимого с возможностями стороны обвинения] в достаточной степени компенсируют невыгодное положение защиты, приговор не должен быть основан единственно или в значительной степени на показаниях анонимных свидетелей». Английские судьи также обратили внимание на дело Европейского суда «*Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*» от 20 января 2009 года. В этом деле приговор в отношении первого заявителя был основан (по одному из эпизодов) на показаниях

¹ Верховный Суд США, устанавливая это правило, не стал, однако, трогать некоторые исключения из него, которые им до сих пор признаются легитимными, такие как, например, оглашение показаний покойного или оглашение показаний свидетеля, про которого известно, что подсудимый его запугал.

² См. также мнение лорда Манса в деле «*R v. Davis*», § 69 и далее.

³ См.: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2008/36.html> (§ 24).

⁴ См.: «*R v. Horncastle*», § 15.

свидетельницы, которая покончила жизнь самоубийством до начала суда (заявитель был врачом, который обвинялся в том, что насильовал своих клиенток под гипнозом). Судья, рассматривавший дело с присяжными, отказался исключить это доказательство, хотя и объяснил присяжным в напутственном слове, что доказательство ненадежно. Правительство указывало, что данное доказательство согласовывалось с другими косвенным уликами в деле, что сам заявитель не утверждал, что у свидетельницы имелся сговор с другими жертвами или со следствием, что у защиты была возможность оспорить это свидетельство путем выявления в нем противоречий с другими доказательствами, тем не менее Европейский суд признал его использование недопустимым. По мнению английских судей, которые комментировали дело «*Al-Khawaja and Tahery*», ЕСПЧ руководствовался логикой ключевого свидетеля, как и в деле «*Doorson*».

Как полагает С. Уоллес, использование принципа ключевого свидетеля как основного критерия анализа может привести к нежелательным результатам¹. Чем более ценно и достоверно «производное» доказательство, чем более центральную роль в архитектуре обвинения оно занимает, тем больше шансов, что его нельзя будет использовать именно в силу его центрального положения. Европейский суд, запрещая судам основывать приговоры на протоколах допросов свидетелей, умерших до суда или запуганных обвиняемым, подталкивает, по сути, обвиняемых к тому, чтобы они убивали и запугивали важных свидетелей.

На наш взгляд, однако, эта критика несправедлива: существует большое количество дел, в которых Суд и Комиссия занимали сбалансированную позицию, не абсолютизируя критерий ключевого свидетеля². В таких делах предполагалось, что использование «производных» доказательств как основной базы для обвинения допускается, но только в тех случаях, когда получить лучшее доказательство совершенно невозможно и использование этого сомнительного доказательства компенсировано дополнительными процедурными гарантиями, предоставленными защите.

¹ См.: Wallace S. Op. cit. P. 418.

² Нельзя не признать вместе с тем существование целого ряда дел, в которых Суд все же воспринимал критерий ключевого свидетеля как абсолютный — см., например, постановление по делу «*Visser v. the Netherlands*» от 14 февраля 2002 года.

4. Причины, объясняющие невозможность допроса свидетеля и оглашения его показаний

Объективные причины использования вместо допроса свидетелей «производных» доказательств

Степень допустимости использования «производных» доказательств во многом зависит от причин, которые побудили суд прибегнуть к помощи таких доказательств. Важно, по чьей вине свидетеля невозможно было допросить на суде, есть ли в этом вина государства, которое «упустило» важного свидетеля, или же так сложились обстоятельства и т.п.

В России в течение года после принятия нового УПК действовало очень либеральное правило, которое позволяло оглашать показания не явившихся свидетелей только с согласия сторон¹. Это правило ставило сторону обвинения в очень жесткие рамки, было признано нереалистичным, и в новой редакции статьи 281 УПК РФ определены причины, по которым можно оглашать показания свидетелей, отсутствующих в зале судебного заседания. Как представляется, новая редакция хотя и является менее выгодной для защиты, сама по себе не противоречит практике Европейского суда. В любом случае причина неявки свидетеля в суд должна выясняться судом с участием сторон до того, как оглашаются показания этого свидетеля. Без выяснения этих причин оглашение показаний будет признаваться необоснованным.

Очень часто свидетеля не получается допросить по объективным причинам, за которые государство не отвечает. Так, в деле *«Ferrantelli and Santangelo v. Italy»* от 7 августа 1996 года Европейский суд рассматривал жалобу на то, что одного из основных свидетелей (покончил жизнь самоубийством в тюрьме) не допросили с участием заявителей, а к началу судебного разбирательства он был уже мертв. ЕСПЧ одновременно отметил и тот факт, что государство было физически не в состоянии допросить этого свидетеля на стадии судебного разбирательства, и то, что его показания были поддержаны другими свидетельствами.

Чаще свидетель отсутствует по той причине, что его невозможно разыскать. Такой, например, была ситуация в деле *«Isgrò v. Italy»* от 19 февраля 1991 года, где Суд не нашел нарушения ста-

¹ См.: Корневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании. С. 126.

тьи 6 Конвенции, сославшись на то, что правительство приняло все возможные меры, чтобы разыскать свидетеля, но это оказалось невозможным. Кроме того, личность свидетеля была известна подсудимому, у него была возможность допросить подсудимого на предварительном следствии, перед лицом следственного судьи, чья незаинтересованность в исходе дела не вызывала ни у кого сомнений. Хотя адвокат заявителя не присутствовал на их очной ставке, это не заставило Суд изменить свою оценку ситуации, так как прокурора на очной ставке тоже не было, и у заявителя была возможность задавать свидетелю вопросы. Наконец, в этом деле показания отсутствующего свидетеля не были единственным свидетельством и подтверждались суммой других доказательств.

В деле «*Isgro*» Суд начал свой анализ с мер, предпринятых правительством для розыска свидетеля. Значит ли это, что, если бы такие меры не были предприняты, другие аргументы Суда (касающиеся процедуры использования этого доказательства в процессе) были бы не нужны, так как Суд нашел бы нарушение в любом случае? Возможно, ответ на этот вопрос содержится в решении по делу «*Mayali v. France*» от 14 июня 2005 года, в котором Суд сказал следующее: «Статья 6 не позволяет судам основывать приговор на показаниях свидетеля обвинения, которого обвиняемый не имел возможности допросить ни на какой стадии процедуры, иначе как в следующих условиях: во-первых, если невозможность проведения личного допроса связана с невозможностью найти свидетеля, должно быть установлено, что власти активно его искали, чтобы дать [обвиняемому] возможность его допросить; во-вторых, оспариваемое доказательство не должно быть единственным элементом, на котором основывается обвинительный приговор». Из этой фразы можно заключить, что каждое условие является необходимым. Иначе говоря, если власти не пытались разыскать свидетеля, приговор не может быть постановлен — вне зависимости от того, какой вес у показаний этого свидетеля. Если же власти все-таки попытались добросовестно найти свидетеля, но не смогли и все же использовали протокол его допроса для обоснования приговора, нарушение статьи 6 будет иметь место в том случае, если это является единственным доказательством (с этой точки зрения дело «*Mayali*» принадлежит к той категории дел, в которых Европейский суд использовал критерий ключевого доказательства как абсолютный).

Подтверждение последнему очень хорошо иллюстрирует дело «*Bracci v. Italy*» (постановление от 13 октября 2005 года). Заявите-

ля подозревали в серии нападений на проституток, причем задержали его во время одного из таких нападений. Две проститутки-иностранки были допрошены полицией на предварительном следствии и потом исчезли из поля зрения правоохранительных органов. Очная ставка с подсудимым не проводилась, и допросить их на суде не удалось. Европейский суд в этом деле признал, что невозможность допроса двух свидетелей объяснялась объективными причинами. Вместе с тем ЕСПЧ признал нарушение Конвенции в отношении того эпизода приговора, который был полностью основан на показаниях отсутствующего свидетеля, и не нашел нарушения в отношении эпизода, по которому у стороны обвинения имелись другие свидетельства.

Но какие требования предъявлять к государству в тех ситуациях, когда свидетель отсутствует, хотя, в принципе, его можно было либо разыскать, либо, если его местонахождение известно, доставить силой?

У Суда нет готового ответа на этот вопрос. В деле *«Hulki Güneş v. Turkey»* (постановление от 19 июня 2003 года) заявителя обвиняли в том, что он участвовал в перестрелке с жандармами. Основными свидетелями были сотрудники жандармерии (внутренних войск), которые опознали заявителя по фотографии как одного из участников вооруженного столкновения. В суд жандармов не вызвали по тем соображениям, что путешествовать по дорогам было небезопасно¹. Как следует из рассуждений Европейского суда, его не убедил аргумент правительства: хотя Суд признал, что доставление свидетелей в суд могло быть сопряжено с некоторыми сложностями в связи с общей ситуацией в регионе, это не делало их личный допрос в суде невозможным. Данный пример показывает, что транспортные трудности и даже общие соображения безопасности не будут восприниматься Судом как серьезный аргумент, оправдывающий не-вызов свидетеля в суд.

*Оценка Судом отказа от допроса свидетелей,
находящихся за границей*

Сложнее со свидетелями, уехавшими за границу. В деле *«Pedersen v. Denmark»* (постановление от 14 октября 1992 года) один из важных свидетелей был сообвиняемым заявителя и дал при-

¹ Дело происходило в турецкой части Курдистана, где обстановка была достаточно напряженной, как в свое время в Чечне.

знательные показания, это явилось основанием для рассмотрения обвинения против него в отдельном процессе, в результате чего он получил небольшой срок и по его отбытии был выслан из страны. Когда пришло время рассматривать дело самого заявителя, свидетель, естественно, отказался приезжать в Данию, и прокуратура вынуждена была основываться на его письменных показаниях. Однако Комиссия не стала винить в этом власти Дании, отметив, что свидетель сам отказался приехать, и вины властей в этом нет. Комиссия далее отметила, что показания этого свидетеля не были единственным доказательством в деле заявителя (там были еще и распечатки его телефонных переговоров) и вообще заявитель не настаивал на вызове этого свидетеля в суде первой инстанции. «По сумме факторов» это дело было признано неприемлемым. При этом непонятно, было бы решение Комиссии таким же, если бы заявитель настаивал на вызове свидетеля и если бы свидетель был бы действительно ключевым. Как бы то ни было, можно сказать, что аргумент «свидетель за границей» может быть очень привлекательным для правительства. Так, в деле *«Klimentyev v. Russia»* (постановление от 16 ноября 2006 года) Европейский суд удовлетворился тем фактом, что «заграничным» свидетелям высылались повестки, они отказались явиться и у российского суда не было возможности подвергнуть этих свидетелей приводу¹.

Вместе с тем Европейский суд не будет рассматривать такого рода жалобы слишком формально. В деле *«Vladimir Romanov v. Russia»* (постановление от 24 июля 2008 года) российский суд решил огласить показания свидетеля, который был за границей, но должен был вернуться через пять дней. Российский суд не выяснил у сторон их мнение относительно возможности оглашения показаний, а сразу зачитал их, указав, что свидетель не явился по уважительной причине. В этом деле Европейский суд нашел нарушение статьи 6, § 1: хотя в какой-то момент свидетель и отсутствовал по «уважительной причине», непонятно, почему нельзя было его допросить после его возвращения.

Следует отметить, что статья 281, ч. 2, п. 3, УПК РФ разрешает суду огласить показания свидетеля, не имея на это согласия обеих сторон, в случае «отказа потерпевшего или свидетеля, являющегося иностранным гражданином, явиться по вызову в суд».

¹ См. также дело *«X. v. Austria»* (постановление от 1 июня 1972 года), в котором Европейская комиссия оценила отсутствие международных соглашений, позволяющих вызвать свидетеля, проживающего за рубежом.

Наверное, эта формулировка не очень удачна. Иностраный гражданин может проживать постоянно на территории России, и в этом смысле мы не видим больших проблем в доставлении его в суд. В то же время российский гражданин может постоянно проживать на территории другого государства, и в этом случае доставка его в суд затруднительна. Видимо, эту норму следовало бы сформулировать с привязкой не к гражданству, а к фактическому местонахождению на момент слушания дела.

*Отказ свидетеля от допроса в суде
по соображениям своей безопасности*

Одной из распространенных причин, по которым свидетель не удастся опросить, является его страх перед подсудимым. В этой ситуации свидетель или исчезает, или требует защиты для себя — в форме анонимности или иных гарантий, которые могут предоставить власти (впредь до включения в систему защиты свидетелей).

Очевидно, что в тех случаях, когда допросить свидетеля в нормальных условиях на суде невозможно именно по этой причине (страх перед подсудимым), подсудимый, по сути, манипулирует процессом в своем интересе и явно незаконными методами. В Англии согласно Закону об уголовном судопроизводстве¹ можно использовать письменные показания свидетеля, если он отказывается давать показания на суде из-за серьезно обоснованного страха перед подсудимым. Допуск письменных показаний свидетеля, данных на следствии в таких обстоятельствах, кажется разумным.

Вместе с тем суды должны установить, действительно ли отказ от дачи показаний связан со страхом перед подсудимым, насколько этот страх обоснован в обстоятельствах дела и, наконец, нет ли способов, с одной стороны, устранить угрозу свидетелю и, с другой — обеспечить максимальное соблюдение прав защиты.

Допрос малолетних свидетелей – жертв преступлений

В деле «*P.S. v. German*» (постановление от 20 декабря 2001 года) заявитель, учитель музыки, был обвинен в совершении действий сексуального характера в отношении своей малолетней ученицы во время частного урока. Обвинение и приговор строились на по-

¹ Criminal Justice Act of 2003, s. 116 (2)-e.

казаниях матери, которой девочка призналась в том, что произошло, а также на показаниях полицейского, который допрашивал девочку после инцидента. Ходатайство защиты о допросе в процессе самой предполагаемой жертвы было отклонено на том основании, что это причинит ей серьезный психический вред и помешает забыть о пережитом. Кроме того, суд первой инстанции решил не проводить психологическую экспертизу девочки на том основании, что судья, который часто разбирал семейные дела, имел достаточное представление о том, когда дети лгут, а когда говорят правду.

Суд апелляционной инстанции, рассматривая дело, все-таки провел экспертизу, в рамках которой психолог поговорил с девочкой и пришел к выводу, что она не лжет. Более того, психолог заключил, что ее вызов и допрос в суде могут существенно повредить ее здоровью.

Европейский суд подтвердил, что у заявителя не было никакой возможности допросить девочку. Суд первой инстанции плохо объяснил, почему не надо ее допрашивать и проводить психологическую экспертизу. Что касается экспертизы, заказанной апелляционным судом, она была проведена через полтора года после событий. Единственным прямым доказательством сексуальных домогательств был рассказ девочки. Что касается показаний матери, то Суд отметил, что она говорила «со слов» и являлась вдобавок ближайшим родственником девочки. В результате Суд решил, что права заявителя по статье 6, § 3 (d), были нарушены.

По нашему мнению, главным дефектом национальной процедуры здесь было запоздалое проведение экспертизы с психологом. Если бы девочка была допрошена непосредственно в ходе разбирательства в суде первой инстанции, выводы Суда, возможно, были бы другими. Важно также обратить внимание на следующее: при оценке «подтверждающих» доказательств Суд отметил, что мать говорила со слов девочки и была ее близким родственником (§ 29), т.е. учел «качество» доказательства и решил, что дефектность основного доказательства (показаний девочки) не может быть исправлена существованием других подтверждающих доказательств, если они так же дефектны¹.

¹ Ср. с делом «*Doorson*», о котором речь впереди, где «дефектные» доказательства подтверждались такими же «дефектными». Надо признать, что в «*Doorson*» все свидетельские показания были все же самостоятельным источниками информации о подсудимом, в то время как здесь единственным источником была сама девочка, а мать лишь говорила «со слов».

В другом деле о сексуальном насилии, «*Lindqvist v. Sweden*» (постановление от 22 октября 1997 года), Комиссия не нашла нарушения статьи 6, § 3, на том основании, что у заявителя была на предварительном следствии возможность задать вопросы свидетельнице, хотя и не напрямую — через полицейских, которые допрашивали ее. Комиссия также отметила, что апелляционный суд, рассматривая ходатайство заявителя о непосредственном допросе потерпевшей, отклонил его со ссылкой на то, что вопросы, которые подсудимый хотел задать потерпевшей, ей уже задавала полиция. Кроме того, шведские суды в этом деле специально отметили необходимость относиться к показаниям потерпевшей особенно осторожно, так как она не была допрошена на суде лично. Комиссия, наконец, отметила, что приговор заявителю был, в частности, основан и на другом важном доказательстве, а именно на исследовании потерпевшей психиатром и обычным доктором, которые заключили, что девочка действительно подвергалась сексуальному насилию.

Свидетельский иммунитет (доктора, священники, близкие родственники, обвиняемые и т.п.)

В законодательстве европейских стран можно найти множество примеров различных иммунитетов, дающих право некоторым категориям лиц не давать показания в суде и на следствии. Эти гарантии могут быть направлены на защиту прав самих потенциальных свидетелей. Например, если дача показаний может дать основания для привлечения свидетеля к уголовной ответственности, иммунитет возникает в силу права этого лица не свидетельствовать против себя. Иногда иммунитет в большей степени защищает права самого подсудимого (например, адвокатская привилегия не давать показаний по обстоятельствам, ставшим адвокату известными в связи с осуществлением защиты). Некоторые иммунитеты защищают скорее некие отвлеченные ценности — так, право священника не раскрывать содержание исповеди направлено как на защиту прав обвиняемого, который ему исповедался, так и на сохранение уважения к религиозным процедурам в церкви.

В деле «*Huikko v. Finland*» (постановление от 11 мая 1999 года) заявитель был осужден за продажу конопли. Его приговор строился на показаниях некоего Н., который ввозил коноплю в Финляндию и продавал ее через заявителя. На судебном следствии

Н. некоторое время подтверждал ранее данные им показания. В определенный момент обвинения были предъявлены и заявителю. Вскоре после этого Н. поменял тактику и отказался от своих предыдущих показаний, а также отказался вообще давать какие-либо показания по делу. В результате заявитель был приговорен исключительно на основании показаний Н., данных до того момента, как заявителю были предъявлены обвинения. У заявителя, таким образом, не было никакой возможности допросить Н.

Европейский суд, рассматривая это дело, пришел, как представляется, к парадоксальному выводу. Суд отметил, что заявитель имел возможность опросить Н. и тем самым его права по статье 6 были соблюдены. Вместе с тем Суд отметил, что заявитель, скорее всего, не получил бы ответов на свои вопросы, так как Н. заявил, что не будет давать никаких показаний. Такое решение, на наш взгляд, противоречит базовому принципу эффективной защиты прав по Конвенции. В деле «*Huikko*» у заявителя имелось формальное право задавать вопросы, которое, однако, было невозможно реализовать в силу наличия в национальном законодательстве права не отвечать.

Российский УПК, а также некоторые «отраслевые» законы предоставляют свидетельский иммунитет различным группам лиц. Если их допрашивают на следствии, следователь обязан сообщить им о том, что их показания могут быть потом использованы в процессе против третьих лиц. Если такое предупреждение сделано не было, использовать показания таких лиц в суде, по мнению некоторых авторов, недопустимо¹.

Еще раз об анонимных свидетелях

Допрос свидетелей с сохранением их анонимности распространен во многих европейских странах и получает все большее распространение у нас. Предполагается, что анонимность защищает свидетеля от мести со стороны подсудимого или его сообщников. Несомненно, такая практика ставит защиту в сложное положение. С одной стороны, анонимность свидетеля не всегда исключает его допрос стороной защиты в какой-то форме. Таким образом, защита может поставить определенные вопросы свидетелю по сути его показаний и выявить возможные несоот-

¹ См.: Практика применения УПК РФ. С. 373.

ветствия. Статья 278 УПК РФ устанавливает, что свидетеля можно допрашивать «в условиях, исключающих визуальное наблюдение». Кроме того, из смысла части шестой этой статьи можно сделать вывод, что данные о личности свидетеля могут быть засекречены. Интересно, что часть пятая статьи 278 УПК РФ говорит о том, что причиной для сохранения анонимности свидетеля может быть только его безопасность или безопасность его близких. Значит ли это, что личность свидетеля нельзя скрыть по другим основаниям? Например, потому, что раскрытие его личности может раскрыть методы оперативной работы правоохранительных органов, притом, что для самого свидетеля никакой опасности не существует? Представляется, что эта норма может толковаться расширительно — во всяком случае, как будет показано ниже, практика Европейского суда этому не препятствует. Как следует из некоторых дел ЕСПЧ, «засекречивание» свидетеля может пойти дальше, чем просто исключение визуального контакта (например, допрос через судью или с изменением, с помощью специальной аппаратуры, голоса свидетеля).

Российский УПК не предусматривает напрямую засекречивания личности других подсудимых и их допрос в условиях, исключающих «визуальное наблюдение». Представляется, что с точки зрения Конвенции нет ничего предосудительного в том, что обвиняемый пользовался бы такой же защитой, как и свидетель, при наличии, конечно, к этому достаточных оснований и при максимально возможном соблюдении прав защиты.

Не зная личности свидетеля, защите трудно опровергнуть его показания. Например, зная личность заявителя, защита может утверждать, что этот человек имеет причины оговаривать подсудимого, или склонен к фантазерству, или ранее осуждался за лжесвидетельство, т.е. не является надежным свидетелем (об этом говорит Суд в деле «*Windisch v Austria*» от 27 сентября 1990 года)¹. Все эти аргументы могут заставить суд отнестись к показаниям свидетеля с недоверием и в конце концов привести к оправданию заявителя. Анонимность свидетеля ограничивает возможность для защиты выявить противоречия в описании свидетелем фактических обстоятельств, о которых он рассказывает, так как некоторые вопросы могут быть сняты председательствующим

¹ В деле «*Kostovski v. the Netherlands*» (постановление от 20 ноября 1989 года) Европейский суд отдельно отметил важность исследования личности свидетеля для определения его надежности как источника информации для суда.

в связи с тем, что они могут дать защите информацию о личности свидетеля. Таким образом, анонимность свидетеля *a priori* невыгодна для защиты. Тем не менее Суд неоднократно высказывался в том духе, что институт анонимных свидетелей не противоречит сам по себе статье 6 Конвенции и при определенных условиях их показания могут использоваться в деле¹.

В практике Суда встречаются две ситуации, в которых может происходить допрос анонимных свидетелей: их допрашивают на предварительном следствии и потом предъявляют результаты их допроса суду (постановление по делу «*Birutis and Others v. Lithuania*» от 28 марта 2002 года), или же их допрашивают в суде, сохраняя, однако, их анонимность.

Что касается анонимных свидетелей, допрошенных в суде, то они также могут относиться к двум типам: 1) лица, которых обвиняемый знает под каким-то вымышленным именем, но не знает их настоящего имени, положения и т.п. (например, внедренные в банду полицейские агенты), 2) свидетели, которых полностью скрывают от стороны защиты (защита иногда не может даже слышать их голоса и видеть лица). Во втором случае по сравнению с первым возможности защиты по допросу таких свидетелей и оспариванию их показаний гораздо более ограничены.

Одним из классических дел с участием анонимных свидетелей является дело «*Kostovski v. the Netherlands*» (постановление от 20 ноября 1989 года), в котором Суд нашел нарушение статьи 6, § 3 (d), в связи с тем, что приговор в отношении заявителя был основан на показаниях анонимных свидетелей, которых защита не могла опросить напрямую. Защита, однако, могла поставить письменные вопросы одному из свидетелей, но только через следственного судью, который, в свою очередь, сам не знал имени анонимных свидетелей и их персональных данных. Приговор в этом деле (оно касалось ограбления банка несколькими сбежавшими из тюрьмы вооруженными преступниками) был основан практически исключительно на показаниях анонимных свидетелей.

¹ Суд часто сталкивался с анонимными свидетелями обвинения, однако никогда не изучал вопрос о том, может ли защита приводить анонимных свидетелей в пользу подсудимого, например в том случае, если свидетель-заключенный боится давать показания в пользу другого заключенного, так как за этим может последовать месть тюремной администрации или каких-то третьих лиц, заинтересованных в определенном исходе процесса.

После дела «*Kostovski*» Нидерланды изменили законодательство и определили условия, в которых суды могут ссылаться на показания анонимных свидетелей.

Дело «Doorson v. the Netherlands» – типичная ситуация с анонимными свидетелями в практике ЕСПЧ

Через некоторое время после проведения этой реформы в Суд поступило дело «*Doorson v. the Netherlands*» (постановление от 26 марта 1996 года), которое, как нам представляется, хорошо иллюстрирует достаточно типичную ситуацию с анонимными свидетелями.

В этом деле полиция пыталась установить торговцев наркотиками, показывая фотографии подозреваемых их клиентам — наркоманам. Однако те соглашались сотрудничать с полицией только на условиях анонимности, так как боялись мести наркоторговцев. Полиция согласилась на сохранение анонимности. При этом, чтобы исключить оговор, в набор фотографий, которые предъявлялись для опознания, включались фотографии людей, про которых было известно, что они не наркоторговцы. Если свидетель указывал на одну из этих фотографий как на своего дилера, его показания признавались ненадежными и не использовались в процессе. Так были опрошены более сотни наркоманов.

В определенный момент от одного из информаторов полиции поступил сигнал, что заявитель тоже является дилером. Его фотографию включили в полицейский альбом вместе с другими предполагаемыми преступниками. На опознании на заявителя указали восемь человек — шестеро отказались раскрывать свое имя и фигурировали в процессе под номерами, а двое (N. и R.) согласились на то, что их имя станет известно.

На предварительном следствии следственному судье удалось допросить двух анонимных («номерных») свидетелей, но адвокат заявителя на допросе отсутствовал. В ходе судебного разбирательства был допрошен один из «именных» свидетелей, N. При этом он стал давать противоречивые показания, утверждал, что не знал заявителя лично. Когда прокуратура показала ему фотографию, он снова опознал того человека, который продавал ему наркотики, хотя и заявил, что не может быть в этом абсолютно уверен и что на предварительном опознании в ходе следствия указал на эту фотографию из-за того, что у него была ломка и он хотел поскорее закончить процедуру допроса.

На последующее слушание не явился ни один из «именных» свидетелей, несмотря на то что одного из них (того, который не явился на первое слушание) разыскивала полиция.

Адвокат заявителя в своем выступлении в прениях указал на то, что сохранять анонимность шести свидетелей не имело смысла, поскольку заявитель не высказывал в их отношении никаких угроз и вообще не был замечен в агрессивном поведении. Тем не менее суд приговорил заявителя к 15 месяцам заключения, основывая приговор на имевшихся письменных показаниях свидетелей, как «номерных», так и «именных». Суд также отметил, что в прошлом заявитель уже привлекался к уголовной ответственности за торговлю наркотиками.

Суд апелляционной инстанции постановил, что вопрос о необходимости дальнейшего сохранения анонимности должен быть рассмотрен более тщательно, и поручил это следственному судье. Тот провел допрос двух анонимных свидетелей в закрытом заседании, в присутствии адвоката заявителя; при этом их имена не были раскрыты, они продолжали оставаться «под номерами», однако были известны следственному судье. Анонимные свидетели объяснили, почему они хотели сохранить свои имена в тайне, сославшись на предыдущие эпизоды, когда им угрожали другие дилеры. Один из них прямо заявил, что боится заявителя, которого он описал как жестокого человека. Суд апелляционной инстанции решил, что анонимность должна быть сохранена, после чего допросил этих свидетелей по существу. Адвокат заявителя также задавал им вопросы.

Остальные свидетели или уехали за границу, или исчезли из поля зрения полиции, и обнаружить их было невозможно. Следственный судья передал дело обратно в апелляционный суд. В апелляционном суде снова был допрошен один из «именных» свидетелей, N., который подтвердил, что он отказывается от своих показаний, данных в полиции. Другой «именной» свидетель, R., был приведен в суд, но попросту сбежал со слушаний, обманув судебного пристава. Апелляционный суд также заслушал эксперта защиты, который критиковал методы допроса наркоманов и пришел к выводу, что полиция использует их болезненное состояние, чтобы добиться нужных ответов. Также по просьбе прокурора был заслушан полицейский, который вел расследование. Он рассказал о методах их работы и о том, как они получали информацию у наркоманов. Полицейский также указал на то, что наркоторговцы часто пытаются давить на свидетелей, даже из мест заключения.

В результате апелляционный суд подтвердил приговор, но существенно поменял мотивировку. Выводы апелляционного суда были основаны на (1) сообщении о том, что заявитель — наркоторговец (полученном от анонимного, не допрошенного в суде информатора), (2) показаниях двух допрошенных следственным судьей «номерных» свидетелей, (3) письменных показаниях двух «именных» свидетелей, данных полиции, и (4) на том факте, что заявитель узнал сам себя на той фотографии, которую использовала полиция для его опознания. Что касается показаний «именных» свидетелей, то апелляционный суд заметил, что будет использовать их с должной осторожностью и только для того, чтобы проверить соответствие показаний полицейского и остальных свидетелей.

Европейский суд, анализируя решение голландских судов, прежде всего признал, что опасность воздействия на свидетелей действительно была. Суд отдельно отметил, что для подобного вывода не требуется, чтобы заявитель сам пытался оказывать воздействие на свидетелей, — достаточно того, что подобное часто случается в этой среде и заявители получали угрозы от других дилеров. Этот первый вывод Суда очень важен. Он говорит о том, что внутренние суды в таких ситуациях могут пользоваться предположениями и необязательно основываться на фактах, доказанных в отношении самого подсудимого. Стандарт доказывания в отношении предположений, несомненно, ниже, чем в отношении фактов — достаточно минимальной разумной связи между фактами и предположениями, сделанными внутренними судами.

Кроме того, Европейский суд проанализировал процедурные гарантии, с которыми было сопряжено использование показаний анонимных свидетелей. Суд отметил, что следственный судья был поставлен в известность о личности свидетелей, адвокат заявителя имел возможность поставить им вопросы, кроме тех, что могли бы помочь ему установить их личность, — такие вопросы снимались. В таких обстоятельствах участия адвоката было достаточно для того, чтобы гарантировать интересы защиты¹.

В конце концов, внутренние суды не основывали выводы о виновности заявителя «единственно или же в решающей степени» на показаниях этих анонимных свидетелей. Голландские суды сами

¹ В деле «*Windisch v. Austria*», о котором уже шла речь, правительство ссылалось на такую процедурную гарантию, как возможность задать вопросы свидетелю в письменной форме. Однако Европейский суд заметил, что это в любом случае не может заменить личного допроса свидетеля перед лицом суда.

заметили, что будут рассматривать показания этих свидетелей с большой долей осторожности, и Суд признал, что так они и поступили. По сути дела, показания анонимных свидетелей использовались как «проверочный» материал для других показаний.

Европейский суд далее проанализировал использование показаний «именных» свидетелей — N. и R. Голландские суды предпочли показания N., данные им на предварительном следствии, его же показаниям, данным в суде. ЕСПЧ отметил, что внутренние суды вольны выбирать, каким именно показаниям верить. Что касается использования письменных показаний R., то Суд отметил, что допросить его не представлялось возможным, несмотря на все усилия, предпринимаемые к его розыску и вызову полицией и судом. Следовательно, можно было использовать его письменные показания¹.

Анализ дела «*Doorson*» приводит к следующему выводу. В основу обвинительного приговора было положено несколько доказательств, каждое из которых не было безупречным. Однако ни один из дефектов не был такого рода, чтобы признать доказательство полностью недопустимым — ни в смысле голландского права, ни в смысле Конвенции. Эти доказательства всего лишь требовали осторожного обращения. Вместе с тем суммы этих «подозрительных» доказательств, вместе с второстепенными доказательствами, оказалось достаточно для того, чтобы признать приговор справедливым. То есть для признания виновности не необходимо иметь первоклассные свидетельства — достаточно суммы нескольких производных, которые вместе будут указывать на обоснованность позиции обвинения. Параграф 83 решения по делу «*Doorson*» прямо указывает на «кумулятивный» эффект многих доказательств на решение вопроса о том, был ли приговор справедливым².

Полезно сравнить дела «*Kostovski*» и «*Doorson*». В первом Суд основывался как на дефектном характере «проблемных» доказательств, так и на отсутствии в деле других более или менее серьез-

¹ Надо заметить, что свидетеля R. не допросили из-за доверчивости судебного пристава, который дал тому сбежать из зала судебного заседания. Возникает вопрос, почему в таком случае государство, допустившее оплошность, не должно терпеть никаких негативных последствий в виде исключения показаний R. из доказательственной базы.

² Некоторые авторы справедливо полагают, что Суд в таких делах старается соблюсти баланс между интересами правосудия и интересами правоохранительной деятельности (см.: Mowbray A. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford ; Portland, Oregon : Hart Publishing, 2004. P. 121).

ных доказательств. Во втором Суд признал, что доказательства, полученные от анонимного свидетеля, были не «первоклассными», но не такими дефектными, как в первом деле, и в любом случае не были единственными.

Европейский суд призывает использовать показания анонимных свидетелей «осторожно» и стараться по мере возможности компенсировать дефектность таких доказательств дополнительными процедурными гарантиями для защиты, в том числе определять, насколько сохранение анонимности свидетеля было действительно необходимо. При этом Суд иногда сам исследует факты дела, а иногда проверяет, как это делали национальные суды. Так, судья, проводивший допрос анонимного свидетеля, должен, во-первых, исследовать данные о его личности (даже если они недоступны защите) и, во-вторых, установить причины, по которым свидетель пожелал сохранить анонимность («*Kok v. the Netherlands*» от 4 июля 2000 года).

Какие причины признавались Европейским судом уважительными для сохранения анонимности? Это, например, страх мести со стороны обвиняемого («*Kok v. the Netherlands*») или необходимость для полиции сохранить ценного информатора на будущее время («*Van Mechelen and Others v. the Netherlands*» от 23 апреля 1997 года). Однако суды должны действительно оценить опасности, связанные с оглашением имени свидетеля, а не ссылаться просто на тяжесть вмененного преступления («*Krasniki v. the Czech Republic*» от 28 февраля 2006 года). Должны быть объективные основания для введения анонимности свидетеля, это нельзя делать просто потому, что так легче.

При этом существенной процессуальной гарантией остается раскрытие личности свидетеля перед судьей, проводящим допрос. Им необязательно должен быть тот же самый судья, который решает главный вопрос дела, — им может быть следственный судья или иной судебный орган, действующий в рамках, например, отдельного поручения, при этом недостаточно допроса судьей только полицейского, допрашивавшего анонимного свидетеля¹. У судьи должна быть возможность оценить правдивость показаний последнего.

Кроме того, Европейский суд также оценивает, насколько была ограничена возможность защиты задавать вопросы ано-

¹ См.: Néve M., Kuty Fr., Berbuto S. Le témoignage anonyme // Journal des tribunaux, Belgique. 2003. 12 Avril. N 6093. P. 279.

нимному свидетелю. ЕСПЧ (так же, как и практика многих европейских стран в этой части) допускает использование различных технических средств, позволяющих проводить допрос свидетеля с сохранением его анонимности (закрытое слушание, использование аудиосвязи, помещение свидетеля за перегородку, за которой его не видно, использование грима и т.д.)¹. При этом действует принцип «минимального вмешательства»: метод сокрытия личности свидетеля должен соответствовать ситуации. Так, в упоминавшемся уже деле «*Lüdi v. Switzerland*» Суд решил, что, раз уж обвиняемый знал в лицо полицейского информатора, можно было провести его личный допрос (не раскрывая других его данных). Возможность для стороны защиты сформулировать вопросы для их постановки перед свидетелем также может учитываться как дополнительная процедурная гарантия².

Некоторые комментаторы³ полагают, что Суд после решения «*Kok v. the Netherlands*» стал рассматривать вопрос о весе доказательства, представленного анонимным свидетелем, в его единстве с критерием «процедурных гарантий» для защиты, которыми было обставлено исследование такого доказательства.

5. Очная ставка на следствии и возможность ссылаться на нее в качестве основания для отказа от допроса в суде

Показания на очной ставке и замена ими допроса в суде

В ряде стран (Италия, Франция) предварительное следствие находится в руках следственного судьи. Это специфическая фигура, которая по статусу и ряду других характеристик принадлежит к судебной власти, хотя многие авторы полагают, что он скорее выполняет функцию обвинителя. Во всяком случае, присутствие следственного судьи на первоначальных стадиях процесса приближает процедуру получения показаний к судебной и, следовательно, может компенсировать отсутствие полноценно-

¹ См.: Там же.

² См.: Там же. В этом деле защита задавала вопросы через следственного судью, который потом повторял их свидетелю, выслушивал его ответ и пересказывал его защите.

³ См. мнение судьи лорда Манса, в деле «*R v. Davis*», § 86.

го исследования свидетельских показаний «настоящим» судьей (рассматривающим дело по существу).

В уже упоминавшемся деле «*Isgrò v. Italy*» приговор в отношении заявителя был построен на показаниях свидетеля, которого не удалось допросить в суде, так как он исчез и его розыски ни к чему не привели. Вместе с тем этот свидетель был дважды допрошен на предварительном следствии следственным судьей с участием заявителя, который имел возможность задать свидетелю вопросы. В этом деле Суд отдельно отметил, что беспристрастность следственного судьи сторонами не ставилась под сомнение. Суд также отметил, что приговор в отношении заявителя строился и на других показаниях.

Интересно, что при очной ставке с участием заявителя его адвокат отсутствовал, но Суд решил, что в связи с этим обстоятельством никаких вопросов по статье 6 не возникнет, так как прокурор тоже отсутствовал. Этот аргумент (отсутствие прокурора), на наш взгляд, абсолютно неуместен. Присутствие или отсутствие государственного обвинителя важно при определении того, было ли соблюдено процессуальное равенство сторон (статья 6, § 1), однако право на помощь адвоката не должно зависеть от присутствия прокурора — это самостоятельное право по Конвенции, гарантированное статьей 6, § 3 (с).

Суд, рассматривая процедуру очной ставки, также отметил, что предмет очной ставки не требовал помощи адвоката. Похоже, Суд обратил внимание на то, что сутью очной ставки было выяснение фактических несоответствий в показаниях свидетеля и самого обвиняемого (заявителя). Однако эта позиция тоже не кажется убедительной. Адвокат нужен в процессе не только для помощи по вопросам права — он во всех случаях имеет право присутствовать и при выяснении вопросов факта, помогая своему подзащитному в их исследовании.

Особой проблемой, возникающей перед защитой в связи с допросом на очной ставке, является неполнота информации об обвинении и обвинительном материале. В российском процессе (как и во многих других странах) сторона защиты получает доступ к материалам уголовного дела только после окончания предварительного следствия. Соответственно не всегда на стадии предварительного следствия у защиты есть возможность сформулировать все вопросы, которые она могла бы задать перед судом (отчасти эта проблема была отмечена в деле «*Bricmont v. Belgium*», постановление от 7 июля 1989 года). С этой точки зрения очная

ставка также является ненадлежащей заменой допроса свидетеля в ходе судебного разбирательства.

В деле «*Vladimir Romanov v. Russia*» (постановление от 24 июля 2008 года) заявитель имел возможность поговорить со свидетелем на очной ставке, но после этого свидетель изменил свои показания, и именно его новые показания были положены в основу приговора. Европейский суд в этом деле нашел нарушение статьи 6, § 1, в связи с отсутствием этого свидетеля в судебном разбирательстве.

Представляется, что даже допрос защитой свидетеля на следствии или на предыдущем судебном процессе, перед лицом другого суда, не может заменить допроса перед лицом того суда, который рассматривает дело и в конечном счете решает, говорит ли свидетель правду. С этой точки зрения недостаточно того, что Европейский суд ранее фокусировал свое внимание не на отношениях «судья — свидетель», а на отношениях «подсудимый — свидетель»¹. Однако ситуация в этом смысле меняется. В недавнем деле «*Melnikov v. Russia*» (постановление от 14 января 2010 года) Суд решил, что показания обвиняемого, даже подтвержденные на очной ставке, не могут быть твердым основанием для обвинительного приговора. Как заметил ЕСПЧ, в этом деле адвокат обвиняемого не присутствовал на очной ставке. Более того, очная ставка проходила перед лицом следователя, а не судьи (как в деле «*Isgrò*», например), у суда же, рассматривавшего дело заявителя, не было возможности оценить поведение свидетеля и сделать выводы о его правдивости. Наконец, в этом деле суды не приложили достаточных усилий к поиску свидетеля. Европейский суд нашел в этом деле нарушение статей 6, § 1 и 3 (d), Конвенции. Европейский суд сосредоточился как раз на отношениях «судья — свидетель» и на вопросе правовой помощи в большей степени, чем на вопросе о том, была ли у подозреваемого возможность выслушать свидетеля обвинения лично.

§ 9. Эксперты и специалисты

Хотя эксперт в некоторых контекстах попадает в категорию «свидетель» (в том смысле, в каком этот термин понимается Европейским судом в контексте статьи 6, § 3 (d), например в том,

¹ Судья лорд Филип обращает внимание на этот аспект практики Европейского суда в деле «*Horncastle*», § 75.

что касается его допроса в суде), его нельзя во всем приравнивать к свидетелю — очевидцу каких-то событий.

Эксперт не является источником информации о событиях, которые он наблюдал, — он получает в свое распоряжение вещественное доказательство, документ и т.п. и на их основе делает свои выводы, представляя, таким образом, суду не самую первичную информацию, а продукт ее переработки, свой собственный анализ, хотя его заключения основаны на признанной научной методике, что должно обеспечивать их достоверность. Вместе с тем в отличие от свидетеля, который не имеет задачи высказывать свое мнение по делу, эксперт такую специфическую задачу имеет.

Положение эксперта в процессе и его роль «научного судьи»: требование его независимости и беспристрастности

Такое положение эксперта в процессе позволяло некоторым ученым (к их числу, например, относились знаменитый психиатр Сербский и дореволюционный процессуалист Владимирский¹) говорить о его роли «научного судьи», мнение которого часто предрешает ключевой фактический вопрос в деле. В этом случае нужно признать: если эксперт принимает на себя даже малую толику судейской функции, он должен, хотя бы в какой-то мере, соответствовать критериям независимости и беспристрастности, каковые, строго говоря, не требуются от обычных свидетелей. Конечно, предполагаемая пристрастность свидетеля, остающегося все равно незаменимым в своей процессуальной функции, может повлиять на оценку его показаний судом, который свободен в оценке доказательств. В то же время пристрастность эксперта должна быть безусловным основанием для его отвода.

Сложно сказать, насколько практика Европейского суда учитывает эти нюансы положения эксперта в процессе. В ряде дел Суд отметил, что статья 6, § 1, требует беспристрастности суда и не требует, во всяком случае в прямых выражениях, того же от эксперта (см. дело «*Sara Lind Eggertsdóttir v. Iceland*», постановление от 5 июля 2007 года, § 47). В деле «*Shulepova v. Russia*» (постановление от 11 декабря 2008 года) Суд заметил, что «требования беспристрастности и независимости, закрепленные в статье 6, § 1, не применимы к экспертам» (это дело будет рассмотрено

¹ См.: Познышев С.В. Элементарный учебник уголовного процесса. М.: Изд-во Лемана, 1913. С. 195.

ниже); такого же рода утверждение имеет место и в ряде других дел, например в решении о приемлемости по делу *«Zarb v. Malta»* от 4 июля 2006 года.

Упоминание о том, что «независимость» эксперта не установлена напрямую, означает следующее — Суд не готов высказаться окончательно на эту тему. Наверное, это правильный подход — в конце концов, судья может согласиться, а может и отвергнуть выводы эксперта. Признавая всю важность заключения эксперта в процессе, нельзя не отметить, что за ним не остается последнего слова даже в разрешении вопроса, поставленного перед ним, последнее слово всегда за судьей. И до тех пор, пока судья может не согласиться с мнением эксперта, эксперт остается таким же участником процесса как свидетель (хотя и со специфическими функциями). Вместе с тем реалии процесса таковы, что в некоторых делах заключение эксперта, по сути, предопределяет решение судьи. Именно поэтому Суд в ряде решений упоминал о таком качестве эксперта, как «нейтральность».

1. Нейтральность эксперта в практике Суда

Дело *«Brandstetter v. Austria»* (постановление от 28 августа 1991 года) — одно из австрийских дел, в которых речь шла об экспертизе качества пищевых продуктов. Уголовное дело об обмане потребителей против заявителя завели по результатам проверки, которая установила, что в разливаемое им вино заявитель добавлял воду. Забор и первоначальную экспертизу образцов вина проводил сотрудник сельскохозяйственного института. По утверждению заявителя, при заборе вина использовалась грязная посуда с остатками воды на дне бутылок, в которые наливалось вино.

Заявитель, со своей стороны, заказал экспертизу образцов вина у своего эксперта, из института продовольственных товаров. Тот заключил, что в вине не было воды. Обе экспертизы были представлены в суд.

В суде заявитель потребовал назначить дополнительную экспертизу для разрешения противоречия между двумя письменными отчетами. Суд согласился и поручил ее проведение сотрудникам сельскохозяйственного института, чья первоначальная экспертиза привела к возбуждению уголовного дела. Заявитель просил назначить независимую экспертизу и предложил своего эксперта, но суд отказался его заслушать. В задачу судебного экс-

перта входило оценить качество вина в «сравнительных образцах продукции», которые при инспекции были изъяты и опечатаны на случай будущих разногласий. Экспертиза, проведенная в суде, подтвердила результаты первой экспертизы сельскохозяйственного института, в результате чего заявитель был осужден за обман потребителей.

Европейский суд в этом деле отметил прежде всего, что эксперт, строго говоря, не является свидетелем в смысле статьи 6, § 3 (d), но что ситуацию с экспертом можно рассмотреть по статье 6, § 1, которая (будучи в этом случае *lex generalis*) устанавливает принцип процессуального равенства сторон. Суд особо отметил, что при рассмотрении жалобы он будет оценивать специфическую функцию, выполняемую экспертом в процессе.

*Принцип процессуального равенства сторон
в связи с проведением экспертизы*

Европейский суд подчеркнул, рассматривая судебную экспертизу, что назначенный австрийским судом эксперт не был тем же самым сотрудником сельскохозяйственного института, который произвел забор материалов и на небрежность которого заявитель списывал присутствие воды в исследованных образцах. Хотя оба эксперта работали в одном учреждении, из этого не следовало, что у второго эксперта нет «достаточной нейтральности». Европейский суд отметил, что иной подход сделал бы невозможной экспертизу в целом ряде случаев.

Далее Суд обратил внимание на тот факт, что заявитель поднял вопрос о заинтересованности эксперта не в тот момент, когда австрийский суд назначил его, а только после оглашения результатов судебной экспертизы, неблагоприятных для заявителя.

Интересно, что Суд отказался рассматривать судебного эксперта из сельскохозяйственного института как «свидетеля со стороны обвинения» и в результате сделал вывод, что отказ вызвать эксперта, предложенного защитой, не нарушал принципа процессуального равенства. Суд также заметил, что Конвенция не предполагает права на вызов эксперта, предложенного защитой, в тех случаях, когда судебный эксперт поддерживает выводы стороны обвинения.

Из этого решения можно сделать несколько выводов. Во-первых, от эксперта, в принципе, может требоваться нейтральность. Однако это требование не будет очень строгим: принад-

лежность к одному и тому же исследовательскому институту не свидетельствует сама по себе об отсутствии нейтральности.

Отсутствие у подсудимого права предлагать экспертов

Во-вторых, проведение встречной экспертизы остается на усмотрение суда: у подсудимого есть право предоставлять свидетелей в свою пользу, но нет права предлагать экспертов (именно потому, что роль эксперта воспринималась Судом в этом деле как роль нейтрального исследователя, а не свидетеля со стороны защиты или обвинения).

Вместе с тем дело «*Brandstetter*» оставляет без ответа несколько вопросов. Прежде всего, насколько легитимно использовать такой аргумент, как практическая невозможность обеспечить абсолютно независимую экспертизу в каких-либо специфических областях знания? Этот аргумент высказывался правительствами в ряде других дел, но был отвергнут Судом (см., например, дело упоминавшееся уже дело «*Sara Lind Eggertsdottir v. Iceland*», § 41). Представляется, что в статье 6 существуют гарантии разного порядка, и если какие-то могут иметь ограничения по практическим соображениям (дороговизна, сроки, организационные сложности), то некоторые гарантии (в первую очередь требования беспристрастности и независимости) являются абсолютными.

Второй вопрос, возникающий в деле «*Brandstetter*», касается аргумента о непоследовательном поведении стороны защиты, которая в момент назначения экспертизы не жаловалась на пристрастность эксперта, а подняла этот вопрос только после того, как экспертиза была произведена. Пришел бы Суд к выводу об отсутствии нарушения, если бы защита сразу, до проведения экспертизы, заявила отвод эксперту?

Различная оценка ЕСПЧ

*статуса назначаемого судом судебного эксперта
и «свидетеля-эксперта», вызываемого стороной*

В ряде дел Суд обращал внимание на специальный статус эксперта. В деле «*Bönisch v. Austria*» от 6 мая 1985 года, где ЕСПЧ нашел нарушение статьи 6, § 1, выводы Суда основывались на различии, которое австрийское право проводило между «судебными экспертами», которых назначал суд и в задачи которых входила нейтральная помощь суду в исследовании какого-либо вопроса, и «свидетелями-экспертами», которые вызывались

в суд по требованию сторон. У «судебного эксперта» были дополнительные права, которых не было у «свидетеля-эксперта»: «судебный эксперт» мог находиться в зале заседания в течение всего процесса, ставить вопросы сторонам и свидетелям и даже давать свои комментарии в определенный момент (с разрешения председательствующего). Кроме того, закон напрямую указывал судье, что по такого рода делам «судебным экспертом» должен выступать сотрудник определенного исследовательского института. Применение этой нормы привело к тому, что «судебным экспертом» в процессе заявителя был тот же человек, который проводил первую экспертизу, послужившую причиной возбуждения дела. Наконец, австрийский суд в этом деле отдельно отметил в приговоре, что показания «судебного эксперта» играли решающую роль в оценке судом фактов дела.

Представляется, что Европейский суд был здесь озабочен особыми процессуальными полномочиями «судебного эксперта» по сравнению со «свидетелем-экспертом», предложенным заявителем. Подобная ситуация в России невозможна. У нас не делается различия между экспертами разных категорий. Во всяком случае, такого различия УПК РФ не делает прямо. Однако формулировка ч. 2 статьи 195 наводит на мысль, что эксперты государственных экспертных учреждений все же «главнее»: «Судебная экспертиза производится государственными судебными экспертами и иными экспертами из числа лиц, обладающих специальными знаниями». Негосударственные эксперты указаны в числе «иных», во вторую очередь. На такую же мысль наводят и формулировки постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2010 года № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам». На практике, как известно, заключения специализированных государственных экспертных учреждений принимаются судами значительно охотнее, чем заключения различных частных институтов и частнопрактикующих экспертов. Подобного рода ситуации, хотя они и не укладываются, строго говоря, в логику дела «*Bönisch*», тем не менее встречались в практике Европейского суда.

*Конфликт интересов эксперта нарушает
требование беспристрастного суда*

В уже упоминавшемся деле «*Sara Lind Eggertsdottir v. Iceland*» заявитель подал иск против медицинского учреждения, жалуясь на неадекватную медицинскую помощь. При рассмотрении это-

го дела в качестве эксперта выступало исландское бюро медико-судебной экспертизы, члены которого являлись сотрудниками того же самого медицинского учреждения, которое и было предположительно причинителем вреда. Европейский суд, рассматривая это дело, нашел нарушение статьи 6 Конвенции в связи с наличием у членов бюро медико-судебной экспертизы конфликта интересов: по сути, им было предложено решить, насколько действия их коллег по госпиталю были профессиональными. Их непосредственный начальник находился в числе тех, кто заявлял о своей поддержке апелляции против решения суда нижестоящей инстанции (которое было в пользу заявителя).

Европейский суд при этом отметил установленную законом роль бюро как органа, представляющего заключения для судов. Из этого Суд заключил, что мнение бюро имело особый вес по сравнению с мнением любого другого эксперта (§ 49 постановления Суда). Это было также ясно из решения Верховного суда Исландии, который придал особый вес заключению бюро.

В этом деле Европейский суд нашел нарушение не только принципа процессуального равенства сторон, но и требования беспристрастности суда! Иначе говоря, решение бюро судебно-медицинской экспертизы здесь было воспринято как часть судебного решения с точки зрения институциональных гарантий статьи 6, а не только как эпизод судебной процедуры.

При этом Европейский суд несколько не сомневался в беспристрастности самого Верховного суда Исландии. Кроме того, из решения Суда не следует, что мнение бюро судебно-медицинской экспертизы было обязательным для Верховного суда *de jure*. Как следует из решения, у Верховного суда была полнота юрисдикции в этом деле, и тем не менее Европейский суд нашел в себе смелость утверждать, что конфликт интересов внутри бюро (экспертного органа) нарушает принцип беспристрастности суда!

Решение по делу «*Sara Lind Eggertsdottir*» отражает если не формальную сторону вопроса, то как минимум реальный вес государственного эксперта в судебном процессе. Европейский суд в исландском деле сделал акцент на двух критериях: на том, что полномочия эксперта как основного поставщика экспертных услуг для суда установлены в законе, и на том, что суд в приговоре опирался в значительной степени на заключение «государственного» эксперта. Представляется, что этим условиям соответствуют многие российские дела.

Равенство сторон при назначении экспертизы

Проанализированное выше исландское дело входит в диссонанс с выводами суда в одном недавнем российском деле, о котором уже упоминалось «*Shulepova v. Russia*», где речь шла о гражданском процессе, но обсуждался вопрос, общий и для гражданской, и для уголовной процедуры, — о равенстве сторон при назначении экспертизы по делу.

В этом деле Суд отметил, что требование беспристрастности не распространяется на экспертов. Однако тут же, сравнивая российское дело с исландским делом «*Sara Lind Eggertsdottir*», Суд указал в § 64, что во втором было найдено нарушение принципа процессуального равенства сторон. В действительности в исландском деле Суд нашел двойное нарушение: и принципа беспристрастности суда, и принципа процессуального равенства сторон. Именно вывод о двойном нарушении представляется в определенной мере не согласующимся с той позицией, которую Суд занял в российском деле, утверждая, что от экспертов не требуется беспристрастности. Как бы то ни было, в российском деле Суд также нашел нарушение статьи 6, § 1, в связи с тем, что эксперты, назначенные судом, были сотрудниками того самого госпиталя, против которого был заявлен иск.

В российском деле, которое по существу касалось обоснованности водворения заявительницы в психиатрическую клинику, Суд сделал одно очень важное замечание относительно судебно-психиатрической экспертизы: «Не имея специальных познаний в медицине, судьи были вынуждены придать особый вес мнению экспертов в отношении медицинских вопросов, которые были решающими для исхода дела» (§ 66). Эта фраза в действительности является очень значимой для будущих российских дел. Эксперт всегда необходим, когда у судьи нет специальных познаний в какой-то области. Это значит, что по логике Суда любая экспертиза будет иметь «особый вес» в решении суда.

Далее Суд сравнил положение эксперта, назначенного судом, и эксперта, предложенного защитой. Суд посчитал, что в России эксперт, назначенный судом, «по своей природе и статусу должен быть нейтральным и беспристрастным помощником суда» и в связи с этим его показания будут иметь больший вес, чем показания эксперта (*expert witnesses*) со стороны защиты.

Наконец, Суд отметил, что в этом деле госпиталь, являвшийся ответчиком по делу и одновременно предоставивший экспер-

тов, не был единственным компетентным экспертным учреждением и, следовательно, существовала возможность поручить проведение экспертизы третьей стороне, не связанной так тесно с ответчиком.

По сумме этих факторов Суд пришел к выводу о нарушении требования процессуального равенства сторон.

Данное дело вызывает множество вопросов.

Во-первых, непонятно, как Суд оценивает «практический» аргумент в этом деле (невозможность провести экспертизу в другом месте). Если предположить, что единственный доступный специалист в этой сфере работает в госпитале, который одновременно является ответчиком, можно ли ему в таких крайних обстоятельствах поручать экспертизу? Можно ли пожертвовать справедливостью из практических соображений?

Во-вторых, мнение эксперта здесь приравнивается к мнению суда — из решения следует, что судья всегда должен согласиться с мнением эксперта. Однако в российском праве существуют достаточно широкие возможности для суда не принять выводы эксперта, проверить их, а у сторон — опровергнуть. Судью нельзя представлять беспомощной игрушкой в руках эксперта.

Третий вопрос связан с толкованием российского права. В постановлении Суда не указано, почему он решил, что показания эксперта, назначенного судом, имеют больший вес, чем показания эксперта, предложенного стороной. Суд употребляет в этом деле термин *expert witness*, который в уголовно-правовом контексте часто используется для перевода уголовно-правового термина «специалист». Однако в деле «*Shulepova*» речь идет о гражданском процессе. Имел ли Суд в этом случае в виду и фигуру «специалиста» в гражданском процессе (статья 188 ГПК), сказать сложно. Во всяком случае, и специалист, и эксперт получают свой процессуальный статус «от суда» (в статье 188 говорится о том, что «суд может привлекать специалиста») и без детального сравнения их полномочий (чего в деле «*Shulepova*» не было сделано) сложно судить о том, чьи исследования будут *a priori* иметь больший вес в процессе (хотя исходя из практического понимания логики российского процесса с Судом трудно не согласиться).

В целом дело «*Shulepova*» достаточно противоречиво. С одной стороны, Суд замечает, что к экспертам неприменимо требование беспристрастности, с другой — нарушение процессуального равенства сторон найдено именно на том основании, что эксперт был пристрастным. Может быть, от эксперта не

требуется «беспристрастность» того же уровня и качества, какие характерны для судьи. Но, как уже продемонстрировано выше, согласно позиции Суда от эксперта — при условии, что он занимает какое-то «эксклюзивное» положение в процессе, — требуется нейтральность.

Именно оценка этой «нейтральности» сопряжена со значительными сложностями. В деле «*Brandstetter*» принадлежность эксперта к исследовательскому институту, который давал первое неблагоприятное заключение, не убедила Суд в том, что принцип нейтральности был нарушен.

2. Право на проведение контрэкспертизы

Предложение защиты назначить дополнительную или повторную экспертизу относится к праву защиты активно собирать и представлять доказательства в свою пользу, которое является, в принципе, «слабым» правом. В этой сфере Суд признает за национальными судами очень широкую свободу усмотрения в определении того, нужно ли получать дополнительное мнение эксперта.

Вместе с тем тесная связь эксперта с ответчиком (как в исландском и российском делах) может свидетельствовать об отсутствии нейтральности. Значит ли это, что суд должен в таких делах «уравновесить» эксперта со стороны обвинения путем приглашения эксперта со стороны защиты?

*Ведомственная экспертиза
и возможность уравновесить
ее приглашением эксперта со стороны защиты*

В уголовной процедуре Суд предположительно будет исходить из того, что эксперт, даже и принадлежащий в какой-то степени к системе органов прокуратуры, полиции или иных правоохранительных органов, является *a priori* нейтральным. Об этом было сказано в упоминавшемся выше деле «*Zarb v. Malta*», в котором заявитель жаловался на то, что экспертное заключение о принадлежности ему отпечатков пальцев было сделано дактилографами-полицейскими. Суд отметил, что это обычное дело и полиция может использовать своих экспертов (которые часто бывают единственными специалистами в какой-то области) в таких ситуациях. Более того, в действиях полицей-

ских экспертов не было ничего такого, что свидетельствовало бы об их пристрастности.

Последний аргумент очень интересен. Он показывает, что Суд, наверное, готов был бы рассмотреть эту жалобу, если бы в действиях полицейских экспертов были признаки пристрастного подхода к делу. То есть «нейтральность» здесь может определяться не только по объективным критериям (принадлежность к какому-либо органу или связь с лицом), но и по поведению самого эксперта.

Вместе с тем есть дела, в которых нейтральность эксперта ставилась под сомнение теми обстоятельствами, в которых проводилась экспертиза.

В деле *«Stoimenov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia»* (постановление от 5 апреля 2007 года) заявитель подозревался в хранении и попытке продажи нескольких килограммов опийного полуфабриката (смолы). Сам он утверждал, что вещество, изъятое у него, было произведено и использовалось для медицинских целей, хранилось со времен Второй мировой войны и уже не содержало, в силу длительности хранения, морфина (который является главным наркотическим компонентом опия). Иначе говоря, вопрос о химическом составе изъятого вещества был ключевым для квалификации деяния как уголовно наказуемого.

Государственное бюро судебной экспертизы, которое провело анализ вещества, заключило, что это вещество является наркотиком. В ходе суда заявитель потребовал провести повторную экспертизу. Он указывал на недостатки первоначальной экспертизы и на то, что именно она была основной причиной возбуждения уголовного дела против него. Однако суд отклонил ходатайство, посчитав, что первая экспертиза заслуживает доверия и не требует проверки. Суд второй инстанции к этому добавил, что от долгого хранения опиум становится только «лучше» (этой информации в экспертном заключении не было). У заявителя же не было возможности самому провести экспертизу вещества с помощью своих экспертов, так как «смола» была конфискована правоохранительными органами.

Европейский суд заметил, что экспертиза в этом деле была проведена по инициативе не суда, а прокуратуры. В такой ситуации у заявителя могли возникнуть сомнения в объективности экспертного учреждения, и эти сомнения были объективно обоснованными. В то же время у него самого не было возможности

исследовать с помощью своих экспертов вещество, о котором шла речь. Напускаясь в длительные рассуждения, Суд решил, что в этом деле македонские суды были обязаны назначить проверочную экспертизу, т.е. вопреки мнению македонских властей посчитал, что дополнительное доказательство (экспертиза) было необходимо для справедливого рассмотрения дела.

Такие дела являются исключениями в практике ЕСПЧ, который признает, что необходимость проведения дополнительных исследований вещественных доказательств должна оцениваться в первую очередь национальными судами, а не Европейским судом¹. Европейский суд может вмешаться только там, где необходимость провести повторную или дополнительную экспертизу абсолютно очевидна, например если эксперт, назначенный по инициативе государственного обвинителя, резко меняет свои показания на суде. Таковы были обстоятельства дела «*G.B. v. France*» (постановление от 2 октября 2001 года), в котором эксперты-психиатры представили относительно благоприятный для защиты отчет, но во время допроса в суде резко поменяли свое мнение на определенно неблагоприятное в связи с тем, что им были предоставлены новые данные о заявителе, описывающие, в частности, некоторые эпизоды из его прошлого. В таких обстоятельствах суд должен был удовлетворить ходатайство защиты о проведении повторной экспертизы.

3. Участие защиты в проведении экспертизы

Экспертиза относится к числу тех следственных действий, в производство которых обвиняемый если и вовлекается, то далеко не всегда (в тех случаях, когда экспертиза касается состояния его здоровья, требуется отбор сравнительных образцов и т.д.). Такая ситуация является нормальной для многих европейских стран². Более того, Конвенция не требует от следствия заранее сообщать защите о проведении экспертизы — безусловным требованием является лишь право защиты ознакомиться с ее результатами и оспорить их в суде.

¹ См.: Reid K. A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights. London : Thomson, Sweet and Maxwell, 2008. P. 125

² См. пример Бельгии в: Jacobs A. L'arrêt Cottin C. Belgique ou l'irrésistible marche vers l'expertise contradictoire en matière pénale // Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme. 2007. N 69. P. 222 et seq.

*Состязательность процедуры по проверке
результатов экспертизы в суде и состязательность
в процедурах самой экспертизы*

Однако Суд все ближе подходит к признанию того, что защита должна быть как можно больше вовлечена в производство экспертизы, а не только в изучение ее результатов.

Обратимся к делу «*Cottin v. Belgium*» (постановление от 2 июня 2005 года). Заявитель в этом деле обвинялся в причинении телесных повреждений, и суд назначил экспертизу потерпевшего, чтобы установить тяжесть этих повреждений (что было важно для уголовно-правовой квалификации деяния). Правительство утверждало, что, хотя заявитель и не мог принять участия в экспертизе, у него была возможность оспорить ее результаты, а также попросить суд провести дополнительную или повторную экспертизу. Заявитель, напротив, утверждал, что возможность оспорить результаты экспертизы в процессе была чисто теоретической, что он был лишен возможности назначить своего эксперта для исследования потерпевшего в тот момент, когда проводилась экспертиза, назначенная судом, и что он не мог задавать вопросы потерпевшему в ходе его обследования. Любая новая экспертиза происходила бы в таких же условиях.

Европейский суд, обсуждая эту жалобу, начал свой анализ с общего замечания. Он заметил, что требование «состязательности» касается разбирательства перед лицом судьи. Статья 6 не дает сторонам абсолютное право всегда и в любых условиях участвовать в проведении экспертизы, назначенной судом, присутствовать при допросах, которые эксперт может проводить, и получать для ознакомления материалы, предоставленные эксперту на исследование. Для Суда скорее важно, насколько процедура перед лицом судьи по проверке результатов экспертизы была «состязательной».

Однако далее Суд решил отступить от этого общего правила по следующим соображениям. Суд отметил, что, действительно, заявитель не мог участвовать на условиях «состязательности» в проведении экспертизы — он мог на таких условиях только оспаривать ее результаты. ЕСПЧ также отметил, что вопрос, поставленный перед экспертом (о тяжести телесных повреждений и их последствиях), был главным вопросом, который следовало разрешить бельгийскому суду. Этот вопрос был медицинского характера, и судьи не были компетентны сами

на него отвечать. Хотя с правовой точки зрения суд не был связан выводами экспертизы, реально она играла решающую роль в выводах суда (на что указал и суд апелляционной инстанции в своем решении по делу).

Европейский суд далее отметил, что у заявителя не было возможности принять участие в осмотре потерпевшего (который во время осмотра находился рядом со своим личным врачом-консультантом), хотя никакие технические причины не мешали заявителю это сделать. У заявителя не было возможности опросить потерпевшего, ознакомиться с документами, которые были предоставлены медицинскому эксперту, и попросить его провести дополнительные исследования. В таких условиях заявитель не имел никакого влияния на ход экспертизы до того момента, как результаты экспертизы были представлены суду. По мнению Суда, в таких обстоятельствах возможность оспорить эти результаты не могла компенсировать отсутствие возможности повлиять на ход проведения экспертизы.

В «*Cottin*», на наш взгляд, процедура экспертизы приравнивается, по сути, к процедуре судебного рассмотрения дела. Заявленное здесь требование, прямо противоречащее общему принципу, который Суд декларирует в начале своего анализа, можно сформулировать следующим образом: в тех случаях, когда предмет экспертизы является решающим для дела (что имеет место в большом числе дел) и существует техническая возможность вовлечь обвиняемого в ее проведение (а такая возможность есть почти всегда, когда обвиняемый известен), ему должна быть предоставлена возможность присутствовать при проведении исследования, давать комментарии, делать предложения и исследовать первичные материалы, на которые опирается эксперт.

Это очень радикальное требование, особенно для систем, в которых экспертизы традиционно проводились «за закрытыми дверями», таких как российская система. Надо отметить, что это требование — состязательности в рамках проведения экспертизы — было сформулировано не только в деле «*Cottin*», но и в ряде других дел, например касающихся экспертных заключений по гражданским делам. Так, в деле «*Mantovanelli v. France*» (постановление от 18 марта 1997 года) Суд нашел нарушение статьи 6, § 1, в связи с невозможностью для защиты участвовать в проведении экспертизы и в опросе тех лиц, с которыми работал эксперт.

Интересно, как сформулировала свою позицию Комиссия, рассматривавшая до Суда жалобу по этому делу: «...такого рода

экспертное исследование, которое заказано судом и проводится под его эгидой, является неотъемлемой частью процедуры. Так как суд не мог сам по себе оценить все технические моменты, которые надо было установить, исследование, проводимое экспертом, по существу смыкалось с исследованием доказательств самим судом». Суд согласился с Комиссией и признал нарушение статьи 6, § 1.

*Российская практика участия защиты
при назначении экспертизы*

В российской практике защита может принимать участие в назначении экспертизы и формировании вопросов (статья 198 УПК РФ); вместе с тем действия следствия по назначению экспертизы не могут быть обжалованы в суд в рамках статьи 125 УПК¹. Защита, однако, может просить о производстве повторной или дополнительной экспертизы. Пожалуй, это не самое удачное решение, потому что иногда объект исследования утрачивается или видоизменяется в ходе первой же экспертизы и новое исследование провести невозможно. С учетом того что Европейский суд стал воспринимать экспертизу как действие, которое предполагает некоторое участие защиты в момент его совершения (а не только в момент обсуждения результатов, полученных в ходе этого следственного действия), было бы полезно как минимум предоставить защите возможность обжаловать действия следователя на этом этапе. Как нам представляется, подход Европейского суда здесь перекликается с позицией Конституционного Суда Российской Федерации, который в определении от 18 декабря 2003 года № 429-О решил, что у защиты должно быть право получать информацию о квалификации эксперта для того, чтобы иметь возможность заявить ему отвод.

§ 10. Очевидно ненадежные доказательства

В большинстве современных систем уголовного судопроизводства (включая российскую) господствует принцип свободной оценки доказательств, согласно которому доказательства не имеют заранее установленной силы, достоверность, надежность доказательства определяется судьей в соответствии с его

¹ См.: Определение СК ВС РФ от 31 июля 2006 года по делу № 35-Д06-5. Архив ВС РФ. 2006. Цит. по: Практика применения УПК РФ. С. 225.

внутренним убеждением. Это сфера, в которой у национального судьи самая широкая свобода усмотрения. Однако эта свобода не безгранична. Судья связан требованиями формальной допустимости доказательств, установленных национальным законодательством, а иногда и судебной практикой.

Вопрос о весе и достоверности доказательств Европейский суд доверяет решать национальным судам, не вмешиваясь в их дискрецию в этом вопросе. Суд не пытается ответить *in abstracto* на такие вопросы, как «можно ли принимать во внимание показания малолетнего свидетеля», или «как следует учитывать показания бывшей жены обвиняемого, с которой он несколько лет назад развелся и поделил имущество», или «заслуживают ли доверия слова наркомана». Максимум, на что решается Суд, это высказывать осторожные сомнения в том, насколько то или иное доказательство является доброкачественным и надежным. Однако такие сомнения, как правило, не приводят к тому, чтобы Суд находил нарушения в конкретных делах, — скорее, Суд демонстрирует государствам, что только в крайних случаях он сможет пересмотреть решения национальных судов по этому вопросу.

*Показания обвиняемых, выбравших тактику
сотрудничества с органами расследования*

В качестве примера можно рассмотреть практику Суда по вопросу об использовании показаний обвиняемых, которые выбирают путь сотрудничества со следствием и дают признательные показания, причем очень часто не бескорыстно, а для смягчения своей участи или даже в рамках формализованной сделки со следствием, иногда получая в результате полный иммунитет от уголовного преследования.

Европейский суд, сталкиваясь с такими ситуациями, не устает повторять, что «использование показаний, данных свидетелем в обмен на иммунитет от уголовного преследования или на иные преимущества, может поставить под сомнение справедливость судопроизводства в отношении обвиняемого и поднять очень сложные вопросы, так как такими показаниями можно манипулировать и свидетель может давать их только для того, чтобы получить преимущества, или же из личной мести» (постановления по делам «*Verhoek v. the Netherlands*» от 27 января 2004 года, «*Erdem v. Germany*» от 9 декабря 1999 года, «*Mambro and Fioravanti v. Italy*» от 9 сентября 1998 года).

В то же время Суд каждый раз подчеркивал, что само по себе использование таких показаний не делает судопроизводство несправедливым. Суд, в соответствии со своим обычным подходом, изучает, каким образом это доказательство было получено, приобщено и исследовано на национальном уровне. Так, в деле «*Cornelis v. the Netherlands*» (решение от 25 мая 2004 года) Суд, не найдя нарушения в связи с использованием подобных доказательств, обратил внимание на процедурные гарантии, которыми могла воспользоваться защита: между свидетелем и прокуратурой была формально заключена сделка, содержание которой и полученные в результате показания были сообщены защите; у защиты была возможность допросить самого свидетеля в суде лично и оспорить надежность данных им показаний; внутренние суды тщательно оценили и ответили на все его возражения и принимали в расчет потенциальную ненадежность такого рода показаний; наконец, доказательства, полученные в результате сделки свидетеля с правосудием, были не единственным доказательством его вины и подтверждались другими доказательствами в деле.

Иначе говоря, Суд в подобных делах не стал подвергать сомнению допустимость подобных доказательств и ограничился изучением того, какие возможности имела защита, чтобы исследовать и оспаривать их.

Расширение в практике ЕСПЧ понятия дефектных доказательств с точки зрения Конвенции

Вместе с тем в последнее время наметилась некоторая тенденция к расширению понятия дефектных (с точки зрения Конвенции) доказательств путем включения сюда доказательств явно ненадежных. В многократно упоминавшемся деле «*Вуков v. Russia*» (постановление от 10 марта 2009 года) Большая палата Суда отметила, что при определении справедливости судопроизводства могут учитываться, среди прочего, «качество» доказательств, их точность и надежность (§ 90). В этом российском деле «качество» доказательства не было предметом рассмотрения — Суд скорее изучал вопрос о том, было ли это доказательство (тайно сделанная аудиозапись) получено в соответствии с законом, нарушало ли следственное действие право заявителя на уважение частной жизни и, наконец, делал ли этот факт уголовную процедуру «несправедливой» в смысле статьи 6 Конвенции. Вопрос о достоверности, точности, надежности доказатель-

ства в этом деле не стоял. Однако в этом и в ряде других дел Суд упомянул о качестве доказательств как о существенном факторе для анализа справедливости судебного разбирательства.

Рассмотрим недавнее дело «*Lisica v. Croatia*» (постановление от 25 февраля 2010 года), в котором речь шла об ограблении инкассаторской машины, совершенном группой налетчиков на автомобиле марки «фольксваген-гольф». Уехав с места преступления, преступники бросили машину и переправились на остров через морской залив на лодке. На острове их следы потерялись. Через некоторое время был арестован заявитель, который управлял машиной BMW. Косвенные улики указывали на то, что заявитель мог быть на острове в то время, когда преступники там высадились, но прямых доказательств его участия в налете не было.

Полиция при обыске «гольфа», который проводился без участия защиты, отметила, что в салоне отвалилась маленькая пластиковая деталь. Одновременно с этим была обыскана машина BMW, которой управлял заявитель. Ничего подозрительного там обнаружено не было. Обыск проводился с участием адвоката заявителя. После обыска ключи от BMW остались у полиции, причем полицейские имели к ним свободный доступ (этот вопрос исследовался в суде). Через несколько дней, опять же без присутствия стороны защиты и без понятых, полицейские наведались в гараж, где хранилась машина BMW, открыли ее и взяли образец обшивки салона для исследования. На такого рода операцию не требовалось судебного ордера, так что полицейские никого о ней не предупреждали. Наконец, через пару дней полиция провела повторный обыск BMW, с участием адвоката заявителя. В этот раз внутри BMW была обнаружена деталь, отвалившаяся от «гольфа». Эта деталь впоследствии стала одной из основных улик против заявителя и, по сути, единственной прямой уликой, связывающей машину заявителя и машину, с помощью которой было совершено ограбление. Как пояснили полицейские в суде, эта деталь не была обнаружена в ходе первого обыска по той причине, что он проводился поверхностно.

Европейский суд, рассматривая эту ситуацию, отметил, что обстоятельства обнаружения детали от «гольфа» в салоне BMW настолько подозрительны, что хорватским судам не следовало принимать результаты обыска в расчет.

Суд согласился, что далеко не всегда присутствие защиты при обыске возможно, например если обыск проводится до

установления подозреваемых. Более того, в самом по себе повторном обыске нет ничего предосудительного. Однако в тех случаях, когда подозреваемый известен, когда разыскиваемому предмету или осматриваемому помещению ничего не грозит, вполне можно было бы пригласить заявителя, его адвоката или хотя бы понятых.

Иначе говоря, Суд в данном случае пришел к выводу, что главному доказательству верить нельзя. Это радикально новый подход с учетом того, что Суд до сих пор предпочитал не исследовать вопрос о «ненадежных доказательствах» в контексте статьи 6, оставляя его на усмотрение национального судьи. Возможно, это дело останется исключением, все-таки его факты слишком очевидны, и ненадежность этого доказательства слишком бросается в глаза.

* * *

В данной главе мы постарались дать обзор той части практики Европейского суда, которую условно можно назвать доказательственным правом. Очевидно, что большое количество дел и вопросов, которые эти дела поднимают, осталось за пределами нашей работы. Кроме того, естественно, что развитие практики Суда зависит от тех жалоб, которые он получает из стран — участниц Конвенции. Поэтому прецедентное право Суда в принципе не может выполнить ту функцию, которую должен выполнять закон (особенно кодифицированный закон), а именно описать всю полноту правоотношений в какой-то сфере. «Мозаичность» практики Суда хорошо видна хотя бы на примере рассматриваемых тем, заявленных в оглавлении настоящей книги.

Впрочем, обширность темы доказательственного права не позволяет полностью раскрыть ее ни на основе анализа закона, ни на основе изучения прецедентного права. Мы лишь попытались рассмотреть типичные ситуации, с которыми Европейский суд по правам человека сталкивался в сфере доказательственного права и общих подходов и методов их решения. Анализ прецедентов Европейского суда и европейской доктрины, как представляется, может способствовать развитию российской науки, в том числе доказательственного права, а также дает некоторые ориентиры для совершенствования отечественного законодательства и судебной практики.

ГЛАВА III
**ПРАВО НА ПОМОЩЬ АДВОКАТА —
ЗАЩИТНИКА ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ
(В МЕЖДУНАРОДНОЙ
И РОССИЙСКОЙ ПРАКТИКЕ)**

Синописис

Три составляющих права на защиту по уголовным делам

Правовые позиции ЕСПЧ о праве на юридическую помощь
в досудебных стадиях уголовного судопроизводства

Российское законодательство о доступе к адвокату на досудебных
стадиях уголовного процесса

Правовые позиции КС РФ об участии защитника на начальных
этапах процесса

Отказ подсудимого от участия в судебном разбирательстве

Тест для выявления нарушения права на личное участие в судебном
заседании исходя из мер по извещению о нем и степени значимости
рассмотренных вопросов

Стандарт «добровольного, сознательного и разумного отказа»
от защитника

Отказ от защитника по российскому праву

Публично-правовой институт назначения защитника и частно-
правовой институт его приглашения

Национальные требования к адвокатам, допускаемым
к судебной защите

Неабсолютный характер права на выбор защитника

Правовые позиции КС РФ о праве на выбор защитника

Непосредственное общение обвиняемого и защитника

Практика ЕСПЧ по делам против России и других государств —
участников Конвенции

Российское регулирование права на свидание с защитником

Переписка и другие формы опосредованного общения обвиняемого и защитника

Основания, оправдывающие вмешательство в тайну переписки и переговоров с адвокатом

Адвокатская тайна как гарантия от обыска в занимаемых адвокатом помещениях

Применение международного стандарта конфиденциальности коммуникации между адвокатом и его подзащитным в правовых позициях КС РФ

Адвокатский иммунитет и его право огласить известные ему данные в интересах и с разрешения подзащитного

Отсутствие у адвоката и адвокатского образования обязанности предоставлять налоговому органу какие-либо документы, содержащие сведения о клиентах

Запрет личного досмотра адвоката администрацией исправительных учреждений

Правовая позиция КС РФ об обязательности судебного решения относительно проведения обыска у адвоката не только в жилом, но и в служебном помещении

Практика ЕСПЧ по отдельным российским и зарубежным делам

Позиции КС РФ о праве на получение информации в уголовном процессе для подготовки к защите

Статья 14 (подп. «d» п. 3) Международного пакта о гражданских и политических правах предусматривает, что каждый при рассмотрении предъявленного ему обвинения вправе защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника, быть уведомленным об этом праве, а также иметь назначенного ему защитника, если того требуют интересы правосудия, в том числе безвозмездно для него в любом таком случае, когда у него нет достаточных средств для оплаты этого защитника.

Аналогичное право закреплено в статье 6 (подп. «с» п. 3) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод:
 «1. Каждый... при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое... разбирательство дела... судом...
 3. Каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления имеет как минимум следующие права...

с) защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника или, при недостатке у него средств для оплаты услуг защитника, пользоваться услугами назначенного ему защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия».

§ 1. ПРАВО НА ЮРИДИЧЕСКУЮ ПОМОЩЬ КАК ЭЛЕМЕНТ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВОЕ ПРАВОСУДИЕ

Право на юридическую помощь, как оно предусмотрено подп. «с» п. 3 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, предполагающее, что каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления имеет право защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника или, если у него нет достаточных средств для оплаты услуг защитника, иметь назначенного ему защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия, как видно из текста, включает в себя несколько защищаемых Конвенцией прав.

Три составляющих права на защиту по уголовным делам

В решении по делу «*Pakelli v. Germany*» от 25 апреля 1983 года Европейский суд прямо отметил, что данное положение Конвенции гарантирует лицу, обвиненному в совершении уголовного преступления, три права: защищать себя лично; иметь выбранного им самим защитника и, при определенных условиях, иметь назначенного ему защитника бесплатно¹. Каждое из названных прав имеет свою систему гарантий, действующих в разных стадиях судопроизводства по уголовному делу, и является необходимым элементом как права на защиту в широком смысле слова, так и права на справедливое правосудие в целом.

Правовые позиции ЕСПЧ о праве на юридическую помощь в досудебных стадиях уголовного судопроизводства

Европейский суд неоднократно подчеркивал, что подп. «с» п. 3 статьи 6 Конвенции не гарантирует самостоятельного права на юридическую помощь на предварительной стадии полицейского расследования, однако это положение в контексте общих гарантий п. 1 статьи 6 Конвенции может учитываться до направления дела в суд, если и насколько справедливость судебного разбирательства представляется серьезно умаленной первоначальным несоблюдением его положений (постановление по делу «*Imbrioscia v. Switzerland*» от 24 ноября 1993 года, § 36).

В постановлении по делу «*Vladimir Krivonosov v. Russia*» от 15 июля 2010 года Европейский суд отметил, что «право на защиту будет в принципе непоправимо нарушено, если признательные показания, данные во время допроса в полиции без доступа к адвокату, используются для осуждения...»².

В постановлении по делу «*Pishchalnikov v. Russia*» от 24 сентября 2009 года Европейский суд особо подчеркнул, что «национальное законодательство может связывать последствия с позицией обвиняемого на начальных стадиях полицейского допроса, которые имеют решающее значение для перспектив защиты в последующем уголовном разбирательстве. При таких обстоятельствах статья 6 Конвенции обычно требует, чтобы *обвиняемый мог пользоваться помощью адвоката уже на начальных стадиях полицейского допроса*. Однако это

¹ Русский перевод решения см. в: Европейский суд по правам человека : Избр. решения. Т. 1. М., 2000. С. 424.

² Цит. по: СПС «Консультант-Плюс».

право может подвергаться разумным ограничениям. Следовательно, в каждом деле вопрос заключается в том, было ли ограничение оправданным, и, если да, не лишило ли оно обвиняемого — с учетом всей совокупности правил процедуры — права на справедливое правосудие, поскольку даже оправданное ограничение при определенных обстоятельствах чревато такой опасностью... Эти подходы соответствуют общепризнанным международным стандартам прав человека... которые лежат в основе концепции справедливого правосудия и, в частности, направлены на защиту обвиняемого от насильственного принуждения со стороны [действующих на досудебных стадиях процесса] органов власти. Они также должны способствовать пресечению злоупотребления правосудием и достижению целей статьи 6 Конвенции, особенно равенству между органами следствия или преследования и обвиняемым»¹.

Особая важность соблюдения права обвиняемого на защиту именно на стадии предварительного следствия, по мнению Европейского суда, обусловлена тем, что «доказательства, добытые на этой стадии, определяют рамки, в которых обвинение в совершении преступления будет рассматриваться в судебном разбирательстве... В то же время обвиняемый на этой стадии разбирательства часто оказывается в особо уязвимом положении, последствия которого усугубляются тем фактом, что уголовно-процессуальное законодательство все больше усложняется, особенно в части правил, регулирующих сбор и использование доказательств. В большинстве случаев эта особая уязвимость может быть надлежащим образом компенсирована только помощью адвоката, в задачу которого входит содействие обеспечению права обвиняемого не свидетельствовать против себя...»².

С учетом этого Европейский суд находит, что для того, чтобы право на справедливое правосудие оставалось достаточно «практическим и эффективным», п. 1 статьи 6 Конвенции требует, чтобы, как правило, доступ к услугам адвоката обеспечивался с первого допроса подозреваемого в полиции, если при особых обстоятельствах конкретного дела не имеется веских причин для ограничения этого права. Даже если веские причины в виде исключения оправдывают отказ в доступе к адвокату, такое ограничение — чем бы оно ни оправдывалось — не должно ненадле-

¹ Цит. по: СПС «Консультант-Плюс».

² Там же.

жащим образом умалять права обвиняемого, предусмотренные статьей 6 Конвенции...»¹.

*Российское законодательство о доступе к адвокату
на досудебных стадиях уголовного процесса*

В действующем российском уголовно-процессуальном законодательстве и судебной практике эти позиции Европейского суда нашли свое отражение.

Согласно ч. 3 статьи 49 УПК РФ защитник начинает участвовать в уголовном деле:

- 1) с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого (статья 172 УПК), за исключением нижеприведенных случаев, когда участие защитника начинается на более ранних этапах производства по уголовному делу;
- 2) с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица (см. статьи 146, 147, статью 318, ч. 3 статьи 319 УПК);
- 3) с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления;
- 4) с момента вручения подозреваемому уведомления о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном статьей 2231 УПК;
- 5) с момента объявления лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы;
- 6) с момента начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления.

*Правовые позиции КС РФ об участии защитника
на начальных этапах процесса*

Конституционный Суд РФ, рассматривая вопрос о моменте, с которого защитник начинает участвовать в уголовном деле, сформулировал следующую правовую позицию: «Поскольку конституционное право на помощь адвоката (защитника) не может

¹ Цит. по: СПС «Консультант-Плюс».

быть ограничено федеральным законом, то применительно к его обеспечению понятия “задержанный”, “обвиняемый”, “предъявление обвинения” должны толковаться в их конституционно-правовом, а не в придаваемом им Уголовно-процессуальным кодексом РСФСР более узком смысле. В целях реализации названного конституционного права необходимо учитывать не только формальное процессуальное, но и фактическое положение лица, в отношении которого осуществляется публичное уголовное преследование. При этом факт уголовного преследования и, следовательно, направленная против конкретного лица обвинительная деятельность могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведением в отношении него следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.) и иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений против него (в частности, разъяснением в соответствии со статьей 51 (ч. 1) Конституции Российской Федерации права не давать показаний против себя самого). Поскольку такие действия направлены на выявление фактов и обстоятельств, уличающих лицо, в отношении которого ведется уголовное преследование, ему должна быть безотлагательно предоставлена возможность обратиться за помощью к адвокату (защитнику). Тем самым обеспечиваются условия, позволяющие этому лицу получить должное представление о своих правах и обязанностях, о выдвигаемом против него обвинении и, следовательно, эффективно защищаться, и гарантирующие в дальнейшем от признания недопустимыми полученных в ходе расследования доказательств (статья 50, ч. 2, Конституции Российской Федерации)¹.

§ 2. Разграничение права на юридическую помощь и права на личное участие в судопроизводстве

Положения подп. «с» п. 3 статьи 6 Европейской конвенции не могут быть истолкованы как ограничивающие право обвиняемого на юридическую помощь при личном отказе от участия

¹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 года № 11-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова» // СПС «Консультант-Плюс».

в судебном разбирательстве. По делу «*Puatrimol v. France*» (постановление ЕСПЧ от 23 ноября 1993 года) заявитель отсутствовал на заседаниях суда апелляционной инстанции, однако его интересы представлял адвокат. По двум апелляциям суды отказались разрешать дело в отсутствие подсудимого, и они не состоялись. Европейский суд постановил, что подсудимый не теряет права на юридическую помощь по причине своего отсутствия в суде. Несмотря на допустимость применения санкций, призванных обеспечить присутствие подсудимого в суде, эти санкции должны быть соразмерными. В данном случае они вышли за рамки соразмерности, что привело к одновременному нарушению статей 6 (1) и 6 (3) («с») Конвенции¹.

В решении по делу «*Shulepov v. Russia*» от 26 июня 2008 года Суд подчеркнул: «Для справедливости системы криминальной юстиции важное значение имеет также обеспечение обвиняемому возможности адекватной защиты в первой инстанции и при обжаловании... Что касается, в частности, необходимости назначения заявителю бесплатного защитника на кассационной стадии, Европейский суд уже устанавливал, что положение, когда лицу грозит суровое наказание, а его дело рассматривается в кассационной инстанции, имеющей широкие полномочия для оценки дела, без участия адвоката, не соответствует требованиям статьи 6 Конвенции»².

При оценке того, требуют ли интересы правосудия обязательного участия в деле защитника, ЕСПЧ принимает во внимание следующие факторы: характер и степень общественной опасности инкриминируемого преступления; грозящее заявителю максимальное наказание в случае признания его виновным. С учетом отмеченных критериев ЕСПЧ пришел к выводу в деле «*Gastian v. Armenia*», что заявитель отказался от своего права на получение помощи защитника, чему не противоречили интересы правосудия (заявителя обвиняли в мелком правонарушении, наказание за которое не превышало 15 суток ареста).

В деле «*Hoang v. France*» (постановление от 29 августа 1992 года) ЕСПЧ отметил, что, если речь идет о сложных вопросах и обвиняемый не обладает юридической подготовкой, инте-

¹ Здесь и далее, если не оговорено иное, тексты постановлений Европейского суда по правам человека приводятся по официальному сайту ЕСПЧ: <http://www.echr.coe.int>

² Цит. по: СПС «Консультант-Плюс».

рессы правосудия требуют, чтобы в деле был защитник. При этом интересы правосудия должны учитываться на всех стадиях рассмотрения дела. В частности, решение об отказе в предоставлении бесплатного защитника должно быть пересмотрено, если на дальнейших стадиях разбирательства становится очевидно, что интересы правосудия требуют предоставления бесплатной юридической помощи.

В то же время Европейский суд подчеркивает важность права обвиняемого на личное участие в рассмотрении дела, даже если его в процессе представляет адвокат-защитник.

С точки зрения ЕСПЧ реализация права подсудимого на личное участие в рассмотрении дела имеет особое значение для производства в суде первой инстанции, где рассматриваются и разрешаются как фактические, так и правовые вопросы. Право подсудимого на участие в рассмотрении его уголовного дела обычно включает не только право на личное присутствие, но и право слышать и следить за разбирательством (постановления по делам *«Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain»* от 13 июня 1994 года, *«Stanford v. United Kingdom»* от 23 февраля 1994 года, *«S.C. v. United Kingdom»* от 15 июня 2004 года, *«Sevastyanov v. Russia»* от 22 апреля 2010 года. «Эффективное участие» предполагает, что обвиняемый в полной мере понимает суть судебного разбирательства и то значение, которое оно имеет для него. Подсудимый должен, в частности, иметь возможность разъяснить своим адвокатам собственную версию событий, указать на показания, с которыми он не согласен, и сообщить им те факты, которые могут быть выдвинуты в его защиту (постановление по делу *«Timergalliev v. Russia»* от 14 октября 2008 года). Если существуют какие-либо неизвестные суду обстоятельства, препятствующие подсудимому эффективно участвовать в процессе, то ЕСПЧ при оценке соблюдения требований статьи 6 Конвенции придает большое значение тому, поставил ли заявитель суд в известность о наличии таких препятствий (постановления по делам *«Liebreich v. Germany»* от 8 января 2008 года, *«Cuscani v. United Kingdom»* от 24 сентября 2002 года).

В деле *«Timergalliev v. Russia»* заявитель обжаловал нарушение судом его права на эффективное участие в судебном разбирательстве в связи с тем, что у него был плохой слух и суд первой инстанции не обеспечил его слуховых аппаратом. ЕСПЧ не смог установить ответственность национальных властей за ограничение права подсудимого на участие в судебном разбирательстве ввиду того, что заявитель не уведомил суд о наличии у него

проблем со слухом. Вместе с тем нарушение статьи 6 Конвенции было констатировано ЕСЧП в данном решении применительно к ограничению права подсудимого на участие в кассационном разбирательстве (аналогичные правовые позиции содержатся в постановлении по делу «*Stanford v. United Kingdom*» от 23 февраля 1994 года).

Проведение судебного разбирательства в отсутствие подсудимого или одной из сторон может допускаться в некоторых исключительных обстоятельствах, например в том случае, если официальные органы, несмотря на все принятые ими необходимые меры, не были в состоянии уведомить заинтересованное лицо о проведении слушаний (постановления по делам «*Ekbatani v. Sweden*» от 26 мая 1988 года, «*Hany v. Italy*» от 6 ноября 2007 года), или в некоторых случаях, связанных с болезнью участников (постановление по делу «*Colozza v. Italy*» от 22 января 1985 года). При проведении судебных заседаний в отсутствие подсудимого участие защитника является обязательным (постановления по делам «*Hansen and others v. Denmark*» от 11 июля 2000 года, «*Kammerer v. Austria*» от 12 мая 2010 года).

*Отказ подсудимого от участия
в судебном разбирательстве*

Подсудимый может отказаться от своего права на участие в судебном заседании, но такой отказ должен быть сделан в недвусмысленной форме и «обеспечиваться минимальными гарантиями, соизмеримыми с его значением» (постановление по делу «*Poitrimol v. France*» от 23 ноября 1993 года). В деле «*F.C.B. v. Italy*» (постановление от 28 августа 1991 года) итальянский суд проводил повторное судебное разбирательство в отсутствие заявителя, хотя его адвокат сообщил суду, что его подзащитный задержан за границей. ЕСПЧ, констатируя нарушение п. «с» ч. 3 статьи 6 Конвенции, указал, что заявитель не выразил желания отказаться от присутствия на слушаниях, а суд не предпринял мер к тому, что доставить его в судебное заседание.

В решении о приемлемости по жалобе «*Mirilashvili v. Russia*» ЕСПЧ, оценивая обоснованность жалобы заявителя на его отсутствие в некоторых судебных заседаниях, принял во внимание следующие факторы: интересы заявителя в деле представляла группа квалифицированных адвокатов; заявитель и адвокаты были извещены о датах судебных заседаний; в те дни, когда зая-

витель отсутствовал, суд рассматривал обстоятельства, прямо не относившиеся к сути предъявленных ему обвинений; в другие дни адвокаты не возражали против рассмотрения дела в отсутствие заявителя, который также отказался принимать участие в судебных заседаниях. В итоге ЕСПЧ пришел к выводу, что заявитель сам отказался от своего права на участие в процессе, кроме того, его отсутствие на некоторых заседаниях не повлекло вреда для его интересов (постановления по делам «*Colozza v. Italy*» от 22 января 1985 года, «*Belziuk v. Poland*» от 25 марта 1998 года, «*Mirilashvili v. Russia*» от 10 июля 2007 года).

Тест для выявления нарушения права на личное участие в судебном заседании исходя из мер по извещению о нем и степени значимости рассмотренных вопросов

Само по себе отсутствие подсудимого или защитника на нескольких слушаниях по делу не является нарушением статьи 6 Конвенции. В таких случаях ЕСПЧ исходит из таких факторов, как принятие судом мер по извещению подсудимого и его защитника о времени и месте судебного заседания; степень значимости вопросов, рассмотренных в ходе конкретного судебного заседания, на котором отсутствовал подсудимый или его защитник (постановление по делу «*Imbriosca v. Switzerland*» от 24 ноября 1993 года).

Право на эффективное участие предполагает также возможность комментировать исследуемые в суде доказательства и представлять собственные доказательства, пользоваться иными правами по отстаиванию своей позиции наравне с участниками со стороны обвинения. В этой связи право на эффективное участие может быть реализовано только в условиях действия принципа равенства прав сторон (постановления по делам «*Ruiz-Mateos v. Spain*» от 23 июня 1993 года, «*Sevastyanov v. Russia*» от 22 апреля 2010 года).

§ 3. ОТКАЗ ОТ АДВОКАТА (ЗАЩИТНИКА)

Применительно к праву обвиняемого на отказ от адвоката (защитника) Европейский суд неоднократно отмечал, что ни буква, ни дух статьи 6 Конвенции не препятствуют лицу добровольно отказаться, прямо или по умолчанию, от использования

гарантий справедливого судебного разбирательства (постановление от 30 ноября 2000 года по делу «*Kwiatkowska v. Italy*»). Однако, чтобы быть действительным для конвенционных целей, отказ от права должен быть недвусмысленно установлен и сопровождаться минимальными гарантиями, соизмеримыми с его значением (постановления ЕСПЧ от 2 августа 2005 года по делу «*Kolu v. Turkey*» и от 12 февраля 1985 года по делу «*Colozza v. Italy*»).

*Стандарт «добровольного, сознательного
и разумного отказа» от защитника*

Вместе с тем Европейский суд в ряде решений сформулировал стандарт «добровольного, сознательного и разумного отказа» от помощи защитника.

Утверждение, что отказ обвиняемого от важного права, предусмотренного статьей 6 Конвенции, подразумевается в связи с его поведением, допустимо в том случае, если подтверждено, что он мог разумно предвидеть последствия своего поведения (постановления ЕСПЧ от 27 марта 2007 года по делу «*Talat Tunc v. Turkey*» и от 9 сентября 2003 года по делу «*Jones v. the United Kingdom*»).

Европейский суд полагает, что право на защиту, принадлежащее к числу основных прав, образующих понятие справедливого судебного разбирательства и обеспечивающих эффективность гарантий, содержащихся в статье 6 Конвенции, является важнейшим примером тех прав, которые требуют специальной защиты стандарта сознательного и разумного отказа. Нельзя исключать того, что после первоначального разъяснения обвиняемому его прав он может самостоятельно отказаться от своих прав и давать показания на допросе. Однако Европейский суд настойчиво отмечает, что требуются дополнительные гарантии добровольности отказа обвиняемого от защитника, когда обвиняемый ходатайствует о назначении адвоката, поскольку, если обвиняемый не имеет адвоката, он в меньшей степени информирован о своих правах и как следствие менее вероятно, что они будут соблюдаться.

В постановлении от 24 сентября 2009 года по делу «*Pishchalnikov v. Russia*» Европейский суд установил нарушение этого стандарта «добровольного, сознательного и разумного» отказа от адвоката-защитника. В указанном решении отмечается, что «Европейский суд не может согласиться с тем, что, отвечая на вопросы следователя, заявитель сознательно, явно и недвусмысленно отказался от

своего права на юридическое представительство во время допросов 15 и 16 декабря 1998 года. Европейский суд прежде всего напоминает свой вывод, сделанный в постановлении Большой палаты по делу «*Salduz v. Turkey*» о том, что сам факт разъяснения заявителю его права хранить молчание и подписание формуляра с изложением его прав не позволяют делать какие-либо выводы об осознании им всех возможных последствий его процессуального поведения. Предупреждение следственных органов о праве обвиняемого на отказ от показаний является минимальным признанием соответствующего права, и его применение едва отвечает минимальной цели ознакомления обвиняемого с правами, которыми его наделяет закон (см. аналогичный вывод в упоминавшемся выше постановлении Европейского суда по делу «*Panovic v. Cyprus*», § 74). По мнению Европейского суда, когда обвиняемый ссылается на свое право на помощь адвоката во время допроса, его отказ от данного права не может быть признан действительным только на том основании, что он дал показания на дополнительном допросе, организованном полицией, даже если его права были ему разъяснены. Кроме того, Европейский суд полагает, что обвиняемый, как и заявитель в настоящем деле, выразивший намерение участвовать в следственных действиях только в присутствии адвоката, не должен подвергаться дополнительному допросу властями, пока защитник не будет ему предоставлен, если сам обвиняемый не выступит с инициативой дополнительных контактов, собеседований с полицией или прокуратурой»¹.

Отказ от защитника по российскому праву

По действующему российскому законодательству подозреваемый и обвиняемый вправе в любой момент производства по уголовному делу *отказаться от помощи защитника*. Такой отказ допускается только по инициативе подозреваемого или обвиняемого и только в присутствии защитника, в противном случае отказ признается вынужденным². Отказ от защитника, заявленный подозреваемым или обвиняемым по причине отсутствия средств на оплату труда адвоката, также считается вынужден-

¹ См.: Постановление Европейского суда от 24 сентября 2009 года по делу «*Пиччалников против РФ (Pishchalnikov v. Russia)*», жалоба № 7025/04 // СПС «Консультант-Плюс».

² См.: БВС РФ. 1988. № 12. С. 11; 1989. № 4. С. 10—11; 1994. № 6. С. 7—8; 1995. № 4. С. 9-10; 1997. № 6. С. 16; 2000. № 8. С. 14, 21; № 11. С. 12; 2005. № 3. С. 31—32; п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 года № 1.

ным¹. При поступлении заявления об отказе от защитника по указанному мотиву орган или лицо, в производстве которых находится уголовное дело, обязаны принять меры по назначению защитника и разъяснить подозреваемому и обвиняемому, что расходы на оплату труда адвоката будут компенсированы за счет средств федерального бюджета (ч. 5 статьи 50 УПК РФ). Вынужденный отказ от защитника не может быть принят дознавателем, следователем и судом, поэтому при рассмотрении заявления подозреваемого, обвиняемого об отказе от защитника необходимо выяснять действительные мотивы отказа².

Отказ от защитника заявляется в письменном виде. Если отказ от защитника заявляется во время производства следственного действия, то об этом делается отметка в протоколе данного следственного действия (ч. 1 статьи 52 УПК РФ).

Отказ от защитника не лишает подозреваемого, обвиняемого права в дальнейшем ходатайствовать о допуске защитника к участию в производстве по уголовному делу.

*Публично-правовой институт назначения защитника
и частноправовой институт его приглашения*

Исполнению публично-правовой обязанности дознавателя, следователя, прокурора и суда обеспечить подозреваемому, обвиняемому право на защиту, в том числе в виде права пользоваться помощью защитника (подп. 3 ч. 4 статьи 46, подп. 8 ч. 4 статьи 47 УПК), соответствует публично-правовой институт назначения защитника и частноправовой институт приглашения защитника (заключения с адвокатом соглашения об оказании юридической помощи), поэтому следует четко различать и разграничивать две правовые ситуации: отказ подозреваемого, обвиняемого от защитника и расторжение соглашения об оказании юридической помощи подозреваемому, обвиняемому, являющегося по своей правовой природе гражданско-правовым договором.

Поскольку в силу подп. 6 п. 4 статьи 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и ч. 7 статьи 49 УПК РФ «адвокат не вправе отказаться

¹ См.: БВС РФ. 1993. № 6. С. 7; № 11. С. 13; 1995. № 9. С. 10—11.

² См.: БВС РФ. 1988. № 12. С. 11; 1989. № 9. С. 5—6; 1991. № 10. С. 9; 1993. № 11. С. 13; 1995. № 9. С. 10—11; п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 года № 1.

от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого», отказ от защитника возможен (допускается) только по инициативе подозреваемого, обвиняемого, а расторжение соглашения возможно только по инициативе доверителя. При этом расторжение по инициативе доверителя в любой момент производства по уголовному делу заключенного ранее с адвокатом соглашения об оказании юридической помощи не исключает действия общего правила о последствиях расторжения договора, установленного п. 2 статьи 453 ГК РФ: «при расторжении договора обязательства сторон прекращаются». После прекращения действия соглашения об оказании юридической помощи или о защите подозреваемого, обвиняемого ввиду отмены поручения доверителем адвокат не вправе совершать какие-либо юридически значимые действия в интересах своего бывшего подзащитного (например, подписывать протоколы процессуальных действий, обсуждать те или иные вопросы, возникающие в ходе судебного следствия, участвовать в прениях и т.д.). Расторжение договора прекращает обязанности адвоката и не может быть не принято должностным лицом или государственным органом, в производстве которого находится уголовное дело.

Момент расторжения доверителем соглашения с адвокатом-защитником законом не ограничен, а само такое расторжение никаких непреодолимых препятствий для дальнейшего движения уголовного дела не создает, поскольку в статьях 50, 51 УПК предусмотрен порядок действий дознавателя, следователя и суда в ситуации, когда подозреваемый, обвиняемый не обеспечены помощью защитника¹.

§ 4. ПРАВО ОБВИНЯЕМОГО (ПОДОЗРЕВАЕМОГО) НА СВОБОДНЫЙ ВЫБОР ЗАЩИТНИКА

Основным элементом права на юридическую помощь является право на свободный выбор защитника. Европейский суд подчеркнул, что обвиняемый имеет право пользоваться услуга-

¹ Подробнее см.: Кипнис Н.М. Соотношение отказа от защитника и расторжения соглашения об оказании юридической помощи как оснований прекращения участия адвоката (защитника) в уголовном деле // Адвокатура. Государство. Общество: Сб. материалов III Всероссийской научно-практической конференции / отв. ред. С.И. Володина, Ю.С. Пилипенко. М., 2006. С. 138—148.

ми защитника по своему выбору, если он располагает для этого достаточными финансовыми средствами (постановление от 28 июня 1984 года по делу «*Campbell and Fell v. United Kingdom*»).

В комментариях к Конвенции отмечается, что право на выбор адвоката существует лишь в тех случаях, когда обвиняемый имеет достаточные средства для оплаты услуг защитника¹.

Вместе с тем право выбора защитника не является абсолютным, поскольку государство вправе регламентировать доступ адвокатов к суду, а в ряде случаев запрещать это отдельным лицам².

*Национальные требования к адвокатам,
допускаемым к судебной защите*

В комментариях также подчеркивается, что государство может устанавливать условия, которым должны будут отвечать допускаемые к суду адвокаты, а также правила деонтологической этики, которые они обязаны будут соблюдать³.

Европейский суд счел совместимым с требованиями подп. «с» п. 3 статьи 6 Конвенции ограничение (до трех) числа допускаемых в суд адвокатов, так же как и отстранение некоторых адвокатов по той причине, что в отношении них существовали серьезные подозрения в поддержке ими преступной организации, в которую, как предполагалось, входили обвиняемые⁴.

В постановлении от 25 апреля 1983 года по делу «*Pakelli v. Germany*» Суд установил, что адвокату заявителя было отказано в допуске к слушанию дела в суде второй инстанции, поскольку он участвовал в процессе Пакелли в качестве защитника другого обвиняемого. Исходя из конкретных обстоятельств дела, Европейский суд счел, что имело место нарушение подп. «с» п. 3 статьи 6 Конвенции.

В постановлении от 25 сентября 1992 года по делу «*Croissant v. Germany*» Европейский суд рассмотрел проблему взаимосвязи между выбором адвоката и правом на бесплатную юридическую помощь. Суд назначил трех адвокатов для помощи в защите Круассана, который обвинялся в различных преступлениях.

¹ См.: Европейская конвенция о защите прав и основных свобод. Комментарий к статьям 5 и 6. М., 1997. С. 130.

² См.: Там же.

³ См.: Там же.

⁴ См.: Там же. С. 131.

Круассан обжаловал назначение одного из адвокатов, поскольку считал, что данный адвокат назначен с целью обеспечения бесперебойного течения процесса, а не для защиты прав подсудимого. Европейский суд не обнаружил нарушения подп. «с» п. 3 статьи 6 ни в назначении нескольких адвокатов, ни в назначении адвоката против согласия подсудимого, хотя признал, что «как правило, суд должен стремиться к тому, чтобы выбирать адвоката, которому доверяет подсудимый».

*Неабсолютный характер
права на выбор защитника*

Вместе с тем Европейский суд не рассматривает право обвиняемого на выбор любого защитника в качестве абсолютного.

В постановлении от 13 июля 2006 года по делу «*Попов v. Russia*» Европейский суд подчеркнул, что, несмотря на важность доверительного характера отношений между адвокатом и его клиентом, право на выбор собственного адвоката не может рассматриваться как абсолютное.

Европейский суд отметил, что согласно ч. 2 статьи 49 УПК РФ суд может разрешить обвиняемому, чтобы его наравне с адвокатом представлял близкий родственник или другое выбранное им лицо. Однако на взгляд Европейского суда это право является дискреционным. Именно внутригосударственные суды обеспечивают в каждом конкретном случае надлежащую защиту подсудимому и принимают решение о том, должно ли быть дано разрешение на представительство интересов подсудимого близкими родственниками.

Именно поэтому Европейский суд пришел к выводу, что отказ суда первой инстанции в допуске в судебный процесс дяди заявителя в качестве его представителя, в то время как его интересы были представлены адвокатом по его выбору, не привел к нарушению его прав, гарантированных подпунктом «с» п. 3 статьи 6 Конвенции, взятым во взаимосвязи с п. 1 статьи 6 Конвенции.

Вышеизложенные позиции Европейского суда нашли отражение как в действующем в РФ уголовно-процессуальном законодательстве, так и в судебной практике.

Право обвиняемого на свободный выбор защитника декларировано в статьях УПК РФ.

Правовые позиции КС РФ о праве на выбор защитника

Вопрос о круге лиц, которые вправе участвовать в уголовном судопроизводстве в качестве защитников, был предметом рассмотрения в Конституционном Суде РФ, который, подтверждая право гражданина на самостоятельный выбор адвоката (защитника)¹, указал, что по своему содержанию право на самостоятельный выбор адвоката (защитника) не означает право выбирать в качестве защитника любое лицо по усмотрению подозреваемого или обвиняемого и не предполагает возможность участия в уголовном процессе любого лица в качестве защитника.

Закрепленное в ч. 2 статьи 48 Конституции РФ право пользоваться помощью адвоката (защитника) является одним из проявлений более общего права, гарантированного ч. 1 статьи 48 Конституции РФ каждому человеку, — права на получение квалифицированной юридической помощи. Поэтому положения ч. 2 статьи 48 Конституции РФ не могут быть истолкованы без учета положений ч. 1 этой же статьи. Гарантируя право на получение именно квалифицированной юридической помощи, государство должно, во-первых, обеспечить условия, способствующие подготовке квалифицированных юристов для оказания гражданам различных видов юридической помощи, в том числе в уголовном судопроизводстве, и, во-вторых, установить с этой целью определенные профессиональные и иные квалификационные требования и критерии. Участие в качестве защитника в ходе предварительного расследования дела любого лица по выбору подозреваемого или обвиняемого может привести к тому, что защитником окажется лицо, не обладающее необходимыми профессиональными навыками, что несовместимо с задачами правосудия и обязанностью государства гарантировать каждому квалифицированную юридическую

¹ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 27 марта 1996 года № 8-П по делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона РФ «О государственной тайне» в связи с жалобами гр-н Гурджиянца, Синцова, Бугрова и Никитина (СЗ РФ. 1996. № 15. Статья 1768); постановление Конституционного Суда РФ от 28 января 1997 года № 2-П по делу о проверке конституционности ч. 4 статьи 47 УПК РСФСР в связи с жалобами гр-н Антипова, Гитиса и Абрамова (СЗ РФ. 1997. № 7. Статья 871); определение Конституционного Суда РФ от 10 апреля 2002 года № 105-О по запросу Благовещенского городского суда Амурской области о проверке конституционности ч. 4 статьи 47 УПК РСФСР (ВКС РФ. 2002. № 6).

помощь. Критерии квалифицированной юридической помощи в уголовном судопроизводстве исходя из необходимости обеспечения принципа состязательности и равноправия сторон, закрепленного в ч. 3 статьи 123 Конституции РФ, устанавливает законодатель путем определения соответствующих условий допуска тех или иных лиц в качестве защитников. Только законодатель вправе при условии обеспечения каждому обвиняемому (подозреваемому) права на получение квалифицированной юридической помощи и в интересах правосудия в целом предусмотреть возможность допуска в качестве защитников иных, помимо адвокатов, избранных самим обвиняемым лиц, в том числе имеющих лицензию на оказание платных юридических услуг.

В определении от 22 апреля 2004 года № 160-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Попова М.Е. на нарушение его конституционных прав положением ч. 2 статьи 49 УПК РФ Конституционный Суд РФ указал, что «решение по вопросу о допуске в качестве защитника наряду с адвокатом одного из близких родственников обвиняемого или иного лица, об участии которых ходатайствует обвиняемый, не может быть произвольным, не учитывающим требований закона, обстоятельств конкретного дела и особенностей личности приглашаемого в качестве защитника лица. При этом, по смыслу уголовно-процессуального закона, обстоятельством, препятствующим допуску в качестве защитника лица, не являющегося адвокатом, не может признаваться участие в деле профессионального адвоката, поскольку ни Конституция Российской Федерации, ни уголовно-процессуальный закон не ограничивают число защитников, могущих участвовать в деле»¹.

Право обвиняемого на свободный выбор защитника не может быть ограничено только вследствие предположения о возникновении в будущем оснований для отвода защитника. Конституционный Суд РФ по делу Дубининой Т.Н. сформулировал правовую позицию, согласно которой из действующего уголовно-процессуального закона не вытекает, что решение об отводе защитника принимается исходя лишь из предположения о том, что в будущем может возникнуть противоречие

¹ Цит. по: СПС «Консультант-Плюс».

интересов лиц, которым защитник оказывает юридическую помощь. Наличие таких противоречий должно иметь место на момент принятия решения об отводе¹.

В российской судебной практике возникла проблема соотношения права обвиняемого на свободный выбор защитника и положений ч. 2 статьи 258 УПК РФ, согласно которой при неподчинении защитника распоряжениям председательствующего допускается замена этого защитника другим, если это возможно «без ущерба для уголовного дела».

В определении от 15 января 2009 года Конституционный Суд РФ указал, что по смыслу взаимосвязанных положений уголовно-процессуального законодательства и законодательства об адвокатской деятельности адвокат (защитник) не может действовать во вред своему подзащитному (статьи 47 и 53 УПК РФ, п. 1 статьи 7 Федерального закона от 31 мая 2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и статья 9 Кодекса профессиональной этики адвоката, принятого первым Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 года). Однако это не означает, что можно использовать любые средства и способы защиты, в том числе сопряженные с нарушением порядка в судебном заседании, неподчинением распоряжениям председательствующего или оказанием незаконного воздействия на коллегии присяжных заседателей с целью повлиять на выносимый ими вердикт.

Статья 258 УПК РФ направлена на обеспечение надлежащего осуществления правосудия по уголовным делам и пресечение нарушений установленного в судебном заседании порядка со стороны участников уголовного судопроизводства, включая подсудимого и его защитника, а также иных присутствующих в зале судебного заседания лиц. Данная статья не лишает подсудимого права на защиту своих прав и свобод всеми способами, не запрещенными законом, в том числе с помощью приглашенного им адвоката, исключая лишь возможность злоупотребления последним предоставленными ему правами.

¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 9 ноября 2010 года № 1573-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Дубининой Татьяны Николаевны на нарушение ее конституционных прав ч. 1 статьи 69 и п. 1 и 3 ч. 1 статьи 72 УПК РФ // СПС «Консультант-Плюс».

**§ 5. ПРАВО НА БЕСПРЕПЯТСТВЕННУЮ
КОММУНИКАЦИЮ ОБВИНЯЕМОГО С ВЫБРАННЫМ
ИЛИ НАЗНАЧЕННЫМ ЗАЩИТНИКОМ**

Непосредственное общение обвиняемого и защитника

Элементом права на получение юридической помощи в уголовном судопроизводстве является право на беспрепятственную коммуникацию обвиняемого с выбранным или назначенным защитником.

Практика ЕСПЧ по делам против России и других государств – участников Конвенции

По делу «*Campbell and Fell v. United Kingdom*» Европейский суд пришел к выводу, что отсутствие возможности для защитника и подзащитного встретиться наедине является нарушением права доступа в суд, что несовместимо со статьей 6, п. 1, Конвенции.

Защитник обвиняемого (подсудимого) должен иметь неограниченный и конфиденциальный доступ к любому из своих клиентов, находящихся в условиях предварительного заключения, для обсуждения всех аспектов дела. Система, в которой требуется разрешение судьи или прокурора на посещение обвиняемого защитником, нарушает указанное положение (постановление ЕСПЧ по делу «*Moiseev v. Russia*» от 9 октября 2008 года).

В деле «*S. v. Switzerland*» (постановление от 28 ноября 1991 года) заявитель утверждал, что при всех его встречах с адвокатом присутствовал тюремный служащий. Время от времени он делал какие-то пометки в своем блокноте, а однажды даже прекратил встречу, ссылаясь на то, что адвокат со своим клиентом стали говорить на отвлеченные темы. В этом деле ЕСПЧ указал, что право обвиняемого общаться со своим адвокатом является одним из основных требований справедливого судебного разбирательства. Если у адвоката нет возможности получать от клиента конфиденциальную информацию и давать ему советы, то помощь защитника в значительной мере теряет смысл. Такое право обвиняемого может быть ограничено только в том случае, если есть неоспоримые доказательства того, что адвокат вступил в преступный сговор со своим подзащитным.

В постановлении по делу «*Castravet v. Moldova*» (от 13 марта 2007 года) Европейский суд исследовал условия в комнате свиданий, в которой заявитель был отделен от своего адвоката

стеклянной перегородкой. Суд обратил внимание на то, что через перегородку можно было переговариваться, повышая голос, но нельзя было передать документы. По мнению Суда, это затрудняло работу адвоката. Основываясь на этих двух аргументах, Суд пришел к выводу о нарушении права заявителя на защиту применительно к § 4 статьи 5 Конвенции.

В упомянутом выше постановлении по делу «*Moiseev v. Russia*» ЕСПЧ установил, что адвокаты заявителя должны были испрашивать специальные разрешения у суда для того, чтобы посетить заявителя для беседы. Разрешения суда были действительны только на одно посещение, и попытки адвокатов увеличить срок их действия оказались безуспешными. Необходимость обращаться за отдельным разрешением на каждое посещение создавала значительные практические трудности в осуществлении права на защиту, поскольку отнимало время и силы от реализации основной цели защиты. Проанализировав положения Закона РФ «О содержании и под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», ЕСПЧ пришел к выводу, что требование получения специальных разрешений для свиданий защитников с подсудимым не имело под собой правовых оснований.

*Российское регулирование права
на свидание с защитником*

Российское уголовно-процессуальное законодательство и судебная практика в целом соответствуют рассмотренным позициям Европейского суда.

УПК РФ предусматривает право подсудимого иметь свидания с защитником наедине и конфиденциально без ограничения их числа и продолжительности (п. 9 ч. 4 статьи 47 УПК РФ). Конкретизируя механизм применения данной нормы, Федеральный закон от 15 июля 1995 года № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» закрепляет, что подозреваемым и обвиняемым предоставляются свидания с защитником наедине и конфиденциально без ограничения их числа и продолжительности, за исключением случаев, предусмотренных УПК РФ. Свидания предоставляются защитнику по предъявлении удостоверения адвоката и ордера. Истребование у адвоката иных документов запрещается. Свидания подозреваемого или обвиняемого с его защитником могут иметь

место в условиях, позволяющих сотруднику места содержания под стражей видеть их, но не слышать (статья 18).

В ч. 1 той же статьи 18 содержится указание на то, что защитнику запрещается проносить на территорию места содержания под стражей технические средства связи, а также технические средства (устройства), позволяющие осуществлять кино съемку, аудио- и видеозапись. На территорию места содержания под стражей защитник вправе проносить копировально-множительную технику и фотоаппаратуру (только для снятия копий с материалов уголовного дела) и компьютеры и пользоваться такой техникой, фотоаппаратурой, компьютерами только в отсутствие подозреваемого, обвиняемого в отдельном помещении, определенном администрацией места содержания под стражей.

*Переписка и другие формы опосредованного
общения обвиняемого и защитника*

Право на коммуникацию со своим адвокатом включает в себя право общаться опосредованно (например, посредством переписки или телефонной связи).

В деле «*Domenicini v. Italy*» (постановление от 15 ноября 1996 года) ЕСПЧ постановил, что осуществление тюремными властями перлюстрации писем заявителя к его адвокату является нарушением сразу двух статей Конвенции (статьи 8 и п. «b» ч. 3 статьи 6). Конвенция предполагает, что любое ограничение, накладываемое на право обвиняемого или задержанного лица общаться со своим адвокатом, должно быть предписано законом, являющимся «точным и определенным» и четко формулирующим условия, при которых подобные ограничения допустимы.

В постановлении от 21 февраля 1975 года по делу «*Golder v. the United Kingdom*» Европейский суд счел нарушающим статью 8 Конвенции запрет заявителю на отправку письма адвокату и подчеркнул, что «воспрепятствование вступлению в переписку — это наиболее радикальная форма вмешательства в осуществление права на корреспонденцию»¹.

В постановлении от 9 октября 2008 года по делу «*Moiseev v. Russia*» Европейский суд установил, что адвокаты заявителя и сам заявитель должны были получать специальное разрешение от администрации следственного изолятора на передачу любых

¹ См.: Европейский суд по правам человека. Т. 1. С. 47.

документов. В этой связи ЕСПЧ указал, что переписка с адвокатами, независимо от ее цели, всегда является привилегированной и что чтение писем заключенного, направляемых адвокату или получаемых от него, позволительно в исключительных случаях, когда у властей есть разумные основания полагать, что этой привилегией злоупотребляют в том смысле, что содержание письма угрожает безопасности пенитенциарного учреждения, безопасности других или носит криминальный характер какой-либо другого рода. Практика ознакомления со всеми документами, которыми обменивались заявитель и его защита, имела следствием то, что обвинение знало заранее стратегию защиты. Это вопиющее нарушение конфиденциальности отношений между клиентом и адвокатом не могло не нанести ущерб праву заявителя на защиту и в большой степени лишить получаемую правовую помощь ее пользы.

§ 6. Конфиденциальность коммуникации адвоката-защитника с обвиняемым и сведений, полученных защитником в ходе такого общения (адвокатская тайна)

Европейский суд по правам человека рассматривает требование конфиденциальности коммуникации адвоката-защитника со своим подзащитным и информации, полученной в результате такого общения, как важный элемент права на защиту и гарантии справедливого судебного разбирательства.

Такая позиция Европейского суда стала результатом длительного эволютивного толкования статьи 6, § 3 (с), Европейской конвенции.

Так, Европейская комиссия по правам человека в деле *«Kempers v. Austria»* (постановление ЕСПЧ от 27 февраля 1997 года) не нашла нарушения статьи 6, § 3 (с). Заявитель в этом деле вместе с сообщниками пытался продать пять килограммов кокаина и был арестован. У заявителя был адвокат, но судья, который вел дело, распорядился, чтобы все встречи с адвокатом проходили в его, судьи, присутствии. Судья указал на то, что, с учетом характера обвинений, существовал серьезный риск сговора между соучастниками преступления, которые продолжали находиться на свободе. Эта мера длилась около двух месяцев, затем ограничения были сняты, и у заявителя было еще несколько месяцев на подготовку к судебному процессу. Комиссия признала неприемлемой жалобу

заявителя на ограничение конфиденциальности. Комиссия отметила тот факт, что в конечном счете у заявителя было много времени для встреч с адвокатом в условиях конфиденциальности. Комиссия также согласилась с выводами внутренних судов о том, что в этом деле существовал высокий риск сговора между заявителем и его еще не пойманными соучастниками.

В дальнейшем практика Европейского суда несколько изменилась.

Так, в деле «*Lantz v. Austria*» (постановление от 31 января 2002 года) Суд пришел к выводу о нарушении п. 3 (с) статьи 6 на том основании, что заявитель не был участником организованной банды. К тому же риск сговора, на котором основывались внутренние суды, уже был использован как аргумент для предварительного заключения заявителя. Суд решил, что нельзя одним и тем же аргументом оправдывать две разные меры — предварительное заключение и ограничение конфиденциальности свиданий¹.

В деле «*Brennan v. United Kingdom*» (постановление от 16 октября 2001 года) Европейский суд отметил, что вмешательство (присутствие офицера полиции во время встреч заявителя с адвокатом) длилось только 48 часов и касалось периода непосредственно после ареста заявителя. Тем не менее Европейский суд пришел к выводу о нарушении статьи 6, § 3 (с), Конвенции. В этом деле заявитель подозревался в принадлежности к Ирландской республиканской армии и в совершении террористических актов.

Подобная позиция отражена Европейским судом в постановлении по делу «*S. v. Switzerland*». Заявитель подозревался в терроризме — поджогах государственных зданий и хранении взрывчатки. В течение первых месяцев после задержания его встречи с адвокатом проходили под наблюдением полицейских, которые могли слышать разговоры адвоката и заключенного. Более того, три письма адвокату были изъяты и использовались в дальнейшем для проведения графологической экспертизы. Также полиция изъяла у адвоката документы, относящиеся к делу, которые тот пытался передать своему подзащитному. Прокуратура ссылалась на риск того, что заявитель через своего адвоката вступит в сговор с другими обвиняемыми. Власти также говорили, что

¹ См. также: Диков Г.В. Адвокатская тайна в свете практики ЕСПЧ // Адвокатская палата. 2009. № 4. С. 12—20.

заявитель отказался дать показания, что, соответственно, повышало риск сговора с целью выработать единую линию защиты.

Европейский суд, рассматривая эти ограничения, отметил, что риск сговора не был подтвержден никакими фактами. Адвокат заявителя не был обвинен в каком-то конкретном нарушении закона или даже профессиональной этики; что касается выработки общей позиции по делу, то это является естественным приемом адвокатской защиты, в котором нет ничего противозаконного. Суд указал, что право на конфиденциальное свидание с адвокатом является одним из самых базовых требований п. 3 (с) статьи 6, гарантирующего право на юридическую помощь. Суд также отметил, что ограничения на свидания с адвокатом длились около семи месяцев. В результате было найдено нарушение п. 3 (с) статьи 6 Конвенции.

В постановлении по делу Суд отметил: «Право обвиняемого общаться со своим адвокатом вне досягаемости от третьих лиц фигурирует среди элементарных требований справедливого судебного разбирательства в демократическом обществе и вытекает из статьи 6 п. 3 (с) Конвенции. Если бы адвокат не мог общаться со своим клиентом без такого наблюдения и получать конфиденциальные указания, его помощь потеряла бы пользу, тогда как цель Конвенции состоит в защите практического и эффективного осуществления прав».

Аналогичные правовые позиции сформулированы Европейским судом по вопросу конфиденциальности информации, полученной вследствие общения адвоката со своим доверителем.

*Основания, оправдывающие вмешательство
в тайну переписки и переговоров с адвокатом*

В практике применения Конвенции можно найти несколько дел, в которых Европейская комиссия признавала вмешательство в тайну переписки и переговоров адвоката обоснованным. В деле «*Mudlars v. the Netherlands*» (постановление ЕСПЧ от 6 апреля 1995 года) заявитель — практикующий адвокат и конкурсный управляющий банка — подозревался в мошенничествах. Его телефон был поставлен на прослушивание по решению «следственного судьи»; при этом судья информировал о факте прослушивания главу адвокатской палаты, которому регулярно направлялись копии кассет с записями разговоров заявителя. Судья и глава адвокатской палаты вместе решали, какие записи надо стереть, так

как они не относятся к делу самого заявителя, а какие оставить. Эта мера, по мнению Комиссии, в достаточной мере защищала клиентов адвоката от разглашения сведений, сообщенных ему; в его же собственном деле заявитель действовал самостоятельно, а не по поручению.

Из дел, касающихся конфиденциальности переписки между заключенным и его адвокатом, следует вспомнить и дело «*Calogero Diana v. Italy*» (постановление ЕСПЧ от 15 ноября 1996 года). Дело касалось террориста, члена итальянской «Красной бригады»; его переписка с адвокатом вскрывалась и прочитывалась администрацией тюрьмы. Итальянский закон разрешал перлюстрацию по мотивированному решению судьи в отношении определенных категорий заключенных. Автоматический (в силу указаний закона, а не по судебному решению) мониторинг всей корреспонденции заключенных (не только с адвокатом, но и с родственниками) был признан несоответствующим Конвенции в постановлении от 23 сентября 1998 года по делу «*Petra v. Romania*». Интересно, что мотивировка внутренних решений в этом деле была достаточно подробной и, более того, действие этой меры было ограничено определенным сроком. Наконец, о перлюстрации было официально сообщено заявителю. Тем не менее Суд нашел нарушение статьи 8 Конвенции в этом деле. С одной стороны, Суд признал, что действия тюремных властей имели под собой законодательную базу. Вместе с тем Суд сосредоточился на такой проблеме, как «качество закона», примененного в этом деле. Итальянский закон не указывал, по каким основаниям судья может разрешить перлюстрацию и на какой срок. Таким образом, дискреция судьи в этих вопросах оставалась недопустимо широкой, а закон — слишком неопределенным. При этом Суд оговорился, что закон не может детально описывать каждый случай, в котором допускается перлюстрация, — такое требование было бы неисполнимым. В то же время закон должен устанавливать хоть какие-то рамки, ограничивающие дискрецию внутренних органов при решении этого вопроса.

Качество закона, примененного в деле, было предметом исследования ЕСПЧ и в постановлении от 25 марта 1998 года по делу «*Kopp v. Switzerland*», где рассматривался вопрос о прослушивании телефонов адвокатского офиса. Швейцарский закон содержал безоговорочный запрет на прослушивание телефонных переговоров адвокатов с их клиентами. Правительство пыталось объяснить, что заявитель прослушивался в «личном качестве»

(под подозрением была его жена, а не он сам). Однако закон ничего не говорил о том, как различить «личные» и «профессиональные» переговоры. Суд отметил, что правоприменительная практика допускала такое прослушивание, т.е. требование законности было соблюдено, но непонятно было, как она уживалась с общим запретом, содержащимся в законе. К тому же эта практика не указывала, кто должен разграничивать «личные» и «профессиональные» переговоры адвоката.

*Адвокатская тайна как гарантия от обыска
в занимаемых адвокатом помещениях*

Проблемы сохранения адвокатской тайны Европейский суд неоднократно рассматривал применительно к обыскам в помещениях, занимаемых адвокатами.

В решении по делу «*Nimitz v. Germany*» (от 16 декабря 1992 года) Европейский суд подчеркнул, что «ордер содержал слишком общие предписания найти и изъять, без каких-либо ограничений, “документы”, раскрывающие личность автора оскорбительного письма; этот факт имеет особое значение, поскольку обыск адвокатской конторы не сопровождается специальными процедурными гарантиями, такими как присутствие независимых наблюдателей. Более того, принимая во внимание природу рассмотренных материалов, очевидно, что обыск посягал на профессиональную тайну в той степени, которая не соответствует данным обстоятельствам; в связи с этим необходимо напомнить, что посягательство на профессиональную тайну адвоката может иметь последствия при отправлении правосудия и тем самым нарушать права, гарантируемые статьей 8 Конвенции»¹.

Аналогичную проблему Европейский суд по правам человека анализировал в постановлении по делу «*Smirnov v. Russia*» от 7 июля 2007 года, где выражается обеспокоенность отсутствием каких-либо гарантий защиты для материалов, составляющих профессиональную тайну. Формулировка ордера предоставляла чрезвычайно широкие полномочия по его производству, однако конкретные доказательства, указывающие на то, что искомые материалы могут находиться у заявителя, представлены не были. Национальные суды также не обосновали должным образом

¹ См.: Европейский суд по правам человека. Т. 1. С. 770—772.

проведение обыска; следовательно, «относимые и достаточные основания» для него приведены не были.

По мнению Суда, размытая формулировка объема обыска позволила властям самостоятельно решать, какие материалы «представляют интерес» для дела, что привело к изъятию помимо документов, относящихся к делу, некоторых личных материалов заявителя (записной книжки, системного блока, адвокатских досье). Какие-либо гарантии защиты от нарушения требований охраны профессиональной тайны, такие как запрет изымать материалы адвокатских производств или присутствие независимого наблюдателя, который бы определял, какие материалы охраняются профессиональной тайной, отсутствовали. Европейский суд указал, что обыск явился серьезным посягательством на профессиональную тайну, чрезмерным по сравнению с преследуемой законной целью. В этой связи Европейский суд отметил, что нарушение требований охраны профессиональной тайны в отношении адвоката может иметь негативные последствия для отправления правосудия и, следовательно, для защиты прав, гарантированных статьей 6 Конвенции¹.

В постановлении по делу «*Kolesnichenko v. Russia*» от 9 апреля 2009 года Европейский суд отметил, что во время обыска адвокатского офиса отсутствовали гарантии против вмешательства в профессиональные секреты, например такие, как запрет изъятия документов, защищенных адвокатской тайной, или надзор за обыском со стороны независимого наблюдателя, способного определить, независимо от следственной бригады, какие документы охватываются юридической профессиональной привилегией (см. постановление от 27 сентября 2005 года по делу «*Sallinen and Others v. Finland*» и постановление по делу «*Tamosius v. the United Kingdom*»). Присутствие двух понятых не могло считаться достаточной гарантией, с учетом того, что они не имели юридической квалификации и не могли распознать привилегированные материалы. Кроме того, что касается электронных данных, содержащихся в компьютерах заявителя, изъятых следователем, то во время обыска, по-видимому, не применялась процедура отсеивания.

Учитывая характер материалов, которые были осмотрены и изъяты, Европейский суд нашел, что обыск затронул профес-

¹ Постановление ЕСПЧ по делу «*Smirnov v. Russia*» приводится по СПС «Консультант-Плюс».

сиональные секреты в степени, несоразмерной, как бы то ни было, преследуемой цели. ЕСПЧ напомнил в этой связи, что, когда затронут адвокат, вмешательство в профессиональные секреты может иметь последствия для надлежащего отправления правосудия и, следовательно, для прав, гарантированных статьёй 6 Конвенции (см. постановления по упоминавшимся выше делам «*Smirnov v. Russia*», § 48, и «*Nimitz v. Germany*», § 37).

В итоге Европейский суд сделал вывод, что обыск, проведенный без относимых и достаточных оснований и в отсутствие гарантий от вмешательства в профессиональные секреты, в квартире и конторе заявителя, который не подозревался в совершении какого-либо преступления, а являлся защитником обвиняемого по тому же уголовному делу, не соответствовал критерию «необходимости в демократическом обществе» и, следовательно, в деле имело место нарушение статьи 8 Конвенции.

*Применение международного стандарта
конфиденциальности коммуникации между адвокатом
и его подзащитным в правовых позициях КС РФ*

Рассматриваемый международный стандарт уголовного судопроизводства нашел отражение как в российском уголовно-процессуальном законодательстве, так и в практике его применения.

Вопросы *конфиденциальности коммуникации* адвоката-защитника и обвиняемого (подозреваемого), а также информации, полученной защитником в ходе такого общения, неоднократно рассматривались Конституционным Судом РФ.

В постановлении Конституционного Суда РФ от 29 ноября 2010 года № 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 была сформулирована правовая позиция по вопросу конституционности цензуры переписки лица, заключенного под стражу, со своим адвокатом¹.

По мнению заявителей жалобы, статьи 20 и 21 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», позволяя администрации места

¹ Постановление КС РФ приводится по СПС «Консультант-Плюс».

содержания под стражей подвергать цензуре переписку обвиняемого в совершении преступления со свободно избранным им адвокатом (защитником), ограничивают права, гарантированные статьями 46 и 48 Конституции РФ, поскольку лишают обвиняемого возможности получить квалифицированную юридическую помощь, а защитника — предоставить таковую, и противоречат статьям 6 и 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод в их понимании Европейским судом по правам человека.

Кроме того, установленный оспариваемыми законоположениями порядок переписки между обвиняемым и адвокатом (защитником) является, по мнению заявителей, дискриминационным по сравнению с порядком переписки обвиняемого с судом, прокурором, иными органами государственной власти, приводит к нарушению гарантированных статьей 23 Конституции РФ права на тайну переписки и права на тайну частной жизни, а также представляет собой неправомерное отступление от общепризнанных принципов и норм международного права, являющихся составной частью правовой системы Российской Федерации, и тем самым противоречит статьям 15 и 17 Конституции РФ.

Конституционный Суд РФ установил, что право на получение квалифицированной юридической помощи и, соответственно, право пользоваться помощью адвоката (защитника) признаются и гарантируются в РФ согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией РФ в числе других прав и свобод человека и гражданина, которые являются непосредственно действующими, определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, обеспечиваются правосудием и признание, соблюдение и защита которых составляют обязанность государства (статьями 1, 2, 17 и 18 Конституции РФ).

Необходимой составляющей права пользоваться помощью адвоката (защитника) как одного из основных прав человека, признаваемых международно-правовыми нормами (статья 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод), является обеспечение конфиденциальности сведений, сообщаемых адвокату его доверителем и подлежащих защите в силу положений Конституции РФ, которые гарантируют каждому право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну (статья 23, ч. 1), запрещают сбор, хранение, использование

и распространение информации о частной жизни лица без его согласия (статья 24, ч. 1).

Право заключенного под стражу лица на конфиденциальный характер отношений со своим адвокатом (защитником) как неотъемлемая часть права на получение квалифицированной юридической помощи не является абсолютным, однако его ограничения, сопряженные с отступлениями от адвокатской тайны, как следует из правовых позиций Конституционного Суда РФ, выраженных в его решениях, в том числе в постановлении от 14 мая 2003 г. № 8-П и определении от 8 ноября 2005 года № 439-О, допустимы лишь при условии их адекватности и соразмерности и могут быть оправданы лишь необходимостью обеспечения указанных в статье 55 (ч. 3) Конституции РФ целей защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, а также обеспечения обороны страны и безопасности государства.

В силу предписаний Конституции РФ, Конвенции о защите прав человека и основных свобод как составной части правовой системы Российской Федерации и основанных на них правовых позиций Конституционного Суда РФ, а также исходя из международных обязательств РФ, вытекающих из ее участия в Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в том числе с учетом практики ЕСПЧ применительно к обеспечению права на помощь адвоката (защитника), цензура переписки подозреваемых и обвиняемых, содержащихся под стражей, с избранными ими адвокатами (защитниками) может иметь место лишь в исключительных случаях, при наличии у администрации места содержания под стражей обоснованных подозрений в злоупотреблении правом со стороны адвоката и в злонамеренном его использовании со стороны лица, которому оказывается юридическая помощь.

Федеральный законодатель, закрепляя в УПК РФ и Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», т.е. в специальных законах, принятых уже после вступления в силу Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» (в 2001 и 2002 годах соответственно), конфиденциальный характер отношений, складывающихся в процессе оказания адвокатом юридической помощи, исходил из недопустимости осуществления цензуры переписки подозреваемых и обвиняемых, содержащихся под стражей, с избранными ими адвокатами (защитниками) в качестве общего правила.

Целевое назначение регулирования отношений, возникающих по поводу цензуры корреспонденции обвиняемых и подозреваемых, содержащихся под стражей, как следует из статей 20 и 21 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» во взаимосвязи с положениями УПК РФ, в том числе ч. 1 его статьи 97 «Основания для избрания меры пресечения» и статьи 108 «Заключение под стражу», — предотвращение преступлений, разглашения государственной или иной охраняемой законом тайны, передачи сведений, могущих помешать установлению истины по уголовному делу или способствовать совершению преступления, выполненных тайнописью, шифром, недопущение угроз свидетелю, другим участникам уголовного судопроизводства, уничтожения доказательств, воспрепятствования иным путем производству по уголовному делу.

На основании вышеизложенных доводов Конституционный Суд РФ признал взаимосвязанные положения статей 20 и 21 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», регулирующие осуществление администрацией места содержания под стражей цензуры переписки подозреваемых и обвиняемых, в отношении которых избрана мера пресечения в виде заключения под стражу, со своими адвокатами (защитниками), не противоречащими Конституции РФ. По конституционно-правовому смыслу этих законоположений в системе действующего правового регулирования цензура переписки лица, заключенного под стражу, со своим адвокатом (защитником) возможна лишь в случаях, когда у администрации следственного изолятора есть разумные основания предполагать наличие в переписке недозволенных вложений (что проверяется только в присутствии самого этого лица) либо имеется обоснованное подозрение в том, что адвокат злоупотребляет своей привилегией на адвокатскую тайну, что такая переписка ставит под угрозу безопасность следственного изолятора или носит какой-либо иной противоправный характер, — в таких случаях администрация следственного изолятора обязана принять мотивированное решение об осуществлении цензуры и письменно зафиксировать ход и результаты соответствующих действий.

Ряд позиций Конституционного Суда РФ посвящены возможности и условиям допроса адвоката об обстоятельствах, которые стали ему известны или доверены в связи с его профессиональной деятельностью.

В определении по жалобе В.В. Паршуткина Конституционный Суд РФ подтвердил, что адвокат вопреки его желанию не может быть допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах и фактах, ставших ему известными в рамках профессиональной деятельности по оказанию юридической помощи, *независимо от времени и обстоятельств получения им таких сведений*¹.

В определении отмечается, что, несмотря на имеющееся соглашение и ордер юридической консультации, следователь не допустил Е.Ю. Львову к участию в деле в качестве защитника В.В. Паршуткина, сославшись на необходимость ее допроса в качестве свидетеля о являющихся предметом расследования по этому уголовному делу обстоятельствах оказания ею юридической помощи В.В. Паршуткину в ходе их совместной работы.

Конституционный Суд РФ отметил, что в силу прямого указания ч. 1 статьи 67 УПК РСФСР и статьи 16 Положения об адвокатуре РСФСР участие адвоката в деле исключается, только если ранее он допрашивался по данному делу в качестве свидетеля. Однако, как следовало из жалобы, адвокат Е.Ю. Львова к тому моменту, когда она оформила поручение и приняла на себя защиту В.В. Паршуткина, как свидетель в данном деле не участвовала, не допрашивалась и, следовательно, названное законное основание для отказа ей в допуске к участию в деле или отстранения ее от защиты отсутствовало.

В итоге Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что уголовно-процессуальное законодательство не ограничивает адвокатскую тайну сведениями, полученными лишь после того, как адвокат был допущен к участию в деле в качестве защитника обвиняемого.

Адвокатский иммунитет и право адвоката огласить известные ему данные в интересах и с разрешения подзащитного

В определении Конституционного Суда РФ по жалобе Г.В. Цицкишвили была сформулирована правовая позиция по вопросу о возможности такого допроса в случаях, когда сам ад-

¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 6 июля 2000 года № 128-О по жалобе гражданина Паршуткина Виктора Васильевича на нарушение его конституционных прав и свобод п. 1 ч. 2 статьи 72 УПК РСФСР и статей 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР // СПС «Консультант-Плюс».

вокат и его подзащитный заинтересованы в оглашении тех или иных сведений¹.

По мнению заявителя этой жалобы, п. 2 ч. 3 статьи 56 УПК РФ, как не позволяющий использовать показания защитника в качестве доказательства по делу не только в случаях, когда это связано с необходимостью соблюдения адвокатской тайны, нарушает его право на получение квалифицированной юридической помощи, гарантированное статьей 48 Конституции РФ, а также противоречит принципу состязательности и равноправия сторон, закрепленному статьей 123 (ч. 3) Конституции РФ.

Конституционный Суд РФ отметил, что предусмотренное п. 2 ч. 3 статьи 56 УПК РФ освобождение защитника от обязанности свидетельствовать об обстоятельствах, которые стали ему известны или доверены в связи с его профессиональной деятельностью, служит обеспечению интересов обвиняемого и является гарантией беспрепятственного выполнения защитником возложенных на него функций; в этом заключаются смысл и предназначение указанной нормы. Такое понимание адвокатского иммунитета вытекает из правовой позиции Конституционного Суда РФ, сформулированной в определении от 6 июля 2000 года № 128-О.

Освобождая адвоката от обязанности свидетельствовать о ставших ему известными обстоятельствах в случаях, когда это вызвано нежеланием разглашать конфиденциальные сведения, п. 2 ч. 3 статьи 56 УПК РФ вместе с тем не исключает право адвоката дать соответствующие показания в случаях, когда он сам и его подзащитный заинтересованы в оглашении тех или иных сведений. Данная норма также не служит для адвоката препятствием в реализации права выступить свидетелем по делу при условии изменения впоследствии его правового статуса и соблюдения прав и законных интересов лиц, доверивших ему информацию.

В подобных случаях суды не вправе отказывать в даче свидетельских показаний лицам, перечисленным в ч. 3 статьи 56 УПК РФ, в том числе защитникам обвиняемого и подозреваемого, при заявлении ими соответствующего ходатайства.

¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 6 марта 2003 года № 108-О по жалобе гражданина Цицкишвили Гиви Важевича на нарушение его конституционных прав п. 2 ч. 3 статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса РФ // СПС «Консультант-Плюс».

Вместе с тем Конституционный Суд РФ полагает, что суд вправе задавать адвокату вопросы относительно имевших место нарушений уголовно-процессуального закона, не исследуя при этом информацию, конфиденциально доверенную лицом адвокату, а также иную информацию об обстоятельствах, которая стала известна ему в связи с его профессиональной деятельностью¹.

Так, А.М. Гаврилов просил признать п. 3 ч. 3 статьи 56 УПК РФ противоречащим статьям 18, 45 (ч. 1 и 2), 48, 50 (ч. 2) и 51 (ч. 2) Конституции РФ. По мнению заявителя, данная норма позволяет следователю, государственному обвинителю и суду без согласия обвиняемого вызывать и допрашивать адвоката в качестве свидетеля в целях выяснения обстоятельств его участия (неучастия) в качестве защитника на предварительном следствии или в судебном разбирательстве, а полученные от адвоката сведения использовать для опровержения доводов обвиняемого. Другой заявитель, А.Х. Эшонкулов, утверждал, что оспариваемые им нормы, позволив суду вызвать в судебное заседание и допросить в качестве свидетелей по делу следователя и адвоката, нарушили его права, гарантированные статьями 50 (ч. 2) и 51 (ч. 1) Конституции РФ.

Конституционный Суд РФ не нашел оснований для принятия данных жалоб к рассмотрению. В соответствующих определениях указывается, что в соответствии с п. 3 ч. 3 статьи 56 УПК РФ адвокат не может быть допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с оказанием юридической помощи. Данной норме корреспондируют положения Федерального закона от 31 мая 2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», согласно которым адвокат не вправе разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием последнему юридической помощи, без согласия доверителя (подп. 5 п. 4 статьи 6); адвокат не может быть вызван и допрошен в качестве свидетеля об обстоятель-

¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16 июля 2009 года. № 970-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Гаврилова Александра Михайловича на нарушение его конституционных прав п. 3 ч. 3 статьи 56 УПК РФ; от 23 сентября 2010 года № 1147-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Республики Узбекистан Эшонкулова Азамата Хагамбаевича на нарушение его конституционных прав статьи 56, ч. 5 статьи 246 и ч. 3 статьи 278 УПК РФ // СПС «Консультант-Плюс».

ствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием (п. 2 статьи 8). Таким образом, установленный законодателем запрет на допрос адвоката в качестве свидетеля об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с оказанием юридической помощи, является гарантией того, что информация о частной жизни, конфиденциально доверенная лицом в целях собственной защиты только адвокату, не будет вопреки воле этого лица использована в иных целях, в том числе как свидетельствование против него самого.

Кроме того, деятельность адвоката предполагает в том числе защиту прав и законных интересов подозреваемого, обвиняемого от возможных нарушений уголовно-процессуального закона со стороны органов дознания и предварительного следствия. С этой целью, в частности, адвокат присутствует при предъявлении обвинения его доверителю. Выявленные же им при этом нарушения требований уголовно-процессуального закона должны быть в интересах доверителя доведены до сведения соответствующих должностных лиц и суда, т.е. такие сведения не могут рассматриваться как адвокатская тайна. Соответственно суд вправе задавать адвокату вопросы относительно имевших место нарушений уголовно-процессуального закона, не исследуя при этом информацию, конфиденциально доверенную лицом адвокату, а также иную информацию об обстоятельствах, которая стала ему известна в связи с его профессиональной деятельностью.

Отсутствие у адвоката и адвокатского образования обязанности предоставлять налоговому органу какие-либо документы, содержащие сведения о клиентах

Важным аспектом сохранения адвокатской тайны является отсутствие у адвоката и адвокатского образования обязанности предоставлять налоговому органу какие-либо документы, содержащие сведения о клиентах.

В ряде определений Конституционного Суда РФ отмечается, что положения подп. 6 п. 1 статьи 23 и п. 1 статьи 93 НК РФ не могут рассматриваться как возлагающие на адвокатов и адвокатские образования обязанность предоставлять налоговому органу любые документы, содержащие сведения о клиентах и, соответ-

ственно, предусматривающие ответственность за неисполнение такой обязанности, как за налоговое правонарушение¹.

Целями налогообложения и налогового контроля предопределяется содержание информации, предоставляемой налоговым органам адвокатами и адвокатскими образованиями. Налоговый орган вправе требовать от них сведения, которые необходимы для оценки налоговых последствий сделок, заключаемых с клиентами. Такие сведения в любом случае составляют налоговую тайну и защищаются от разглашения в силу закона (статьи 102 Налогового кодекса РФ). Что касается сведений, которые связаны с содержанием оказываемой адвокатом юридической помощи и могут быть использованы против его клиента, то исходя из конституционно значимых принципов адвокатской деятельности налоговые органы не вправе требовать их представления.

Таким образом, подп. 6 п. 1 статьи 23 и п. 1 статьи 93 НК РФ, предусматривающие предоставление налогоплательщиками — адвокатами и адвокатскими образованиями по требованию налогового органа документов, необходимых для исчисления и уплаты налогов, сами по себе не могут расцениваться как нарушающие конституционные права заявителей.

Ряд гарантий адвокатской тайны отражен в позициях Конституционного Суда РФ по вопросам допустимости личного досмотра адвоката и обыска помещения, занимаемого адвокатом.

*Запрет личного досмотра адвоката администрацией
исправительных учреждений*

В определении по жалобе И.П. Кирюхиной Конституционный Суд РФ отметил, что необходимость повышенных гарантий защиты статуса адвоката со стороны государства была неоднократно подтверждена КС РФ, в частности применительно к праву на свидание обвиняемого (подозреваемого) с адвокатом и праву на защиту адвокатской тайны (постановление от 25 октя-

¹ См.: Определения Конституционного Суда РФ от 17 июня 2008 года № 451-О-П по жалобе гражданина Карелина Михаила Юрьевича на нарушение его конституционных прав положениями подп. 6 п. 1 статьи 23 и п. 1 статьи 93 Налогового кодекса РФ, п. 1 статьи 8 и п. 3 статьи 18 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»; от 6 марта 2008 года № 449-О-П по жалобе некоммерческой организации «Коллегия адвокатов “Регионсервис”» на нарушение конституционных прав и свобод положениями п. 1 статьи 93 и п. 2 статьи 126 Налогового кодекса РФ // СПС «Консультант-Плюс».

бря 2001 года № 14-П, определения от 6 июля 2000 года № 128-О, от 6 марта 2003 года № 108-О, от 29 мая 2007 года № 516-О-О)¹.

Часть шестая статьи 82 УИК РФ и п. 6 статьи 14 Закона РФ «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы» позволяют администрации исправительного учреждения принять решение о проведении личного досмотра и в отношении адвоката. Однако такое решение — исходя из повышенных гарантий защиты статуса адвоката — может иметь место, только если администрация исправительного учреждения располагает данными, позволяющими полагать, что адвокат намеревается пронести на территорию исправительного учреждения запрещенные предметы. При этом, как подчеркнул Конституционный Суд, необходимость личного досмотра должна быть подтверждена указанием как на правовые, так и на фактические основания его проведения, а ход и результаты — письменно фиксироваться, с тем чтобы лицу, в отношении которого проводится личный досмотр, была обеспечена возможность судебной проверки законности и обоснованности соответствующих действий.

*Правовая позиция КС РФ об обязательности
судебного решения относительно проведения обыска
у адвоката не только в жилом, но и в служебном помещении*

В определении по жалобам граждан С.В. Бородина, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других Конституционный Суд рассмотрел вопрос о правомерности проведения без специального судебного решения обыска в служебном помещении адвоката или адвокатского образования².

По мнению заявителей, статьи 7, 29, 182 и 183 УПК РФ, как не предусматривающие обязательное получение решения суда для производства обыска и выемки в помещениях, используемых для адвокатской деятельности, исключают возможность применения

¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 6 марта 2008 года № 428-О-П по жалобе гражданки Кирюхиной Ирины Петровны на нарушение ее конституционных прав ч. 6 статьи 82 УИК РФ и п. 6 статьи 14 Закона РФ «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы» // СПС «Консультант-Плюс».

² См.: Определение Конституционного Суда РФ от 8 ноября 2005 года № 439-О по жалобе граждан С.В. Бородина, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статей 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса РФ // СПС «Консультант-Плюс».

в таких случаях п. 3 статьи 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», ограничивают возможность соблюдения адвокатской тайны и тем самым влекут ущемление гарантированных Конституцией РФ права на неприкосновенность частной жизни (ч. 1 статьи 23), права адвоката на занятие избранной деятельностью (ч. 1 статьи 37) и права каждого на получение квалифицированной юридической помощи (ч. 1 статьи 48).

Конституционный Суд РФ отметил, что статья 7 УПК РФ ранее уже была предметом его рассмотрения. В сохраняющем свою силу постановлении от 29 июня 2004 г. № 13-П КС РФ признал, что федеральный законодатель вправе установить приоритет УПК РФ перед иными федеральными законами в регулировании уголовно-процессуальных отношений. В случае коллизии законов приоритет УПК РФ действует лишь при условии, что речь идет о правовом регулировании уголовно-процессуальных отношений. Приоритет УПК РФ перед другими федеральными законами не является безусловным. О безусловном приоритете норм уголовно-процессуального законодательства не может идти речь и в случаях, когда в иных (помимо УПК РФ) законодательных актах устанавливаются дополнительные гарантии прав и законных интересов отдельных категорий лиц, обусловленные в том числе их особым правовым статусом. В силу статьи 18 Конституции РФ разрешение в процессе правоприменения коллизий между различными правовыми актами должно осуществляться исходя из того, какой из этих актов предусматривает больший объем прав и свобод граждан и устанавливает более широкие их гарантии.

Таким образом, статья 7 УПК РФ по своему конституционно-правовому смыслу не исключает применение в ходе производства процессуальных действий норм иных — помимо УПК РФ — законов, если этими нормами закрепляются гарантии прав и свобод участников соответствующих процессуальных действий, а потому не может расцениваться как нарушающая конституционные права заявителей.

В силу п. 3 статьи 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» проведение следственных действий, включая производство всех видов обыска, в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности), допускается только по судебному решению, отвечающему, как следует из ч. 4 статьи 7 УПК РФ, требованиям законности, обоснованности и мотивированности, — в нем должны быть ука-

заны конкретный объект обыска и данные, служащие основанием для его проведения, с тем чтобы в результате обыска не могла быть получена информации о клиентах, которые не имеют непосредственного отношения к данному уголовному делу.

Статьи 29 и 182 УПК РФ в части, касающейся определения оснований и порядка производства следственных действий, в том числе обыска, в отношении отдельных категорий лиц, включая адвокатов, не содержат указания на обязательность судебного решения в качестве условия производства обыска в служебных помещениях, используемых для адвокатской деятельности, — они закрепляют прямое требование о получении судебного решения только для производства обыска в жилище. Это, однако, не означает, что ими исключается необходимость получения соответствующего судебного решения в случаях, предусмотренных п. 3 статьи 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

На основании вышеизложенного КС РФ сделал вывод, что положения статей 7, 29 и 182 УПК РФ в их конституционно-правовом истолковании и в системном единстве с положениями п. 3 статьи 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» не предполагают возможность производства обыска в служебном помещении адвоката или адвокатского образования без принятия об этом специального судебного решения.

§ 7. ПРАВО ОБВИНЯЕМОГО И ЕГО ЗАЩИТНИКА НА ДОСТУП К МАТЕРИАЛАМ УГОЛОВНОГО ДЕЛА И НА ПОЛУЧЕНИЕ НЕОБХОДИМЫХ КОПИЙ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ДОКУМЕНТОВ

Практика ЕСПЧ по отдельным российским и зарубежным делам

Европейский суд неоднократно отмечал, что обвиняемый должен быть ознакомлен со всеми необходимыми материалами, которые были собраны компетентными органами, с тем, чтобы добиться снятия с себя обвинения или менее сурового приговора (постановления по делам «*Foucher v. France*» от 18 марта 1997 года, «*C.G.P. v. Netherlands*» от 15 января 1997 года, «*Verdu Verdu v. Spain*» от 15 февраля 2007 года, «*Ferreira Alves v. Portugal*» от 21 июня 2007 года).

В деле «*Edwards v. United Kingdom*» (постановление ЕСПЧ от 16 декабря 1992 года) за совершение нескольких ограблений за-

явитель был осужден судом присяжных на основании оспоренных и неподписанных признаний, сделанных в полиции. Защита не была поставлена в известность том, что один из потерпевших не узнал заявителя в полицейском фотоальбоме и что на месте одного из преступлений были обнаружены отпечатки пальцев соседа заявителя. В результате жалоб было назначено независимое расследование, и дело было передано в апелляционный суд. Тот посчитал, что показания, не доведенные до сведения защиты, никак не изменили бы исход дела. Защитники заявителя не просили суд повторно заслушать свидетелей полиции и не потребовали предъявить отчет о независимом расследовании. В решении по данному делу ЕСПЧ установил, что, хотя неоглашение существенных доказательств привело к процессуальному нарушению, апелляционный суд принял по внимание новую информацию, затрагивающую осуждение заявителя. Отказ апелляционного суда от заслушивания свидетелей не оправдывает упущения со стороны адвоката заявителя, не потребовавшего повторного заслушивания свидетелей полиции или предъявления отчета. С учетом того что при разбирательстве дела в апелляционном суде недочеты, допущенные в ходе первоначального судебного разбирательства, были исправлены, нарушения статьи 6 Конвенции не установлено.

В деле «*Botmekh and Alamy v. the United Kingdom*» (постановление от 7 июня 2007 года) за заговор с целью организации взрывов автотранспорта израильских и европейских объектов в Лондоне заявители были осуждены к 20 годам лишения свободы и рекомендованы к депортации. Заявители обжаловали в апелляционный суд отказ суда первой инстанции ознакомить их с содержанием материалов, представленных разведывательными службами, которые могли помочь заявителям в защите. В апелляционном суде данные материалы были исследованы также в отсутствие заявителей. ЕСПЧ отметил, что судья первой инстанции обоснованно принял решение об ограничении доступа защиты к оспариваемым сведениям, так как при этом затрагивались вопросы национальной безопасности. При этом вышестоящий суд раскрыл «в кратком изложении» информацию, с которой не были ознакомлены заявители при производстве в суде первой инстанции. С учетом достаточных пределов раскрытия информации и того факта, что вышестоящий суд имел возможность рассмотреть ее значение для решения вопроса о пересмотре приговора, ЕСПЧ постановил, что исследование секретных материалов в от-

сутствие заявителей в суде первой инстанции компенсировалось процедурой апелляционного разбирательства (данные правовые позиции нашли также отражение в постановлениях ЕСПЧ по делам «*Kremzow v. Austria*» от 21 сентября 1992 года, «*Jasper v. the United Kingdom*» и «*Fitt v. United Kingdom*» от 16 февраля 2000 года). К иному выводу ЕСПЧ пришел в деле «*Atlan v. United Kingdom*» (постановление от 19 июня 2001 года), в котором заявителю после вынесения обвинительного приговора стало известно о наличии в деле не исследованных в судебном заседании доказательств. ЕСПЧ отметил, что сокрытые от заявителя материалы имели существенное значение для подтверждения позиции защиты, а их исследование могло повлиять на содержание напутственного слова председательствующего перед присяжными заседателями.

В деле «*Mirilashvili v. Russia*» (постановление от 11 декабря 2008 года) ЕСПЧ указал на то, что вопрос об ограничении доступа защиты к ознакомлению с содержанием секретных материалов дела не может формально определяться характером данных материалов. С позиции содержания соответствующих документов суд должен исследовать, может ли защита использовать их в процессе и может ли их раскрытие хотя бы предположительно причинить вред существенным публичным интересам. Выводы по данным вопросам должны содержаться в решении суда.

В постановлении от 9 октября 2008 года по делу «*Moiseev v. Russia*» отмечалось, что заявителю было отказано в выдаче копии обвинительного заключения, в связи с тем, что оно содержало сведения секретного характера. Доступ к обвинительному заключению был обеспечен заявителю только в условиях изолятора и специальной канцелярии суда. Все другие материалы дела и записи, сделанные как заявителем, так и его защитниками во время судебных слушаний, должны были сдаваться в специальную канцелярию после заседаний. В этой связи ЕСПЧ указал, что неограниченный доступ к материалам дела и неограниченное использование всех записей, включая при необходимости возможность получения копий соответствующих документов, являются важными гарантиями справедливого судебного разбирательства. Неспособность российских судов обеспечить такой доступ побудила ЕСПЧ сделать вывод о нарушении принципа равенства сторон. При этом ЕСПЧ обратил внимание на то, что такие ограничения было бы правильно распространить только на секретные материалы дела, обеспечив заявителю и его защитникам возможность свободно знакомиться с остальными материалами и процес-

суальными решениями. Сославшись на ранее сформулированные правовые позиции по вопросу толкования содержания права на предоставление достаточных возможностей по подготовке защиты (см. постановления ЕСПЧ по делам «*Mayzit v. Russia*» от 20 января 2005 года, «*Connolly v. United Kingdom*» от 26 июня 1996 года, «*Can v. Austria*» от 12 июля 1984 года), ЕСПЧ указал, что обвиняемый должен иметь возможность организовать свою защиту должным образом и без ограничений возможности изложить все относимые аргументы защиты суду. ЕСПЧ также принял во внимание свои устоявшиеся правовые позиции относительно того, что состояние пониженной физической и моральной сопротивляемости из-за изнурительной транспортировки накануне судебного заседания является одним из факторов, подрывающих требования справедливого судебного разбирательства (см. постановления ЕСПЧ по делам «*Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain*» от 6 декабря 1998 года и «*Makhfi v. France*» от 19 октября 2004 года). С учетом этих правовых позиций ЕСПЧ установил в деле «*Moiseev v. Russia*», что страдания и безысходность, которые должен был чувствовать заявитель в связи с бесчеловечными условиями транспортировки, ухудшали его способность к сосредоточению и интенсивной умственной деятельности. Совокупное воздействие вышеуказанных условий, по мнению ЕСПЧ, исключало какую-либо вероятность заблаговременной подготовки защиты заявителем.

Приведенные позиции Европейского суда по правам человека находят все большее отражение в российской судебной практике.

*Позиции КС РФ о праве на получение информации
в уголовном процессе для подготовки к защите*

Так, в определении по жалобе С.В. Коваля Конституционный Суд указал, что в силу «непосредственного действия... конституционной нормы любая затрагивающая права и свободы гражданина информация (за исключением сведений, содержащих государственную тайну, сведений о частной жизни, а также конфиденциальных сведений, связанных со служебной, коммерческой, профессиональной и изобретательской деятельностью) должна быть ему доступна, при условии, что законодателем не предусмотрен специальный правовой статус такой информации в соответствии с конституционными принципами, обосновы-

вающими необходимость и соразмерность ее особой защиты»¹. На основании этого Конституционный Суд сформулировал правовую позицию, состоящую в том, что отказ защитнику в ознакомлении с документами, которые подтверждают законность и обоснованность применения к подозреваемому или обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу, не может быть оправдан интересами следствия или иными конституционно значимыми целями, допускающими соразмерные ограничения прав и свобод (статья 55, ч. 3 Конституции РФ).

Развитием вышеизложенных позиций Европейского суда стала позиция Конституционного Суда РФ, изложенная в определении от 18 декабря 2003 года.

В ходе предварительного следствия по уголовному делу в отношении граждан Б.А. Березовского, Ю.А. Дубова и А.Ш. Патаркацишвили защитникам обвиняемых, ознакомленным с постановлением следователя о назначении судебной финансово-экономической экспертизы, было отказано в удовлетворении ходатайства о предоставлении данных о наличии у эксперта соответствующей аттестации в целях выявления его компетентности на том основании, что подобная информация об эксперте не входит в установленный статьей 195 УПК РФ перечень сведений, которые должно содержать постановление о назначении судебной экспертизы. Кроме того, со ссылкой на часть восьмую статьи 162 УПК РФ, согласно которой следователь обязан уведомить обвиняемого и его защитника о продлении срока предварительного следствия, защитникам было отказано в удовлетворении ходатайства об ознакомлении с текстом постановления о продлении срока расследования по названному уголовному делу.

В своей жалобе в Конституционный Суд РФ Б.А. Березовский, Ю.А. Дубов и А.Ш. Патаркацишвили просили признать противоречащими статьям 45 и 48 Конституции РФ положения статей 47, 53 и 195 УПК РФ во взаимосвязи с его статьей 70. Заявители утверждали, что содержащиеся в этих статьях уголовно-процессуального закона нормы исключают возможность заявить аргументированный отвод эксперту по причине его некомпетентности, поскольку не позволяют предварительно получить необходимые сведения, в том числе об аттестации эксперта.

¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 12 мая 2003 года № 173-О по жалобе гражданина Ковалю Сергея Владимировича на нарушение его конституционных прав положениями статей 47 и 53 УПК РФ // СПС «Консультант-Плюс».

Конституционный Суд отметил, что неперменной составляющей права на судебную защиту является обеспечение заинтересованным лицам возможности представить суду доказательств в обоснование своей позиции, а также высказать мнение относительно позиции, занимаемой противоположной стороной, и приводимых последней доводов. Участник процесса, не ознакомившийся с вынесенным в отношении него решением и его обоснованием, не в состоянии не только должным образом аргументировать свою жалобу на это решение, но и правильно определить, будет ли обращение в суд отвечать его интересам. Поэтому для обеспечения возможности судебного обжалования постановлений следователя, которыми нарушаются права личности, обвиняемому должен быть предоставлен доступ к соответствующей информации, а форма и порядок ознакомления с материалами избираются следователем, прокурором или судом в пределах, исключающих опасность разглашения следственной тайны.

На основании этого Конституционный Суд пришел к выводу, что «сторонам, в том числе обвиняемому и его защитнику, должна обеспечиваться возможность ознакомления с данными, свидетельствующими о надлежащей квалификации эксперта»¹.

В определении от 18 июня 2004 года Конституционный Суд сформулировал аналогичную по своей сути правовую позицию: «Положения статьи 203 УПК Российской Федерации — в их конституционно-правовом истолковании, данном Конституционным Судом Российской Федерации в настоящем Определении на основании правовых позиций, выраженных им в сохраняющих свою силу решениях, — не предполагают право суда первой инстанции принимать окончательное решение по ходатайству следователя о помещении подозреваемого в психиатрический стационар для производства судебно-психиатрической экспертизы без предоставления ему и (или) его защитнику возможности ознакомиться с таким ходатайством и изложить свою позицию по данному вопросу»².

¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 18 декабря 2003 года № 429-О по жалобе граждан Березовского Б.А., Дубова Ю.А., Патаркацишвили А.Ш. на нарушение их конституционных прав положениями статей 47, 53, 162 и 195 УПК РФ // СПС «Консультант-Плюс».

² См.: Определение КС РФ от 18 июня 2004 года № 206-О по жалобе граждани-на Корковидова А.К. на нарушение его конституционных прав статьями 195, 198 и 203 УПК РФ // «Консультант-Плюс».

§ 8. ПРАВО НА СВОЕВРЕМЕННОСТЬ ВСТРЕЧ С ЗАЩИТНИКОМ

По ряду дел Европейский суд сформулировал правило, согласно которому обвиняемый имеет право на своевременные встречи с защитником. Так, уведомление заявителя о начале разбирательства за день до этого фактически лишило его возможности прибегнуть к услугам выбранного защитника, так как «защитник едва ли мог защищать своего клиента... без предварительной встречи между ними»¹.

В статье 6, п. «b» ч. 3, Конвенции говорится, что каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления обладает правом иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты. При решении вопроса о том, какой срок считать достаточным для подготовки защиты и какие возможности для осуществления защиты должны быть предоставлены обвиняемому, необходимо учитывать сложность дела, а также стадию его рассмотрения. В постановлении от 28 июня 1984 года по делу «*Campbell and Fell v. the United Kingdom*» ЕСПЧ установил, что заявитель был проинформирован о предъявленных обвинениях за пять дней до начала судебного разбирательства, причем уведомление о начале разбирательства он получил только за день до его начала. Однако с учетом того, что обвинение, предъявленное заявителю, было сравнительно простым, ЕСПЧ счел пятидневный срок подготовки к защите достаточным.

В деле «*Bogumil v. Portugal*» (постановление от 7 октября 2007 года) адвокат, осуществлявший защиту заявителя, был заменен за три дня до начала слушаний по делу. Новый адвокат вступил в дело в день начала судебного разбирательства и не ходатайствовал о предоставлении ему дополнительного времени для ознакомления с материалами дела и согласования стратегии защиты. В распоряжении адвоката до начала слушаний было пять часов. ЕСПЧ счел данный срок слишком коротким для эффективной подготовки защиты заявителя в свете обстоятельств дела и жалоб последнего на оказание некачественной юридической помощи.

С другой стороны, по делу «*Mayzit v. Russia*» (постановление от 20 января 2005 года) Европейский суд счел срок в полтора месяца достаточным для подготовки к защите и ознакомления с материалами дела.

¹ Там же.

ГЛАВА IV

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПОМОЩЬ КАК ГАРАНТИЯ ДОСТУПА К ПРАВОСУДИЮ: МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ И РОССИЙСКАЯ ПРАКТИКА

Синописис

Основные гарантии доступа к правосудию

Юридическая помощь как одна из гарантий доступа к правосудию

Нормы международных договоров о праве на юридическую помощь

Международные документы рекомендательного характера о реализации права на юридическую помощь

Принцип равенства — недискриминации — при предоставлении юридической помощи, его обусловленность универсальным характером права на доступ к правосудию, субъекты права на юридическую помощь

Возможность персонального выбора защитника или представителя как обеспечивающая качество юридической помощи

Основания для ограничения свободного выбора юриста

Стандарты справедливости при решении вопроса о предоставлении юридической помощи — практика ЕСПЧ

Критерии, учитываемые при назначении защитника по уголовным делам

Неспособность самостоятельно оплатить услуги защитника как основание для предоставления бесплатной юридической помощи

Право на помощь защитника на досудебных стадиях рассмотрения дела

Профессионализм защитника

Контакты между защитником и подзащитным, в том числе находящимся под стражей

Обязанность государственных органов контролировать эффективность работы назначенного защитника

Защита по назначению на досудебных стадиях уголовного судопроизводства

Допрос в отсутствие адвоката

Границы ответственности государства за качество работы назначенного защитника

Защита по назначению при рассмотрении дела судами кассационной инстанции — характерные нарушения

Обязанность судебных органов реагировать на недоверие клиента к назначенному адвокату и действовать инициативно для обеспечения помощью защитника по назначению

Назначение защитника при участии осужденного в кассационной инстанции с помощью видеоконференцсвязи

Ненадлежащая организация защиты по назначению

Возможные для государства способы организовать эффективную защиту по назначению

Недостатки в организации защиты по назначению, дело «Apaniev v. Russia»

Сужение понятия и способов помощи адвоката-защитника в правоприменительной практике

Риск злоупотреблений со стороны органов расследования при выборе ими защитника по назначению

Порядок оплаты адвоката по назначению как не обеспечивающий эффективность юридической помощи

Отсутствие эффективного контроля за качеством юридической помощи, оказываемой адвокатами по назначению

Рекомендательный характер международных норм по вопросу об оказании юридической помощи вне уголовного судопроизводства

Критерии, предлагаемые ЕСПЧ для предоставления бесплатной юридической помощи по неуголовным делам

Более широкое толкование ЕСПЧ понятия «уголовное преследование» при решении об обязательности помощи адвоката

Юридическая помощь жертвам грубых нарушений прав человека

Право лиц, страдающих психическими расстройствами, на бесплатную юридическую помощь

Бесплатная юридическая помощь несовершеннолетним

Российское законодательство о праве на бесплатную юридическую помощь по неуголовным делам

Условия предоставления бесплатной юридической помощи; ограничение оснований предоставления бесплатной юридической помощи доходом ниже прожиточного минимума

Европейский суд о недостаточности гарантий права на юридическую помощь в гражданских делах

Тенденция расширения круга оснований и субъектов для получения бесплатной юридической помощи в России

Государственные юридические бюро и их задачи по оказанию бесплатной юридической помощи

Организация и финансирование программ бесплатной юридической помощи в России

Полномочия органов государственной власти субъектов РФ по компенсации адвокатам их услуг по оказанию бесплатной юридической помощи

Реализация региональных программ оказания бесплатной юридической помощи

§ 1. ПОНЯТИЕ ДОСТУПА К ПРАВОСУДИЮ И МЕЖДУНАРОДНЫЕ ИСТОЧНИКИ ПРАВА НА КВАЛИФИЦИРОВАННУЮ ЮРИДИЧЕСКУЮ ПОМОЩЬ

Основные гарантии доступа к правосудию

Доступ к правосудию, как он понимается в международно-правовых документах, включает в себя комплекс процессуальных гарантий, обеспечивающих как саму возможность обращения к судебным механизмам, так и справедливость судебного разбирательства¹. Это, во-первых, требования к организации судебных органов и поведению судей: формирование судов и судебных составов на основании закона, независимость и беспристрастность. Во-вторых, это стандарты, связанные с порядком рассмотрения дел, включая разумные сроки разбирательства, публичный характер судопроизводства, мотивированность судебных решений. В-третьих, это гарантии равенства сторон в процессе, позволяющие сторонам процесса оспорить аргументы и доказательства оппонента и должным образом донести до суда свою позицию².

Юридическая помощь как одна из гарантий доступа к правосудию

Право на помощь профессионального юриста — одна из процессуальных гарантий, способствующая обеспечению справедливого судебного разбирательства. Юрист помогает человеку разобраться в существе происходящих юридических процедур и обеспечивает надлежащее представление интересов своего

¹ При подготовке данной главы использовались аналитические и исследовательские материалы Института «Право общественных интересов» (www.pilnet.ru), подготовленные в рамках программы по развитию системы субсидируемой юридической помощи в России. В частности, были использованы материалы, подготовленные Институтом по проекту «Совершенствование доступа к правосудию» (www.a-to-j.ru).

² Относительно содержания права на доступ к правосудию см., в частности: Замечание общего порядка Комитета по правам человека ООН «Статья 14: Равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство» № 32 ССРР/С/ГС/32 от 23 августа 2007 года (<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/73/PDF/G0743773.pdf?OpenElement>); Моул Н., Харби К., Алексеева Л.Б. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 6 «Право на справедливое судебное разбирательство». Прецеденты и комментарии. М.: Российская академия правосудия, 2001 (<http://www.echr.ru/documents/manuals/Article06/Article6.rtf>).

клиента, доведение до принимающих решение инстанций доказательств и аргументов в его пользу. В контексте уголовного судопроизводства участие юриста также служит гарантией защиты от пыток и неправомерного давления¹.

В свою очередь, праву на юридическую помощь корреспондирует обязанность государства обеспечить доступ к юридическим услугам тем, кто в силу разных обстоятельств не способен решить эту задачу самостоятельно. Исполнение этой обязанности требует от государства соответствующих мер по организации доступа к юридическим услугам, например по назначению адвоката человеку, который сам в силу обстоятельств не может подыскать себе юриста, а в некоторых случаях по оплате стоимости юридических услуг, т.е. по предоставлению бесплатной для получателя юридической помощи.

В данной главе в первую очередь рассматриваются международные стандарты, связанные с выполнением обязанности государства по организации и финансированию юридической помощи. Однако рассматриваются они в общем контексте реализации права на юридическую помощь, поскольку юридическая помощь, организованная и оплаченная государством, является частным случаем доступа к юридической помощи.

*Нормы международных договоров
о праве на юридическую помощь*

Международный пакт о гражданских и политических правах, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод и Конвенция о правах ребенка предусматривают право на юридическую помощь (при необходимости — бесплатную) в качестве гарантии справедливого судебного разбирательства для лиц, в отношении которых выдвигаются обвинения в совершении уголовно наказуемых деяний². Конвенция о статусе беженцев и Конвенция о статусе апатридов указывают, что беженцам и апатридам

¹ См.: Там же.

² См. статью 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, принятого резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН от 14 декабря 1966 года; ч. 3 (с) статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод; статьи 37 и 40 Конвенции о правах ребенка, утвержденной резолюцией 44/425 Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1989 года.

должны предоставляться те же условия доступа к правосудию, что и гражданам страны, включая доступ к юридической помощи¹.

Вместе с тем международные договоры о правах человека не предлагают детальной регламентации условий предоставления бесплатной юридической помощи или иного участия государства в организации доступа к юридическим услугам. Условия возникновения и содержание обязанности государства по организации и оплате юридической помощи раскрываются при толковании международными органами договоров о правах человека. Среди таких международных органов в первую очередь следует назвать Европейский суд по правам человека. Толкование Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, содержащееся в постановлениях этого Суда, является обязательным для всех государств — участников Совета Европы, включая Российскую Федерацию². В постановлениях ЕСПЧ, в частности, формулируются основания назначения адвоката и предоставления бесплатной юридической помощи, а также требования к качеству юридической помощи, предоставляемой государством.

*Международные документы рекомендательного характера
о реализации права на юридическую помощь*

Кроме того, вопросы участия государства в обеспечении доступа к юридической помощи рассматриваются в ряде рекомендательных документов, разработанных в рамках ООН и Совета Европы. К ним, в частности, относятся:

¹ См. статью 16 Конвенции о статусе беженцев, принятой 28 июля 1951 года Конференцией полномочных представителей по вопросу о статусе беженцев и апатридов, созданной в соответствии с резолюцией 429 (V) Генеральной Ассамблеи ООН от 14 декабря 1950 года; статью 16 Конвенции о статусе апатридов, принятой 28 сентября 1954 года Конференцией полномочных представителей, созданной в соответствии с резолюцией 526 А (XVII) Экономического и Социального Совета от 26 апреля 1954 года.

² В статье 1 Федерального закона от 30 марта 1998 года № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» говорится: «Российская Федерация в соответствии со статьей 46 Конвенции признает *ipso facto* и без специального соглашения юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации».

- «Основные принципы о роли юриста» (см. принципы 1—8)¹;
- «Принципы защиты психически больных лиц и улучшения психиатрической помощи» (п. 6 принципа 1 и п. 1 принципа 18)²;
- «Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме» (принцип 17)³;
- «Правила ООН, касающиеся защиты несовершеннолетних, лишенных свободы» (правило 18 (а))⁴;
- «Минимальные стандартные правила ООН, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних» (правило 15.1)⁵;
- Рекомендация Комитета министров Совета Европы № R (93) 1 «Об эффективном доступе к праву и правосудию малообеспеченных слоев населения»⁶;
- Резолюция Комитета министров Совета Европы (78) 8 «О юридической помощи и консультациях»⁷;
- Резолюция Комитета министров Совета Европы (76) 5 «О правовой помощи по гражданским, коммерческим и административным делам»⁸.

§ 2. ОСНОВНЫЕ ПРИНЦИПЫ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ

Указанные документы формулируют ряд общих принципов организации доступа к юридической помощи:

- равенство и недискриминация при предоставлении юридической помощи;

¹ Приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, Гавана, 27 августа — 7 сентября 1990 года.

² Приняты резолюцией Генеральной Ассамблеи 46/119 от 17 декабря 1991 года.

³ Приняты резолюцией Генеральной Ассамблеи 43/173 от 9 декабря 1988 года.

⁴ Приняты резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 45/113 от 14 декабря 1990 года.

⁵ Приняты резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 40/33 от 10 декабря 1985 года.

⁶ Принята Комитетом министров Совета Европы 8 января 1993 года на 484-м заседании представителей министров.

⁷ Принята Комитетом министров Совета Европы 2 марта 1978 года.

⁸ Принята Комитетом министров Совета Европы 18 февраля 1976 года.

- право лица, нуждающегося в юридической помощи, на выбор юриста;
- справедливость и эффективность процедур рассмотрения заявок на предоставление бесплатной помощи.

1. Равный доступ к юридической помощи

Принцип равенства – недискриминации – при предоставлении юридической помощи, его обусловленность универсальным характером права на доступ к правосудию, субъекты права на юридическую помощь

Принцип недискриминации при предоставлении юридической помощи, в том числе бесплатной, вытекает из универсального характера права на доступ к правосудию и требования обеспечивать равенство перед законом и судом. Он нашел отражение в ряде документов. В частности, «Основные принципы о роли юриста» требуют от государств обеспечения «эффективного и равного доступа к юристам для всех лиц, находящихся на их территории и попадающих под юрисдикцию, без какого-либо различия, такого, как дискриминация по признаку расы, цвета кожи, этнического происхождения, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного, экономического или иного положения».

Таким образом, «Основные принципы о роли юриста» предлагают распространить правило доступа к юридической помощи на всех лиц, находящихся в пределах государственных границ, а также всех лиц, дела в отношении которых компетентны рассматривать суды государства. Очевидно, что в число этих лиц могут попасть и те, кто не обладает гражданством конкретного государства.

Статья 16 Конвенции о статусе беженцев и статья 16 Конвенции о статусе апатридов специально оговаривают, что беженцы и лица без гражданства должны «пользоваться в отношении права обращения в суд тем же положением, что и граждане, в частности, в вопросах юридической помощи и освобождения от обеспечения уплаты судебных расходов».

Из принципа равенства и недискриминации выводится также обязанность государства предоставлять юридическую помощь нелегальным мигрантам. Подтверждением этого подхода, в частности, является постановление ЕСПЧ по делу «*Anakomba*

Yula v. Belgium» (№ 45413/07, от 10 мая 2009 года). В данном деле ЕСПЧ признал дискриминацией в обеспечении доступа к правосудию отказ в предоставлении заявительнице бесплатной помощи по семейному делу на том основании, что у нее истек срок вида на жительство в Бельгии.

Аналогичная позиция нашла отражение в Рекомендации № R (93) 1 «Об эффективном доступе к праву и правосудию малообеспеченных слоев населения». Согласно указанной рекомендации предлагается оказывать юридическую помощь «беднейшим слоям населения, которые являются лицами без гражданства или иностранцами, и в любом случае, когда они постоянно проживают на территории государства-члена (Совета Европы. — *Ред.*), где должно состояться разбирательство».

2. Право на свободный выбор юриста в качестве защитника и представителя

Возможность персонального выбора защитника или представителя как обеспечивающая качество юридической помощи

Оказание эффективной юридической помощи требует доверительных отношений между клиентом и юристом. Одним из условий возникновения такого доверия является свобода выбора юриста клиентом, свобода заключения соглашения между ними. Право на выбор юриста закрепляется в целом ряде международных документов, включая Международный пакт о гражданских и политических правах, Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, «Основные принципы о роли юриста».

Однако свобода выбора юриста не является абсолютной и может быть подвергнута ограничениям, если речь идет об оказании юридической помощи усилиями государства и за государственный счет. Ограничение свободы выбора юриста при назначении адвоката и предоставлении бесплатной помощи позволяет избежать чрезмерной организационной нагрузки при отправлении правосудия. Так, Европейский суд по правам человека отмечал: «Несмотря на значимость доверительных отношений между юристом и клиентом, право выбирать представителя не может считаться абсолютным. В том случае, когда речь идет о бесплатной юридической помощи, оно может быть предметом необходимых ограничений. Назначая

адвоката, национальные суды, несомненно, должны принимать во внимание пожелания обвиняемого. Однако они могут отклонить эти пожелания, если имеются весомые основания полагать, что это необходимо в интересах правосудия» (см., в частности, постановления по делам «*Vozhigov v. Russia*», № 5953/02, от 26 апреля 2007 года; «*Croissant v. Germany*», № 13611/88, от 25 сентября 1992 года).

Таким образом, в случае с организованной государством юридической помощью право на выбор юриста толкуется достаточно узко — как обязанность государственных органов и должностных лиц учитывать это право и реализовывать его по мере возможности.

Основания для ограничения свободного выбора юриста

Как следует из различных постановлений Европейского суда, интересы правосудия могут требовать ограничения права на выбор юриста в следующих случаях: занятость выбранного обвиняемым адвоката, необходимость соблюсти разумные сроки рассмотрения уголовного дела, недостаточная квалификация выбранного представителя (см. выше, а также постановления по делам «*Mayzit v. Russia*», № 63378/00, от 20 января 2005 года; «*Meftah and Others v. France*», № 32911/96, 35237/97 и 34595/97, от 26 июля 2002 года).

Тем не менее государствам рекомендуется так организовывать программы юридической помощи, чтобы предоставить индивиду определенные возможности самостоятельно выбирать юриста. Так, Рекомендация № R (93) 1 «Об эффективном доступе к праву и правосудию малообеспеченных слоев населения» предлагает:

«Содействовать эффективному доступу беднейших слоев населения к судам, в особенности путем:

...признания права на помощь соответствующего адвоката, насколько возможно, по выбору обвиняемого».

В свою очередь, Резолюция (78) 8 «О юридической помощи и консультациях» указывает: «Лицо, которому предоставлена помощь, должно быть, по возможности, свободно в выборе квалифицированного защитника».

Иными словами, предусмотренные национальным правом порядок и сроки назначения адвокатов для ведения защиты или оказания других юридических услуг должны предоставлять получателю определенные возможности выбора юриста.

Справедливость и эффективность процедур решения вопроса о предоставлении субсидируемой юридической помощи

Бесплатная помощь юриста не является безусловным правом каждого. Возможность получения бесплатной помощи является дополнительной гарантией доступа к правосудию для тех, кто не может сам оплатить юридические услуги. Таким образом, в рамках любой программы бесплатной помощи должны существовать основания для предоставления услуг за государственный счет, а также процедуры принятия решений по запросам о предоставлении таких услуг.

Международно-правовые документы не предписывают конкретных оснований предоставления бесплатной помощи, однако требуют, чтобы процедуры принятия решений о предоставлении бесплатных юридических услуг были справедливыми и эффективными.

Стандарты справедливости при решении вопроса о предоставлении юридической помощи – практика ЕСПЧ

В частности, в «Основных принципах о роли юриста» указано: «Правительство обеспечивает эффективные процедуры и гибкие механизмы эффективного и равного доступа к юристам для всех лиц, находящихся на их территории и попадающих под юрисдикцию».

Сложные и громоздкие процедуры снижают эффективность программ юридической помощи. По этой причине Рекомендация № R (93) 1 «Об эффективном доступе к праву и правосудию малообеспеченных слоев населения» говорит о необходимости «упрощения процедуры оказания юридической помощи беднейшим слоям населения и рассмотрения вопроса о немедленном предоставлении временной юридической помощи, когда такая возможность имеется».

Европейский суд полагает, что основания и порядок решения вопроса о предоставлении бесплатной юридической помощи или отказе в ней должны исключать произвол. Анализ постановлений ЕСПЧ позволяет вывести следующие стандарты справедливости при решении вопроса о предоставлении юридической помощи:

- ясность применяемых критериев оценки, отсутствие избыточных требований;

- вынесение мотивированного решения по заявке на юридическую помощь;
- возможность обжаловать отказ в предоставлении помощи.

Так, в деле *«Aerts v. Belgium»* (№ 61/1997/845/105, от 30 июля 1998 года) заявитель просил национальные власти о предоставлении юридической помощи при рассмотрении его дела в апелляционной инстанции. Ему было отказано на том основании, что его апелляционная жалоба недостаточно обоснованна. Европейский суд счел, что в данном случае бельгийский Совет по юридической помощи, рассматривавший заявку Аэртса о предоставлении юридических услуг, подменил собой апелляционный суд. Напротив, в деле *«Del Sol v. France»* (№ 46800/99, от 6 февраля 2002 года), где отказ в предоставлении помощи был мотивирован отсутствием у заявителя права на подачу кассационной жалобы, Суд пришел к противоположному выводу и признал права заявителя ненарушенными. Европейский суд отметил, что французская система предоставления юридической помощи в целом оперировала прозрачными и понятными критериями, а у заявителя была возможность обжаловать отказ.

Европейский суд также признал нарушением права на доступ к правосудию невынесение национальными инстанциями формального решения в ответ на ходатайство о предоставлении юридической помощи (*«A.B. v. Slovakia»*, № 41784/98, от 4 марта 2003 года). Решение об отказе в бесплатной юридической помощи, без указания причин отказа, Европейским судом было расценено как произвольное и нарушающее право на доступ к правосудию (*«Bobrowski v. Poland»*, № 64916/01, от 17 июня 2008 года).

4. Различные подходы к оказанию юридической помощи по гражданским и уголовным делам

Перечисленные принципы организации доступа к юридической помощи являются общими вне зависимости от того, идет ли речь о гражданском или уголовном судопроизводстве. Вместе с тем международные документы различают стандарты доступа к бесплатной помощи по уголовным делам и доступа к помощи по иным категориям дел. Вопросам обеспечения права на юридическую помощь для лиц, подвергающихся уголовному преследованию, уделяется особое внимание. Исход разбирательства по уголовному делу может оказать существенное влияние на жизнь человека. Кроме того, в уголовном процессе, в отличие от большинства гражданских

дел, где обе состязаящиеся стороны имеют равный правовой статус, обвиняемому противопоставлено государство в лице органов уголовного преследования, в которых работают профессиональные юристы и которые обладают значительными полномочиями и ресурсами. В этих условиях представление интересов подозреваемого, обвиняемого и подсудимого квалифицированным юристом становится особенно важно. Именно поэтому международные органы предъявляют повышенные требования к доступности и качеству юридической помощи для подозреваемых, обвиняемых и подсудимых в уголовном судопроизводстве.

Хотя бесплатная юридическая помощь по неуголовным делам напрямую не упоминается основными международными договорами о правах человека, международные органы указывают, что в некоторых случаях она становится значимой гарантией реализации прав и свобод. В частности, Европейский суд полагает, что в некоторых случаях бесплатная юридическая помощь необходима для обеспечения доступа к правовым механизмам защиты прав и свобод, а также равенства сторон в судебном процессе, в рамках которого определяются права и обязанности индивидов (т.е. в гражданском процессе). В международно-правовых документах в связи с этим отмечается также значение бесплатной юридической помощи для защиты отдельных уязвимых групп, например лиц, страдающих психическими заболеваниями, несовершеннолетних, беженцев, иностранцев, малограмотных и пр.

Учитывая разницу в подходах к предоставлению бесплатной помощи лицам, подвергающимся уголовному преследованию, и к предоставлению помощи во всех прочих случаях, целесообразно раздельно рассматривать как соответствующие международные стандарты, так и практику их реализации в России по каждому из двух типов дел.

При этом источниками для формирования международных стандартов, как было уже показано, выступают не только общеобязательные, но и рекомендательные международные документы, обобщающие сформировавшуюся в мире практику оказания бесплатной юридической помощи и формулирующие на этом основании принципы ее организации. В частности, в таких документах рассматриваются вопросы финансирования программ юридической помощи, информирование населения о возможностях получения юридической помощи, роль юридической профессии в ее оказании, участие гражданских организаций в про-

граммах юридической помощи. Соответствующие стандарты в этой сфере также будут рассмотрены в отдельном разделе.

§ 3. Право подозреваемого, обвиняемого и подсудимого на назначение защитника и бесплатную юридическую помощь

Как уже было отмечено, ч. 3 (d) статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах и ч. 3 (с) статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод требуют обеспечивать подозреваемым, обвиняемым и подсудимым помощь защитника в том случае, если это требуется в интересах правосудия. При необходимости такая помощь должна предоставляться бесплатно. Аналогичные требования содержит «Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме» и ряд других международных документов.

1. Интересы правосудия как основание для назначения защитника

Критерии, учитываемые при назначении защитника по уголовным делам

Международные договоры и рекомендательные документы не расшифровывают понятие «интересы правосудия», требующие назначения защитника. Это основание для назначения защитника расшифровывается в практике Европейского суда по правам человека, который понимает интересы правосудия в первую очередь как создание условий для тщательного и справедливого рассмотрения каждого конкретного дела¹.

Исходя из этого Европейский суд полагает, что интересы правосудия требуют назначения бесплатного защитника в случаях:

¹ Смысл, который Суд вкладывает в понятие «интересы правосудия» (нигде не давая ему определения), можно уяснить при анализе постановлений ЕСПЧ. В этих постановлениях «интересы правосудия», как правило, употребляются в связи с реализацией гарантий равенства сторон в судебном процессе, представлением и оспариванием доказательств, обеспечением возможности сторон в полной мере участвовать в судебном процессе, защитой свидетелей и т.п.

- серьезности вменяемого преступления, а следовательно, строгости возможного наказания;
- сложности дела;
- способности индивида самостоятельно представлять свои интересы, включая состояние здоровья, возраст, образовательный уровень, знание языка и пр. («*Quaranta v. Switzerland*», № 12744/87, от 24 мая 1991 года).

Так, при рассмотрении дела «*Benham v. the United Kingdom*» (№ 7/1995/513/597, постановление от 10 июня 1996 года) Европейский суд отметил, что интересы правосудия требуют участия адвоката, если за вменяемое преступление заявителю может грозить лишение свободы или значительный штраф. В постановлении по делу «*Padalov v. Bulgaria*» (№ 54784/00, от 10 августа 2006 года) Суд указал, что, если дело представляет сложность с точки зрения процедуры, вопросов правовой квалификации и установления фактов, наличие профессионального защитника необходимо. В постановлении по делу «*Temirgaliev v. Russia*» (№ 40631/02, от 14 октября 2008 года) Европейский суд в качестве обстоятельства, требовавшего назначения защитника, назвал нарушение слуха у подсудимого и отметил, что защитник необходим лицам с заболеваниями и физическими дефектами, мешающими им эффективно участвовать в судебном процессе. В деле «*Quaranta v. Switzerland*» (№ 12744/87, постановление от 24 мая 1991 года) Европейский суд констатировал, что интересы правосудия требуют назначения адвоката малообразованному, страдающему от наркотической зависимости и не имеющему постоянной занятости подсудимому. В деле «*Biba v. Greece*» (№ 33170/96, постановление от 26 сентября 2000 года) ЕСПЧ признал, что защитник должен назначаться мигрантам, не владеющим в достаточной степени официальными языками страны.

*Неспособность самостоятельно оплатить услуги
защитника как основание для предоставления
бесплатной юридической помощи*

Международные документы называют в качестве одного из условий предоставления бесплатной юридической помощи неспособность подозреваемого, обвиняемого или подсудимого самостоятельно оплатить юридические услуги. Однако эти документы не устанавливают никаких правил относительно того, кто может считаться неспособным нести юридические издержки. Европейский суд утверждает, что установление имущественного

порога, обуславливающего право на получение бесплатной помощи, относится к компетенции государств (постановление по делу «*Santambrogio v. Italy*», № 61945/00, от 21 сентября 2004 года). Вместе с тем Правила ООН, касающиеся защиты несовершеннолетних, лишенных свободы, и Минимальные стандартные правила ООН, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних, предлагают оказывать бесплатную юридическую помощь всем детям и подросткам, привлекаемым к уголовной ответственности: условием для предоставления помощи становится запрос со стороны несовершеннолетнего, а его (ее) имущественный статус не имеет значения. Таким образом, по этим делам оказание бесплатной юридической помощи может рассматриваться в качестве безусловного требования.

2. Стадии уголовного судопроизводства, в которых обеспечивается участие защитника

Международные договоры о правах человека не содержат специальных указаний на то, с какого момента лицу, привлекаемому к уголовной ответственности, должен назначаться адвокат. Также не указывается, на каких стадиях судебного разбирательства участие назначенного адвоката должно быть обязательным. Эти вопросы рассматриваются в документах рекомендательного характера, а также при толковании международно-правовых норм, которое дается в практике уполномоченных международных органов.

Так, из анализа положений «Основных принципов о роли юриста» в их совокупности следует, что задержанный должен иметь доступ к назначенному адвокату не позднее чем через 48 часов после задержания. На необходимость назначать адвоката в наикратчайший срок с момента задержания указывает «Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме». «Основные принципы о роли юриста» говорят и о том, что юридическая помощь должна предоставляться на всех стадиях уголовного процесса.

Право на помощь защитника на досудебных стадиях рассмотрения дела

Европейский суд по правам человека установил, что требования справедливого судебного разбирательства предполагают право на получение юридической помощи на досудебных

стадиях рассмотрения уголовного дела, хотя это право не является абсолютным (постановление по делу «*Murray v. the United Kingdom*», № 41/1994/488/570, от 8 февраля 1996 года). Чтобы оценить необходимость предоставления адвоката на стадии расследования, Суд требует учитывать влияние этой стадии на положение защиты и развитие процесса в целом. Суд рассматривает в качестве грубого нарушения отсутствие юридической помощи в тех случаях, когда во время предварительного следствия проводятся допросы или иные действия (получение объяснений, признаний и пр.) с участием подозреваемого или обвиняемого (постановления по делам «*Magee v. the United Kingdom*», № 28135/95, от 6 июня 2000 года и «*Ocalan v. Turkey*», № 46221/99, от 12 мая 2005 года). Европейский суд полагает, что адвокат должен быть предоставлен до того, как начнутся первые допросы подозреваемого или обвиняемого («*Averill v. the United Kingdom*», № 36408/97, от 6 июня 2000 года).

Европейский суд по правам человека признает, что юридическая помощь должна предоставляться в рамках всех судебных процедур, имеющих значение для определения фактов, решения вопросов правовой квалификации и определения размера наказания. Такими процедурами могут быть слушания по вопросу о приемлемости доказательств («*Granger v. the United Kingdom*», № 11932/96, от 28 марта 1990 года), а также апелляционные и кассационные разбирательства («*Shulepov v. Russia*», № 15435/03, от 26 июня 2008 года).

3. Гарантии качества бесплатной юридической помощи по уголовным делам

Международно-правовые акты также содержат стандарты качества юридической помощи подозреваемым, обвиняемым и подсудимым. Из анализа этих документов следует, что необходимыми факторами, позволяющими обеспечить качество и эффективность юридической помощи, являются:

- профессионализм и опыт юриста, привлекаемого к оказанию помощи;
- создание условий для коммуникации между юристом и клиентом и для подготовки к делу;
- контроль за надлежащим оказанием юридической помощи.

Профессионализм защитника

«Основные принципы о роли юриста» указывают: «Во всех случаях, когда того требуют интересы правосудия, каждый такой человек (привлекаемый к уголовной ответственности. — *Ред.*), не имеющий юриста, имеет право на помощь юриста, опыт и компетентность которого соответствуют характеру правонарушения».

В Резолюции (78) 8 «О юридической помощи и консультациях» сказано:

«Юридическая помощь всегда должна оказываться лицом, имеющим право практиковать в качестве адвоката в соответствии с юридическими нормами данного государства, как в случаях, когда система юридической помощи предусматривает участие защитника, так и в случаях, когда:

- а) стороны должны быть представлены таким лицом в судебном органе данного государства в соответствии с законом этого государства;
- б) орган, правомочный рассматривать просьбу о предоставлении юридической помощи, констатирует, что услуги адвоката необходимы ввиду конкретных обстоятельств рассматриваемого дела.

Лицо, которому предоставлена помощь, должно быть, по возможности, свободно в выборе квалифицированного защитника».

Контакты между защитником и подзащитным, в том числе находящимся под стражей

Характер отношений между юристом и подзащитным влияет на эффективность и качество защиты. Этот фактор значим как в тех случаях, когда речь идет о защитнике, приглашенном самим подозреваемым, обвиняемым или подсудимым, так и в случае, когда защитник назначается государством.

Конфиденциальность и доверительность отношений в целом предполагают, что адвокат и его подзащитный самостоятельно определяют порядок взаимодействия и организуют работу по делу. Однако это правило не действует, если речь идет об оказании юридической помощи лицу, лишенному свободы. В такой ситуации условия коммуникации между адвокатом и клиентом в значительной степени зависят от действий государственных органов. «Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме» указывает:

«1. Задержанное или находящееся в заключении лицо имеет право связываться и консультироваться с адвокатом.

2. Задержанному или находящемуся в заключении лицу предоставляется необходимое время и условия для проведения консультации со своим адвокатом.

3. Право задержанного или находящегося в заключении лица на его посещение адвокатом, на консультации и на связь с ним, без промедления или цензуры и в условиях полной конфиденциальности, не может быть временно отменено или ограничено, кроме исключительных обстоятельств, которые определяются законом или установленными в соответствии с законом правилами, когда, по мнению судебного или иного органа, это необходимо для поддержания безопасности и порядка.

4. Свидания задержанного или находящегося в заключении лица с его адвокатом могут иметь место в условиях, позволяющих должностному лицу правоохранительных органов видеть их, но не слышать».

Аналогичные положения содержатся в «Основных принципах о роли юриста».

Европейский суд в ряде постановлений отмечал, что судебные органы должны предоставить назначенному защитнику достаточно времени для ознакомления с материалами дела, несмотря на то что это влечет за собой отложение судебного разбирательства (см., в частности, постановление по делу «*Goddi v. Italy*», № 8966/80, от 9 апреля 1984).

Обязанность государственных органов контролировать эффективность работы назначенного защитника

Рекомендация № R 2000 (21) «О свободе осуществления профессии адвоката» указывает, что «обязанности адвокатов перед своими клиентами не должны изменяться в том случае, если гонорар полностью или частично оплачивается через общественные источники финансирования».

Однако в случае назначения защитника, особенно если он предоставляется бесплатно, подзащитный стеснен в возможностях самостоятельно контролировать качество и эффективность работы юриста по сравнению с лицом, самостоятельно заключившим соглашение с юристом и оплачивающим его услуги. Это обстоятельство требует от государственных органов предпринимать усилия по обеспечению надлежащей работы назначенных адвокатов. Объем этих обязанностей очерчивает в своих постановлениях ЕСПЧ.

Европейский суд считает, что государство не несет ответственности за ошибки, допускаемые адвокатом при защите интересов клиента (см., в частности, постановление по делу «*Tripodi v. Italy*», № 4/1993/399/477, от 22 февраля 1994 года). Однако суды и иные государственные органы должны обеспечивать участие назначенного юриста в следственных и судебных действиях («*Goddi v. Italy*», № 8966/80, постановление от 9 апреля 1984 года). Они также обязаны реагировать на явное и очевидное бездействие назначенного защитника и предпринимать меры по его своевременной замене. Например, в деле «*Daud v. Portugal*» (№ 22600/93, постановление от 21 апреля 1998 года) назначенный юрист не участвовал в рассмотрении уголовного дела и отказался от его ведения на ранних стадиях процесса, а государственные органы назначили заявителю нового адвоката слишком поздно, когда времени на подготовку к рассмотрению дела в апелляционной инстанции уже не было. Отсутствие своевременных шагов по замене адвоката было признано нарушением права на защиту. В деле «*Czekalla v. Portugal*» (№ 38830/97, постановление от 10 октября 2002 года) Европейский суд считал нарушением права на защиту тот факт, что назначенный для защиты юрист не выполнил требований процессуальных норм, касающихся подачи апелляции, вследствие чего подзащитный лишился возможности пересмотра своего дела.

§ 4. ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА О ЗАЩИТЕ ПО НАЗНАЧЕНИЮ В РОССИИ

На конец 2010 года ЕСПЧ вынес более 10 постановлений в отношении России, в которых рассматривались различные вопросы, связанные с бесплатной юридической помощью по уголовным делам. Причем количество жалоб на недоступность или плохое качество защиты по назначению, коммуницированных¹ Европейским судом, продолжает расти. В связи с этим в ближай-

¹ Используемый ЕСПЧ термин «коммуникация» означает процедуру направления компетентным структурам государства-ответчика информации и документов по жалобе, поданной в Суд. По установленным процедурным правилам коммуникации подлежат только те жалобы, которые Суд не отклонил как заведомо неприемлемые. К последним относят жалобы, не содержащие указаний на возможное нарушение Конвенции о защите прав человека и основных свобод, поданные до исчерпания национальных средств защиты, и пр. Информация о содержании коммуницированных жалоб публикуется в базе документов Европейского суда по правам человека HUDOC.

шие годы можно ожидать увеличения числа постановлений, в которых будет констатировано нарушение права на защиту.

Тем не менее уже принятые Судом постановления указывают на ряд проблем в существующей системе защиты по назначению. Анализ этих постановлений необходим для выработки мер, направленных на приведение системы защиты по назначению в соответствие с международными стандартами.

*Защита по назначению на досудебных
стадиях уголовного судопроизводства*

Европейским судом было вынесено несколько постановлений, в которых рассматривались вопросы, связанные с защитой по назначению на стадии предварительного расследования.

Одно из этих дел — «*Vozhigov v. Russia*» (№ 5953/02, постановление от 26 апреля 2007). Заявитель был задержан по подозрению в совершении преступления. Он обратился к прокурору с просьбой назначить ему защитника и в своем запросе указал, что в качестве защитника хотел бы видеть одного из двух конкретных московских адвокатов или любого адвоката из местной коллегии. Следователь направил письма адвокатам в Москву. Один из них ответил, что не сможет принять участие в защите заявителя. Ответ от другого адвоката не был получен. В результате следователь назначил Вожигову адвоката из местной коллегии. Европейский суд признал необоснованной жалобу заявителя на то, что он не был обеспечен надлежащей защитой. Суд отметил, что выбор адвоката в целом соответствовал требованиям заявителя, так как в своем запросе он указал на возможность назначить адвоката из местной коллегии. Суд также подчеркнул, что назначенный адвокат принимал участие в процессуальных действиях, а сам заявитель не жаловался на качество его услуг и не требовал замены.

Допрос в отсутствие адвоката

В деле «*Pavlenko v. Russia*» (№ 42371/02, постановление от 1 апреля 2010 года) задержанный в течение длительного времени не имел возможности уведомить об этом своих родных и, соответственно, через них пригласить адвоката для своей защиты. Следователь был уведомлен о желании Павленко воспользоваться помощью защитника и через три дня после задержания назначил ему адвоката. Павленко утверждал, что назначенный адвокат не оказывал помощи, а, напротив, действовал в интересах следствия. По этой причине Павленко отказался от его услуг

и сообщил следователю, что воспользуется помощью адвоката, которого пригласит его мать. Тем не менее в течение следующего месяца назначенный следователем адвокат продолжал считаться его защитником. В этот период в отношении Павленко проводились как следственные действия, так и оперативные мероприятия («беседы»). Он признался в убийстве и ряде других преступлений. Павленко, по его словам, сделал признание в отсутствие эффективной помощи адвоката и в результате давления со стороны сотрудников правоохранительных органов.

В данном деле Европейский суд оценивал, насколько назначение адвоката обеспечило право заявителя хранить молчание и не давать показаний против себя самого. Суд отметил, что в течение месяца заявителя в ИВС каждый день посещали оперативные сотрудники правоохранительных органов и вели с ним «беседы». Государство-ответчик не представило убедительных объяснений по поводу причин и содержания этих «бесед». Суд отметил, что Павленко со всей очевидностью не заявлял отказа от помощи защитника во время таких бесед, однако они велись в отсутствие адвоката. Соответственно у Суда возникли серьезные подозрения в неподобающем характере этих оперативных мероприятий. В этой ситуации, угрожающей реализации прав заявителя, помощь, которая ему оказывалась назначенным защитником, ограничивалась подписанием протоколов следственных действий.

Постановление по делу «*Pavlenko*» обращает внимание и на некоторые специфические проблемы, связанные с ролью защитника по назначению на начальной стадии уголовного преследования. Во-первых, присутствие защитника не считается необходимым во время так называемых оперативных бесед, которые формально не относятся к следственным действиям, однако являются способом получения от подозреваемого или обвиняемого признаний или информации о преступлении. Во-вторых, назначенный адвокат может использоваться для создания видимости реализации права на защиту, несмотря на то что подозреваемый или обвиняемый выразил ему недоверие и желает самостоятельно выбрать себе адвоката и оплатить его услуги.

*Границы ответственности государства за качество
работы назначенного защитника*

Суд также отметил, что сам подследственный выразил недоверие назначенному защитнику и сообщил об этом следователю. Однако следователь никаких мер не принял. Он не контролиро-

вал эффективность защиты, так как был заинтересован в упрощении расследования и стремился получить информацию от обвиняемого. Суд счел такую ситуацию грубейшим нарушением права на защиту, которое необратимым образом подорвало справедливость судебного разбирательства.

В деле «*Pishchalnikov v. Russia*» (№ 7025/04, постановление от 24 сентября 2009 года) заявитель, в частности, жаловался на отсутствие юридической помощи в первые дни после задержания. Европейский суд установил, что после задержания Пищальников просил следователя связаться с конкретным адвокатом, которого он хотел бы видеть в качестве своего защитника. Суд не смог точно установить, пытался ли следователь пригласить указанного заявителем адвоката и правда ли, что адвокат не мог принять участие в защите. Суд отметил, что, даже если указанный адвокат был недоступен, следователь должен был уведомить об этом заявителя и предоставить ему возможность выбрать другого адвоката или назначить ему адвоката самостоятельно. Однако следователь не предпринял соответствующих действий, но приступил к допросу заявителя, несмотря на запрос последнего о помощи защитника. Допрошенный в отсутствие адвоката заявитель признался в ограблении. В следующие дни следователь продолжил допросы в отсутствие защитника, получив от заявителя признания в других преступлениях, включая убийство, похищение человека, незаконное хранение оружия и пр.

Рассматривая данную ситуацию, Суд не согласился с аргументом государства-ответчика о том, что заявитель был проинформирован о своих процессуальных правах, а значит, его готовность давать показания в отсутствие адвоката означала отказ от права на юридическую помощь. С точки зрения Европейского суда отказ от гарантий справедливого судебного разбирательства должен приниматься, только если он заявлен достаточно четко и не вызывает сомнений. Суд также отметил, что если подозреваемый или обвиняемый сообщил о своей потребности в помощи юриста-защитника, проводить допросы до того, как будет обеспечен его контакт с адвокатом, неверно, за исключением случаев, когда человек сам изъявит желание сообщить что-либо правоохранительным органам. В случае Пищальникова ситуация была иной. Допросы инициировал не он сам, а сотрудники правоохранительных органов. Заявитель ранее не привлекался к уголовной ответственности и в отсутствие совета юриста мог не в полной мере осознавать возможные варианты своего поведения и их юридические последствия. Кроме того, позднее во время допроса с уча-

ствием назначенного адвоката и во время судебного разбирательства заявитель отрицал признания, сделанные на ранних стадиях расследования. Учитывая тот факт, что эти признания были хотя и не единственными, но одними из решающих доказательств, на которых основывался приговор, Суд пришел к выводу, что отсутствие защитника в начале расследования существенно ограничило право заявителя на справедливое судебное разбирательство.

*Защита по назначению при рассмотрении дела судами
кассационной инстанции – характерные нарушения*

К настоящему моменту основная часть постановлений Европейского суда по вопросу о доступе к юридической помощи в РФ касается доступности и качества защиты по назначению при рассмотрении уголовных дел в кассационной инстанции. В постановлениях по указанным делам Европейский суд отметил следующие типы нарушений.

Первый тип нарушений — это отказ в удовлетворении просьбы подсудимого о назначении защитника при рассмотрении уголовного дела в суде кассационной инстанции. В деле «*Potapov v. Russia*» подсудимый Потапов обратился в Верховный Суд РФ, который рассматривал его кассационную жалобу, с просьбой назначить ему защитника, однако Верховный Суд никак на эту просьбу не ответил. При рассмотрении данного дела Европейский суд отметил, что заявитель обвинялся в тяжких преступлениях, ему грозил большой срок наказания, а в своей кассационной жалобе он поднимал сложные вопросы оценки доказательств. В этой ситуации помощь адвоката имела большое значение для адекватного представления позиции заявителя и его интересов. Тем не менее защитник ему не был назначен. Исходя из этого Европейский суд признал, что в данном случае из-за отсутствия защитника право Потапова на справедливое судебное разбирательство было нарушено¹.

*Обязанность судебных органов реагировать на недоверие клиента
к назначенному адвокату и действовать инициативно
для обеспечения помощью защитника по назначению*

Второй тип нарушений — это пассивность судебных органов, которые не предпринимают надлежащих мер, чтобы проверить, требует ли принцип справедливости судебного разбирательства

¹ См. «Потапов против России» («*Potapov v. Russia*», по. 14934/03, 16 июля 2009).

участия адвоката в процессе, и при необходимости назначить защитника. В частности, задача государства проводить такую проверку подчеркивалась Европейским судом в случае отсутствия подсудимых на судебных слушаниях, в случае участия подсудимого в процессе посредством видеоконференции и пр.

Так, в деле «*Sinichkin v. Russia*» (№ 20508/03, постановление от 8 апреля 2010 года) подсудимый не обращался к судебным органам с просьбой обеспечить свое участие в рассмотрении дела в кассационной инстанции. Также он не просил о назначении адвоката. Европейский суд отметил, что, несмотря на отсутствие каких-либо ходатайств и просьб со стороны заявителя, кассационный суд должен был самостоятельно проверить, действительно ли подсудимый в данном случае не желал участия защитника в процессе, особенно с учетом того, что в кассационном разбирательстве участвовали прокурор и соучастники преступления.

В другом деле, попавшем на рассмотрение Европейского суда («*Sabirov v. Russia*», № 13465/04, постановление от 11 февраля 2010 года), подсудимый Сабиров при рассмотрении дела в первой инстанции пользовался помощью назначенного адвоката. И заявитель, и прокурор (как сторона обвинения) обжаловали приговор, причем прокурор требовал переквалификации деяний подсудимого. Кассационный суд уведомил Сабирова и ранее назначенного защитника о времени слушаний. Сабиров, находившийся под стражей, не обращался в суд с требованием обеспечить его присутствие при кассационном рассмотрении дела. Адвокат, назначенный судом первой инстанции, на процесс не явился. В результате дело было рассмотрено без участия подсудимого и его представителя. Европейский суд отметил, что, хотя подсудимый не просил о личном участии в кассационном рассмотрении его дела, он не отказывался от права на юридическую помощь. Суд отметил, что назначенный адвокат, не явившись в суд и никак не объяснив свою неявку, очевидным образом нарушил свои обязанности в отношении подзащитного. В такой ситуации кассационный суд должен был бы принять меры по обеспечению права подсудимого на защиту, особенно с учетом того, что в кассационном рассмотрении участвовал прокурор. В связи с тем что соответствующие меры приняты не были, Европейский суд счел, что право заявителя на справедливое судебное разбирательство было нарушено. Аналогичная ситуация имела место и в деле «*Sevastyanov v. Russia*» (№ 37024/02, постановление от 22 апреля 2010 года).

*Назначение защитника при участии осужденного
в кассационной инстанции с помощью видеоконференцсвязи*

В делах «*Grigoryevskikh v. Russia*» (№ 22/03, 9 апреля 2009 года), «*Timergaliyev v. Russia*» (№ 40631/02, 14 октября 2008 года), «*Shugayev v. Russia*» (№ 11020/03, 14 января 2010 года) и «*Shulepov v. Russia*» (№ 15435/03, 26 июня 2008 года) рассматривался вопрос о том, должен ли подсудимому назначаться защитник, если подсудимый участвует в кассационном заседании с помощью видеосвязи. Во всех четырех случаях Европейский суд отметил, что устройства связи по сравнению с личным присутствием несколько ограничивают возможность подсудимого эффективно участвовать в судебном заседании (особенно если подсудимый, как г-н Тимергалиев, имеет проблемы со слухом). По этой причине и с учетом тяжести выдвигаемых обвинений суды должны были вне зависимости от наличия ходатайств со стороны подсудимых, по собственной инициативе рассмотреть вопрос о необходимости назначения адвоката. То, что этот вопрос даже не поднимался, и было сочтено нарушением права на справедливое судебное разбирательство.

*Ненадлежащая организация
защиты по назначению*

Третий тип нарушений, связанных с юридической помощью, — это ненадлежащая организация защиты по назначению, которая фактически приводит к отсутствию эффективной юридической помощи. Дела Сахновского и Ананьева, в которых были отмечены указанные нарушения, заслуживают подробного анализа, поскольку позволяют лучше понять стандарты эффективной защиты.

Дело «Sakhnovsky v. Russia»

Сахновский обвинялся в двойном убийстве. Во время следствия и в суде первой инстанции его интересы представлял назначенный защитник, который помог Сахновскому составить кассационную жалобу. Поскольку данный адвокат не мог по причине занятости участвовать в кассационном рассмотрении, Сахновский просил Верховный Суд, который должен был рассматривать дело в кассационном порядке, назначить ему нового защитника и обеспечить его, Сахновского, личное участие в су-

дебном заседании. Однако защитник назначен не был, а подсудимый участвовал в судебном процессе посредством видеосвязи.

После того как жалоба Сахновского была коммуницирована Европейским судом, его дело было пересмотрено в надзорной инстанции. Результатом пересмотра стало решение о том, что Сахновский был лишен права на защиту при рассмотрении его дела в кассационной инстанции. Было назначено новое кассационное рассмотрение дела в Верховном Суде. Во время повторного рассмотрения дела, состоявшегося через четыре года после первого, Сахновский вновь участвовал в процессе посредством видеосвязи. Непосредственно перед началом судебного заседания ему предоставили защитника, назначенного Верховным Судом, и дали 15 минут для того, чтобы переговорить с защитником по видеосвязи. В начале заседания подсудимый сообщил суду, что он отказывается от услуг назначенного адвоката, поскольку у него не было возможности должным образом пообщаться с ним и обсудить свое дело. Верховный Суд отказался принять этот отказ, и назначенный защитник представлял интересы Сахновского в судебном процессе на основе жалобы, поданной четырьмя годами ранее другим адвокатом.

В своих обращениях в Европейский суд Сахновский утверждал, что назначение адвоката при повторном рассмотрении дела не привело к восстановлению его права на защиту. Соответственно перед ЕСПЧ был поставлен вопрос, насколько эффективным с точки зрения реализации права на защиту было участие назначенного адвоката в повторном кассационном рассмотрении дела. Суд отклонил аргументы государства-ответчика, которое утверждало, что заявитель отказался от юридической помощи, поскольку назначенный защитник не стал требовать у суда своей замены или времени для встречи с заявителем, а сам заявитель также не просил у суда назначить другого адвоката или дать время для организации защиты. Европейский суд указал, что заявитель, как обычный гражданин, не мог совершать процессуальные действия, требующие специальной юридической подготовки. Он донес до суда свою неудовлетворенность качеством защиты так, как мог. Кроме того, он не должен был страдать от пассивности назначенного защитника, на которую, собственно, и жаловался. Европейский суд также отметил, что в данном случае предоставленная заявителю возможность контакта с назначенным адвокатом не была достаточной по ряду причин. Во-первых, адвокат не принимал участия в подготовке новой кассационной

жалобы и опирался на жалобу, подготовленную другим защитником несколько лет назад. Во-вторых, заявитель не имел возможности убедиться в том, что адвокат хорошо знаком с делом, и достичь согласия с ним по поводу ведения защиты, поскольку им было предоставлено мало времени для общения, а кроме того, заявитель не мог быть уверен в конфиденциальности коммуникации по видеосвязи.

Возможные для государства способы организовать эффективную защиту по назначению

Европейский суд отметил, что в данном деле в распоряжении властей были различные возможности организовать эффективную защиту заявителя. Можно было назначить того адвоката, который вел данное дело ранее. Можно было назначить адвоката из Новосибирска, где заявитель отбывал наказание, чтобы защитник имел возможность для личной встречи с заявителем и для совместного с ним участия в судебных слушаниях по видеосвязи. Наконец, можно было бы организовать переговоры защитника с назначенным адвокатом по телефону, предоставив для этого необходимое время. Однако такие меры не предпринимались, и заявитель был поставлен в ситуацию, в которой он мог либо согласиться на участие назначенного адвоката без необходимого уровня контакта с ним, либо отказаться от помощи. По мнению Европейского суда, в этой ситуации право заявителя на защиту не было должным образом обеспечено (см. постановление по делу «*Sakhnovskiy v. Russia*», № 21272/03, от 2 ноября 2010 года).

Недостатки в организации защиты по назначению, дело «Ananiev v. Russia»

Несколько отличная ситуация имело место в деле Ананьева, обвинявшегося в убийстве. При рассмотрении дела в суде первой инстанции ему был назначен защитник, с которым он встретился перед судебным заседанием и по результатам встречи письменно отказался от его помощи. В начале судебного заседания Ананьев стал угрожать свидетелю и был удален из зала судебных заседаний. Удалив подсудимого, суд не стал назначать ему нового защитника. Исследование доказательств проводилось в отсутствие как подсудимого, так и представителя его интересов. Суд признал его виновным и назначил наказание в виде 15 лет лишения свободы. В кассационной жалобе Ананьев, в частности, указывал,

что он был лишен возможности защищать себя в суде, поскольку не присутствовал на большей части судебного процесса и не имел представителя. Он также просил назначить ему нового защитника для участия в кассационном рассмотрении дела. Сам Ананьев был допущен к участию в кассационном разбирательстве, однако адвокат ему назначен не был. Областной суд отклонил жалобы Ананьева по поводу отсутствия защиты в суде первой инстанции на том основании, что он сам отказался от услуг назначенного защитника.

Через три года решение кассационной инстанции было отменено в порядке надзора в связи с тем, что при рассмотрении дела в кассационной инстанции было нарушено право Ананьева на защиту. Во время повторного рассмотрения дела в кассационной инстанции заявителю был назначен адвокат, о чем он был уведомлен. Назначенный защитник изучил материалы дела, однако не встречался с подзащитным. Ананьев сообщил суду кассационной инстанции о том, что он не желает лично участвовать в рассмотрении дела, и просил назначить ему нового адвоката в связи с тем, что назначенный защитник не стал встречаться с ним для обсуждения стратегии и тактики защиты. Требование о назначении нового защитника не было удовлетворено. Дело было рассмотрено с участием ранее назначенного адвоката, который построил свое выступление в суде на основании кассационной жалобы Ананьева, составленной четыре года назад, и не представил суду какие-либо новые аргументы по делу. Кассационный суд вновь подтвердил, что во время рассмотрения дела в суде первой инстанции права подсудимого не были нарушены, поскольку он сам отказался от услуг назначенного адвоката.

Европейский суд констатировал, что в суде первой инстанции при исследовании доказательств интересы подсудимого никак не были представлены. Суд согласился с тем, что поведение подсудимого в суде первой инстанции оправдывало его удаление из зала судебного заседания. Вместе с тем, принимая решение о его удалении, судья не предпринял усилий, чтобы разъяснить Ананьеву последствия этого действия, в частности тот факт, что дело будет рассматриваться не просто в его отсутствие, но и в отсутствие юриста-защитника. По мнению Суда, в этих условиях ранее сделанный заявителем отказ от услуг защитника не может считаться действительным.

Европейский суд также изучил вопрос о том, был ли этот недостаток исправлен на более поздних стадиях рассмотрения уго-

ловного дела, в частности было ли должным образом обеспечено право заявителя на защиту при повторном кассационном рассмотрении дела. Суд указал, что назначение защитника само по себе не означает реализации права на защиту. В данном случае защита осуществлялась неэффективно, так как назначенный защитник не обсуждал дело со своим клиентом. Подсудимый обратил внимание национальных властей на этот факт и просил их вмешательства, однако они не сделали ничего, чтобы исправить ситуацию. На этом основании Европейский суд пришел к выводу, что право заявителя на справедливое судебное разбирательство было нарушено.

§ 5. НЕГАТИВНЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ СУЩЕСТВУЮЩЕЙ РОССИЙСКОЙ ПРАКТИКИ НАЗНАЧЕНИЯ АДВОКАТОВ И ПОРЯДКА ОПЛАТЫ ИХ ТРУДА

Сужение понятия и способов помощи адвоката-защитника в правоприменительной практике

Анализ вышеперечисленных постановлений Европейского суда по правам человека по российским делам показывает, что выявленные нарушения права на юридическую помощь во многом обусловлены крайне формальным отношением правоприменителей к содержанию права на защиту. Создается впечатление, что под правом на защиту понимается в первую очередь присутствие адвоката во время процессуальных действий или судебного заседания. Консультирование подзащитного, разъяснение ему его прав и обязанностей, совместная выработка стратегии и тактики защиты, подача ходатайств и жалоб, ведение адвокатского расследования не рассматриваются в качестве необходимых элементов права на защиту и, соответственно, не обеспечиваются практикой назначения адвокатов и организации их работы. Кроме того, узко и чисто формально толкуется понятие отказа подозреваемого, обвиняемого или подсудимого от защитника. Исходя из обстоятельств дел, рассмотренных Европейским судом, в российской правоприменительной практике в качестве отказа от юридической помощи неосновательно рассматривались отсутствие ходатайства о назначении защитника, отказ от услуг конкретного назначенного защитника, готовность давать пока-

зания в отсутствие адвоката и т.п. (см. постановления по делам «*Sakhnovskiy v. Russia*», «*Sabirov v. Russia*» и др.).

Представляется, что подобные злоупотребления, не говоря уже о формальном подходе к праву на защиту, порождают существующая система назначения адвокатов и порядок оплаты их труда.

1. Основания и организация назначения защитника

Согласно статье 16 УПК РФ, в случаях, предусмотренных последним, обязательное участие защитника обеспечивается должностными лицами, осуществляющими производство по уголовному делу. При этом в случаях, предусмотренных УПК и иными федеральными законами, подозреваемый и обвиняемый могут пользоваться помощью защитника бесплатно. Об этом, например, говорит статья 48 УПК. Статья 50 УПК устанавливает, что «в случае, если адвокат участвует в производстве предварительного расследования или судебном разбирательстве по назначению дознавателя, следователя, прокурора или суда, расходы на оплату его труда компенсируются за счет федерального бюджета». Случаи обязательного участия защитника предусмотрены статьей 51 УПК. В соответствии с ней защитник требуется, не только если подозреваемый, обвиняемый или подсудимый не может адекватно участвовать в уголовном судопроизводстве в силу возраста, физических или психических недостатков или незнания языка, на котором ведется процесс. Участие защитника обязательно во всех случаях, если подозреваемый, обвиняемый или подсудимый «не отказался от защитника». Эта же статья указывает, что если защитник не приглашен самим подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого, то дознаватель, следователь или суд обеспечивает участие защитника в уголовном судопроизводстве.

Таким образом, защитник за счет государственных средств может быть назначен любому, независимо от того, может ли это лицо самостоятельно оплатить юридические услуги защитника и желает ли оно вообще пользоваться помощью назначенного адвоката. При этом назначение защитника находится в компетенции лица, ведущего расследование, а после передачи дела в суд — в ведении судебных органов.

*Риск злоупотреблений со стороны органов расследования
при выборе ими защитника по назначению*

Решение вопроса о назначении защитника лицом, осуществляющим уголовное преследование (а им является следователь или дознаватель), при отсутствии установленных законом правил выбора адвоката для участия в конкретном деле создает риск злоупотреблений. Этот риск усиливается порядком оплаты труда назначенного адвоката. В соответствии с постановлением Правительства РФ от 4 июля 2003 года № 400 «О размере оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда» (в ред. постановления Правительства РФ от 28 сентября 2007 года № 625) оплата труда адвоката на досудебной стадии производится на основании постановления (определения) органа дознания или органа предварительного следствия. В этом постановлении указываются подлежащее оплате время работы и тариф. Таким образом, размер вознаграждения и своевременность его получения во многом зависят от усмотрения органов уголовного преследования.

Существующий порядок выбора и оплаты труда защитников по назначению на практике приводит к появлению так называемых карманных адвокатов, действующих в интересах следствия, а не подзащитного, и к отстранению добросовестных адвокатов от участия в защите по назначению¹. В последние годы руководители адвокатских палат в субъектах РФ пытались изменить сложившийся порядок: создавались графики дежурства адвокатов, назначались координаторы, к которым правоохранительные органы могли обратиться с запросами о назначении защитника и которые обеспечивали вызов адвоката из числа дежурных. Однако эти усилия не всегда оказывались успешными из-за сохранившейся за следователями и дознавателями свободы выбора и назначения адвоката². Представляется, что, пока выбор защитника и оплата его труда будут зависеть от органов следствия и до-

¹ См.: Даньшин Э.Н., Воронов А.А., Пасмарнов А.А., Комаров А.И., Роньшин С.А. Защита «по назначению». Не пора ли вернуться к обсуждению вопроса? // Воронежский адвокат. 2007. № 5.

² См.: Сообщение о реализации адвокатами функций в сфере обеспечения судебной деятельности // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. 2009. № 4 (26). С. 17—18.

знания, право подозреваемых и обвиняемых на эффективную защиту не будет в полной мере реализовываться на практике.

2. Порядок оплаты, объем оплачиваемых услуг и источники финансирования

*Порядок оплаты адвоката по назначению
как не обеспечивающий эффективность юридической помощи*

На судебной стадии производства по уголовному делу решения о назначении адвоката и оплате его труда принимаются судом (см. вышеупомянутое постановление правительства № 400). Поскольку суд является инстанцией, независимой от сторон процесса, такой порядок не создает угроз независимости защитника. Вместе с тем в бюджете судов, в отличие от бюджета органов дознания и следствия, средства на оплату труда назначенных адвокатов не выделяются отдельной защищенной строкой, а учтены в общей сумме расходов, предусмотренных на руководство и управление в сфере установленных законом функций суда. Как отмечают представители адвокатского сообщества, по этой причине суды не заинтересованы расходовать средства на оплату труда защитников по назначению¹. А это не может не влиять на объем юридических услуг, которыми могут воспользоваться подсудимые.

На всех стадиях уголовного судопроизводства ограничение объема помощи назначенного адвоката участием в следственных действиях и судебных заседаниях также обусловлено сложившимся порядком оплаты труда и исчисления ее размеров. Кроме правительственного постановления № 400, оплата труда адвокатов по назначению регулируется приказом Минюста и Минфина России от 6 октября 2003 года № 257/89н «Об утверждении порядка расчета оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда, в зависимости от сложности уголовного дела».

¹ См. резолюцию Четвертого Всероссийского съезда адвокатов «Об оплате труда адвокатов, участвующих в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда, и компенсации расходов, связанных с выездом адвокатов к месту выполнения процессуальных действий» от 7 апреля 2009 года.

В соответствии с этими нормативными актами размер оплаты определяется исходя из времени занятости адвоката. В свою очередь, как указано в приказе Минюста и Минфина, «время занятости адвоката исчисляется в днях, в которые адвокат был фактически занят выполнением поручения по соответствующему уголовному делу вне зависимости от длительности работы в течение дня по данному уголовному делу, в том числе в течение нерабочего праздничного дня или выходного дня, ночного времени». При этом нормативные документы не разъясняют, какие именно виды адвокатской деятельности должны рассматриваться в качестве «выполнения поручения по уголовному делу». Верховный Суд РФ толкует указанные положения нормативных актов как позволяющие оплачивать различные виды помощи, оказываемой адвокатом подзащитному, включая посещение клиента в СИЗО¹. Однако в правоприменительной практике обычно оплачивают только время участия адвоката по назначению в следственных действиях и судебных заседаниях, а также время на ознакомление с материалами дела перед судебным процессом². Такой подход существенно ограничивает объем, а значит, и эффективность юридической помощи, оказываемой адвокатом по назначению.

Таким образом, система оплаты труда защитника по назначению страдает рядом существенных недостатков. Распоряжение средствами на оплату труда назначенных адвокатов осуществляют органы, чьи интересы не соответствуют, а в некоторых случаях противоречат задаче обеспечения эффективной защиты подозреваемых, обвиняемых и подсудимых. А установленные тарифы и сложившийся порядок исчисления размеров оплаты труда не мотивируют адвокатов по назначению к активной защите. Эти недостатки в совокупности негативно влияют на качество и объем юридических услуг, получаемых малоимущими подзащитными.

Отсутствие эффективного контроля за качеством юридической помощи, оказываемой адвокатами по назначению

Ситуация усугубляется отсутствием эффективного контроля за качеством этих услуг. Сегодня единственным механизмом контроля за качеством юридической помощи, оказываемой ад-

¹ См. Решение Верховного Суда Российской Федерации от 9 октября 2008 года № ГКПИ08-1840.

² См.: Однобокая компенсация // Новая адвокатская газета. 2008. № 6 (23).

вокатами по назначению, являются дисциплинарные процедуры адвокатских палат, которые могут рассматривать жалобы на неисполнение или ненадлежащее исполнение адвокатом своих профессиональных обязанностей перед доверителем. Однако эти процедуры являются лишь формой реакции на уже допущенное адвокатом нарушение своих профессиональных обязанностей. Дело в том, что такие дисциплинарные процедуры могут быть инициированы по жалобам самих подзащитных, а также по представлениям территориальных органов юстиции и частным определениям судов. При этом очевидно, что далеко не все лица, пользующиеся услугами адвокатов по назначению, знают о возможности подать жалобу в палату адвокатов и не все способны определить, насколько добросовестно адвокат исполняет свои обязанности перед доверителем. Для государственных органов направление соответствующих представлений и определений является не обязанностью, а правом, которое они могут реализовать по своему усмотрению.

Таким образом, существующий в России механизм предоставления адвоката по назначению не соответствует в должной степени международным стандартам реализации права подозреваемых, обвиняемых и подсудимых на юридическую помощь. В частности, этот механизм не обеспечивает участия защитника во всех случаях, когда того требуют интересы правосудия, а также не гарантирует эффективности защиты.

§ 6. ПРАВО НА БЕСПЛАТНУЮ ЮРИДИЧЕСКУЮ ПОМОЩЬ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ ВОПРОСОВ НЕ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРА

1. Международные документы о бесплатной юридической помощи

Рекомендательный характер международных норм по вопросу об оказании юридической помощи вне уголовного судопроизводства

Международные договоры о правах человека не содержат непосредственных указаний на то, что бесплатная юридическая помощь является неотъемлемым элементом права на доступ к правосудию вне связи с уголовным преследованием. Вопрос о бесплатной юридической помощи рассматривается преиму-

шественно в документах рекомендательного характера, а также в толкованиях международных органов.

Международно-правовые документы рекомендательного характера призывают оказывать помощь малообеспеченным и уязвимым лицам. «Основные принципы о роли юристов», например, указывают: «Особое внимание следует уделять оказанию помощи бедным и другим лицам, находящимся в неблагоприятном положении, с тем, чтобы они могли отстаивать свои права и, когда это необходимо, обращаться за помощью к юристам».

Аналогичные требования содержатся и в Рекомендации № R (93) 1 «Об эффективном доступе к праву и правосудию малообеспеченных слоев населения», принятой Комитетом министров Совета Европы 8 января 1993 года. Причем речь идет не только о предоставлении малоимущим адвоката для представления их интересов в судебном процессе, но и об оказании юридической помощи в рамках внесудебных процедур. В данной Рекомендации, в частности, говорится следующее:

«1. Содействовать доступу беднейших слоев населения к закону (“право на защиту со стороны закона”) путем:

а) поощрения, там, где это необходимо, действий по повышению осведомленности юристов о проблемах беднейших слоев населения;

б) поощрения развития служб юридической консультации для беднейших слоев населения;

в) покрытия стоимости юридических консультаций для беднейших слоев населения посредством оказания юридической помощи, не исключая внесения небольшого взноса лицами, пользующимися такой помощью там, где того требует внутреннее законодательство;

г) поощрения создания, когда это представляется необходимым, консультационных центров в районах проживания бедноты.

2. Содействовать эффективному доступу беднейших слоев населения к внесудебным методам разрешения конфликтов путем:

а) расширения участия неправительственных организаций или добровольных организаций, оказывающих помощь беднейшим слоям населения, в таких квазисудебных формах разрешения конфликтов, как посредничество и примирение;

б) оказания юридической или любых других форм помощи в применении таких методов разрешения конфликтов».

В свою очередь, Резолюция (78) 8 «О юридической помощи и консультациях», принятая Комитетом министров Совета Евро-

пы 2 марта 1978 года, предлагает оказывать бесплатную (субсидируемую) юридическую помощь в виде консультаций вне рамок судебных процедур или подготовки к ним.

Критерии, предлагаемые ЕСПЧ для предоставления бесплатной юридической помощи по уголовным делам

Европейский суд по правам человека, рассматривая дела о реализации права на справедливое судебное разбирательство, также признал, что в некоторых ситуациях бесплатная юридическая помощь становится ключевой гарантией справедливого судебного разбирательства. Для оценки необходимости в предоставлении юридической помощи по уголовным делам Суд предлагает руководствоваться критериями, сходными с теми, которые он предлагает для уголовных дел:

- значение результатов судебного разбирательства для индивида;
- сложность дела с точки зрения процедуры и решаемых вопросов;
- обязательность участия юриста в качестве представителя в соответствии с национальными законами;
- способность индивида самостоятельно представлять свои интересы в сравнении с другими сторонами процесса;
- наличие правовых оснований для судебных процедур;
- отсутствие у индивида возможности оплачивать юридические услуги.

2. Практика ЕСПЧ по делам против отдельных зарубежных государств — участников Конвенции

В частности, в деле «*Airey v. Ireland*» (№ 6289/73, постановление от 9 октября 1979 года) Европейский суд оценивал необходимость участия назначенного и оплачиваемого государством представителя в судебном разбирательстве по вопросу о раздельном жительстве супругов. Суд признал, что отсутствие юридической помощи в данном деле существенно ограничило право на доступ к правосудию, так как участие юриста-представителя требовалось процессуальным законодательством, а также было необходимо в связи со сложностью процедуры и сильной эмоциональной реакцией сторон на подлежащий рассмотрению вопрос.

В деле «*P, C and S v. the United Kingdom*» (№ 56547/00, постановление от 16 июля 2002 года) речь шла о юридической помощи при рассмотрении вопроса о лишении П. родительских прав и возможности усыновления ее дочери. Европейский суд отметил, что в данном случае присутствие профессионального представителя было необходимо в связи как с серьезностью рассматриваемого вопроса, так и с отсутствием у матери новорожденного ребенка достаточного уровня эмоциональной отстраненности для объективного представления правовой позиции по делу.

В отличие от двух описанных ситуаций в деле «*MacVicar v. the United Kingdom*» (№ 46311/99, постановление от 7 мая 2002 года) Европейский суд считал, что отсутствие юридической помощи не повлияло на справедливое судебное разбирательство. С точки зрения Суда дело о диффамации, по которому Маквикар выступал ответчиком в национальном суде, не было сложным ни с правовой, ни с фактической точки зрения, не ставило серьезных задач перед ответчиком, который к тому же был грамотным журналистом и имел опыт участия в судебных процессах.

Однако в деле «*Steel and Morris v. the United Kingdom*» (№ 68416/01, постановление от 15 февраля 2005 года), где также шла речь о праве на бесплатную юридическую помощь ответчикам по диффамационному иску, Европейский суд пришел к противоположному выводу. Истцом по данному делу выступало не частное лицо, а крупная корпорация «Макдональдс», в связи с этим способности ответчиков представить свои интересы лично оказались явно не равны возможностям оппонента, в то время как финансовые последствия этого дела для ответчиков могли оказаться весьма серьезными. Аналогичный подход Европейский суд применил в деле «*Bertuzzi v. France*» (№ 36378/97, постановление от 13 февраля 2003 года), указав, что принцип справедливости судебного разбирательства требует, чтобы в споре между юристом и обычным гражданином последний получал бы профессиональную юридическую помощь.

Так же как и в случае с правом на юридическую помощь по уголовным делам, Европейский суд полагает, что установление имущественного порога для лиц, претендующих на получение бесплатной юридической помощи, относится к компетенции национальных властей.

Помимо общих подходов к предоставлению бесплатной юридической помощи — вне контекста уголовного преследо-

вания — международно-правовые документы содержат специальные указания относительно предоставления помощи в определенных ситуациях, а также представителям определенных уязвимых категорий.

*Более широкое толкование ЕСПЧ понятия
«уголовное преследование» при решении
об обязательности помощи адвоката*

Определяя ситуации, в которых может потребоваться предоставление бесплатной юридической помощи, международные органы, в частности Европейский суд по правам человека, исходят из более широкого понятия «уголовное преследование», которое отличается от принятого в российской правовой системе. Так, Европейский суд включает в это понятие иные виды привлечения индивида к ответственности в рамках публично-правовых процедур. ЕСПЧ считает, что стандарты справедливого судебного разбирательства «при определении уголовного обвинения» (статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод), включая право на получение бесплатной юридической помощи, должны применяться в рамках процедур, результатом которых может стать применение серьезных санкций (лишение свободы или крупный штраф), даже если национальный закон не рассматривает эти процедуры в качестве уголовно-правовых (см., в частности, постановления по делам «*Campbell and Fell v. UK*», № 7819/77 и 7878/77, а также «*Engel and Others v. the Netherlands*», № 100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 и 5370/72, от 23 ноября 1976 года). Из этого вытекает, что обязанность государства по предоставлению бесплатной юридической помощи может возникать в связи с дисциплинарным и административным производством.

Как следует из практики Европейского суда, соответствовать принципам справедливого судебного разбирательства также должны процедуры проверки законности лишения свободы, включая задержание и арест с целью депортации или экстрадиции, изоляцию алкоголиков и бродяг (см., например, постановление по делу «*De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*», № 2832/66, 2835/66 и 2899/66, от 18 ноября 1970 года). Реализация этих принципов может потребовать участия в делах указанной категории юриста, назначенного государственными органами.

*Юридическая помощь жертвам
грубых нарушений прав человека*

Кроме того, международные договоры о правах человека обязывают государства обеспечить право на доступ к правосудию и средствам юридической защиты лиц, пострадавших от пыток и тому подобных преступлений. Европейский суд по правам человека в рамках своей практики установил, что реализация этого принципа может потребовать предоставления юридической помощи пострадавшим. Так, в деле *«Jordan v. the United Kingdom»* (№ 24746/94, постановление от 4 мая 2001 года) Суд признал нарушением отказ в предоставлении юридической помощи во время расследования родственникам лица, который погиб в результате действий полиции.

**3. Юридическая помощь несовершеннолетним
и лицам с психическими расстройствами**

*Право лиц, страдающих психическими расстройствами,
на бесплатную юридическую помощь*

Международные документы специально оговаривают право лиц, страдающих психическими расстройствами, на бесплатную юридическую помощь при рассмотрении значимых для них вопросов. Принципы защиты психически больных лиц и улучшения психиатрической помощи требуют обеспечить указанным лицам право на бесплатную юридическую помощь при рассмотрении вопроса о лишении дееспособности и назначении опекуна: «Любое решение о том, что по причине его психического заболевания лицо не является дееспособным, и любое решение о том, что вследствие такой недееспособности должен быть назначен личный представитель, принимается только после справедливого слушания независимым и беспристрастным судебным органом... Лицо, дееспособность которого является предметом разбирательства, имеет право быть представленным адвокатом. Если лицо, дееспособность которого является предметом разбирательства, не может самостоятельно обеспечить себя таким представительством, последнее должно предоставляться этому лицу бесплатно, если оно не располагает достаточными для этого средствами».

Этот же документ предполагает оказание юридической помощи лицу, обжалующему обоснованность недобровольной госпитализации и лечения в психиатрическом учреждении: «Пациент имеет право выбирать и назначать адвоката для представления пациента как такового, включая представительство в ходе любой процедуры рассмотрения жалобы или апелляции. Если пациент не обеспечивает самостоятельно такие услуги, адвокат предоставляется пациенту бесплатно постольку, поскольку данный пациент не имеет достаточных средств для оплаты его услуг».

В постановлениях Европейского суда по правам человека также указывается, что требование справедливого разбирательства распространяется на процедуры обжалования законности недобровольной госпитализации. Следовательно, в рамках этих процедур может возникнуть необходимость обеспечить участие адвоката, представляющего интересы госпитализируемого (см., в частности, постановление по делу «*Winterwerp v. the Netherlands*», № 6301/73, от 24 октября 1979 года).

Бесплатная юридическая помощь несовершеннолетним

Различные международно-правовые акты, посвященные несовершеннолетним, рассматривают бесплатную юридическую помощь как инструмент, обеспечивающий надлежащую защиту их прав. Так, Правила ООН, касающиеся защиты несовершеннолетних, лишенных свободы, требуют обеспечить несовершеннолетним бесплатную юридическую помощь в период предварительного ареста. Кроме того, Правила указывают, что в период отбывания наказания «каждый несовершеннолетний должен иметь право обращаться при подаче жалобы с просьбой об оказании помощи, когда это возможно, со стороны членов семьи, юрисконсультов, групп по оказанию гуманитарной помощи и других лиц. Неграмотным несовершеннолетним должна оказываться помощь в тех случаях, когда они нуждаются в услугах государственных или частных учреждений и организаций, предоставляющих юридическую консультацию или имеющих право на рассмотрение жалоб».

Иными словами, предполагается, что бесплатная юридическая помощь в некоторых случаях должна оказываться заключенным несовершеннолетним вне связи с рассмотрением их уголовного дела.

§ 7. ПРАВО НА БЕСПЛАТНУЮ ЮРИДИЧЕСКУЮ ПОМОЩЬ ПО НЕУГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ В РОССИИ: ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАКТИКИ

1. Федеральное регулирование

Российское законодательство о праве на бесплатную юридическую помощь по уголовным делам

Право на бесплатную (субсидируемую) юридическую помощь вне связи с уголовным преследованием гарантируется тремя российскими законами. Так, статья 22 Федерального закона 27 мая 1998 года № 76-ФЗ «О статусе военнослужащих» предоставляет военнослужащим, проходящим военную службу по призыву, право на бесплатную юридическую помощь по вопросам, связанным с прохождением военной службы. Эта помощь должна предоставляться адвокатами. Кроме того, органы военного управления и органы военной юстиции в пределах их функциональных (должностных) обязанностей должны предоставлять бесплатную юридическую помощь всем военнослужащим, гражданам, уволенным с военной службы, и членам их семей по вопросам, связанным с прохождением военной службы.

Статья 26 Федерального закона от 31 мая 2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее — Закон «Об адвокатуре») устанавливает право на бесплатную юридическую помощь для несовершеннолетних, содержащихся в учреждениях системы профилактики безнадзорности и правонарушений, а также для малоимущих граждан Российской Федерации, среднедушевой доход семей которых ниже прожиточного минимума. Причем в соответствии со статьей 26 указанного закона бесплатную помощь могут получать не все малоимущие граждане и не во всех случаях. Бесплатная помощь по всем вопросам, не связанным с предпринимательской деятельностью, должна предоставляться только малоимущим ветеранам Великой Отечественной войны. Малоимущие реабилитированные могут получать помощь по вопросам реабилитации. Все прочие малоимущие могут претендовать только на помощь при составлении заявлений о назначении пенсий и пособий, а также если они выступают истцами по рассматриваемым судами первой инстанции делам о взыскании алиментов, возмещении

вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с трудовой деятельностью.

Статья 12 Федерального закона от 2 августа 1995 года № 122-ФЗ «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов в Российской Федерации» устанавливает, что пожилые и инвалиды, проживающие в стационарных учреждениях социального обслуживания, имеют право на бесплатную помощь адвоката в порядке, установленном действующим законодательством (в данном случае имеется в виду порядок, предусмотренный Законом «Об адвокатуре»).

Еще два закона содержат положения, которые могут быть истолкованы как дающие право на получение бесплатной (субсидируемой) юридической помощи, хотя напрямую такое право не гарантируют. В частности, статья 48 Федерального закона от 2 июля 1992 года № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании», устанавливающая порядок рассмотрения судами жалоб на действия медицинских работников, иных специалистов, работников социального обеспечения и образования, врачебных комиссий, ущемляющие права и законные интересы граждан при оказании им психиатрической помощи, предусматривает обязательное участие представителя предполагаемой жертвы нарушений. Таким представителем может выступать и адвокат. При этом оговаривается, что расходы, связанные с рассмотрением таких жалоб в суде, несет государство, из чего можно сделать вывод, что расходы на оплату труда представителей, в том числе адвокатов сторон, будет нести государство. Кроме того, статья 34 того же закона указывает, что в рассмотрении судом вопроса о недобровольной госпитализации обязательно должен участвовать представитель госпитализируемого. Очевидно, что в случаях, когда у госпитализируемого нет родственников или знакомых, которые могли бы представлять его законные интересы или интересы которых противоречат интересам больного, а сам больной не в состоянии пригласить адвоката, адвокат для представления его интересов должен назначаться судом.

Статья 28 Федерального закона от 24 июня 1999 года № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» указывает, что в судебном разбирательстве по вопросу о помещении несовершеннолетних, не подлежащих уголовной ответственности, в специальные учебно-воспитательные учреждения закрытого типа должен принимать участие адвокат. Указанный закон, так же как и Закон «О психиат-

рической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании», напрямую не говорит о том, кто в данном случае должен оплачивать услуги адвоката. Однако и в этих случаях обязательное участие адвоката в процессе может быть обеспечено только посредством назначения.

2. Основания предоставления

*Условия предоставления бесплатной юридической помощи;
ограничение оснований предоставления бесплатной юридической
помощи доходом ниже прожиточного минимума*

В целом действующее федеральное законодательство предоставляет право на субсидируемую юридическую помощь сравнительно небольшому числу уязвимых групп. В частности, законодательство не предусматривает возможности получения субсидируемой помощи лицам, не являющимся гражданами Российской Федерации (за исключением несовершеннолетних, содержащихся в учреждениях системы профилактики безнадзорности и правонарушений). Для граждан России основным условием для получения субсидируемой юридической помощи является доход ниже прожиточного минимума. Прожиточный минимум — показатель, отражающий стоимость минимального набора продуктов питания, непродовольственных товаров и услуг, необходимых для поддержания жизнедеятельности человека (юридические услуги не входят в указанный набор)¹. Этот показатель определяет черту, за которой наступает абсолютная бедность, т.е. отсутствие материальной возможности удовлетворять элементарные потребности. Понятно, что лица, живущие на уровне абсолютной бедности, не в состоянии самостоятельно оплатить юридические услуги. По этой причине малоимущие и были выделены в группу получателей бесплатной юридической и иной социальной помощи, предоставляемой государством.

¹ См. Федеральный закон от 24 октября 1997 года № 134-ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации», Федеральный закон Российской Федерации от 31 марта 2006 года № 44-ФЗ «О потребительской корзине в целом по Российской Федерации», а также постановление Правительства РФ от 17 февраля 1999 года № 192 «Об утверждении методических рекомендаций по определению потребительской корзины для основных социально-демографических групп населения в целом по Российской Федерации и в субъектах Российской Федерации».

Вместе с тем наличие у человека возможности удовлетворить базовые потребности в питании и одежде также не всегда означает, что у него есть ресурсы на оплату услуг юриста. С этой точки зрения жесткая привязка права на получение бесплатной юридической помощи к доходу ниже прожиточного минимума может на практике неосновательно ограничивать доступ к правосудию довольно значительному числу жителей нашей страны.

Более того, за исключением несовершеннолетних, содержащихся в учреждениях системы профилактики безнадзорности и правонарушений, представители этих групп имеют право на помощь в очень небольшом числе случаев. Жилищные, трудовые, семейные и имущественные споры, конфликты по поводу услуг ЖКХ, медпомощи, права на образование и другие жизненно важные юридические проблемы даже наименее социально защищенные граждане должны решать без помощи юриста. Кроме того, федеральное законодательство не предполагает оказания субсидируемой юридической помощи в рамках судопроизводства по делам об административных правонарушениях, а также помощи пострадавшим от преступлений.

3. Критика с позиции европейских стандартов

Европейский суд о недостаточности гарантий права на юридическую помощь в гражданских делах

Несоответствие законодательных гарантий права на бесплатную юридическую помощь необходимому уровню защиты права на доступ к правосудию было констатировано Европейским судом в деле «*Larin v. Russia*» (№ 15034/02, постановление от 21 мая 2010 года). Ларин был приговорен к лишению свободы за то, что при покупке автомобиля расплатился фальшивыми долларами. После того как приговор вступил в силу и Ларин был отправлен в колонию, обманутый продавец обратился с иском в суд, требуя вернуть автомобиль. Суд направил Ларину копию искового заявления и письмо, в котором сообщалось о дате слушаний. Суд также уведомил Ларина о том, что он может представить свои аргументы по делу в письменном виде. Однако письмо дошло до колонии, где находился Ларин, с опозданием. В результате иск рассматривался без участия Ларина. Суд постановил удовлетворить требования истца.

Узнав об этом, Ларин потребовал отменить решение и рассмотреть дело заново с его участием. Он также просил о назначении адвоката, который оказал бы ему юридическую помощь в связи с рассмотрением иска. После того как суд назначил дату рассмотрения, Ларин опять попросил вызвать его на слушания и назначить ему адвоката. Однако требования Ларина не были удовлетворены: адвокат не был назначен, а иск рассматривался в отсутствие заявителя. Суд постановил, что оснований для пересмотра первоначального решения по иску нет. Ларин подал жалобу в областной суд и потребовал обеспечить свое присутствие при ее рассмотрении. Областной суд ответил, что участие заявителя в рассмотрении жалобы необязательно по закону, а его конвоирование на слушания будет неуместным. Жалоба была рассмотрена в отсутствие Ларина и отклонена.

Европейский суд счел, что при рассмотрении гражданского иска в отношении Ларина было нарушено право на справедливое судебное разбирательство, предусмотренное статьей 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Суд принял аргумент российских властей о том, что все значимые для рассмотрения иска обстоятельства были установлены при рассмотрении уголовного дела в отношении Ларина. Однако Суд не согласился с выводом российской стороны о предрешенности результата рассмотрения иска, в связи с чем присутствие Ларина или его представителя никак не могло повлиять на исход дела. ЕСПЧ указал, что предсказуемость судебного решения не давала оснований полностью лишать Ларина процессуальных прав при рассмотрении иска. В противном случае отдельный судебный процесс по гражданскому иску утрачивает смысл и превращается в «штамповку» ранее вынесенного приговора.

По мнению Суда, в сложившейся ситуации право Ларина на участие в рассмотрении дела можно было бы обеспечить разными способами, в том числе посредством введения в процесс представителя. Европейский суд отметил, что находившемуся в заключении Ларину было сложно самостоятельно найти представителя. Для Ларина возможность найти адвоката или выдать доверенность родственнику либо знакомому ограничивалась еще и потому, что извещения о судебных заседаниях доходили до него с запозданием. Проблему можно было бы решить, если бы власти сами назначили Ларину адвоката, тем более что он трижды об этом просил. Российские власти, в свою очередь, оправдывали отказ в назначении адвоката тем, что законодательство не пре-

дусматривает предоставления юридической помощи по таким делам за счет государства. Европейский суд счел такой аргумент неубедительным, указав, что «закон должен гарантировать оказание юридической помощи в тех случаях, когда отсутствуют иные способы обеспечить участие заключенного в судебном разбирательстве».

4. Перспективы развития

Тенденция расширения круга оснований и субъектов для получения бесплатной юридической помощи в России

Следует отметить, что узость установленных федеральными законами гарантий права на субсидируемую юридическую помощь в целом признается российскими законодателями и правоприменителями. Необходимость расширить основания для получения субсидируемой помощи обсуждается в рамках работы над проектом федерального закона «О государственной системе бесплатной юридической помощи в Российской Федерации». Кроме того, ряд региональных и федеральных нормативных актов также предполагает оказание бесплатной юридической помощи по более широкому кругу оснований, чем предусматривается приведенным федеральным законодательством.

Например, в Санкт-Петербурге помощь предоставляется гражданам, имеющим доход, равный или ниже двукратного размера прожиточного минимума. При этом вне зависимости от размера доходов помощь предоставляется выпускникам детских домов и домов-интернатов в возрасте до 23 лет, инвалидам и ветеранам ВОВ¹. В Самарской области получателем юридической помощи могут стать граждане с доходом ниже прожиточного минимума, а также — вне зависимости от доходов — неработающие пенсионеры, ветераны войны и труда, инвалиды первой и второй групп².

¹ См.: Закон Санкт-Петербурга от 24 января 2008 года № 710-2 «О предоставлении бесплатной юридической помощи отдельным категориям граждан в Санкт-Петербурге».

² См.: Порядок оказания бесплатной юридической помощи отдельным категориям граждан, проживающих на территории Самарской области, утвержденный постановлением Правительства Самарской области от 29 апреля 2008 года № 115.

Федеральная экспериментальная программа создания государственных юридических бюро также предполагает возможность оказания помощи определенным категориям граждан без рассмотрения вопроса об их доходе. Постановление Правительства РФ от 22 августа 2005 года № 534 «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам» предлагало оказывать помощь малоимущим, а также ветеранам и инвалидам первой и второй групп независимо от уровня их доходов. В 2007 году право получать юридическую помощь вне зависимости от имущественного положения было предоставлено также пенсионерам по старости¹.

*Государственные юридические бюро и их задачи
по оказанию бесплатной юридической помощи*

Государственные юридические бюро, созданные на основании постановления Правительства РФ «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам», оказывают помощь по всем делам, не связанным с предпринимательской деятельностью. Аналогичный подход был принят в программе юридической помощи Самарской области, после признания в 2006 году того факта, что взаимная обусловленность типов дел, по которым оказывается помощь, и принадлежность получателя к определенной социальной группе слишком сильно сокращают круг лиц, получающих право рассчитывать на юридическую поддержку. В Санкт-Петербурге лица с низким доходом получают помощь только по тем категориям дел, которые названы в статье 26 Закона «Об адвокатуре», т.е. при составлении заявлений о назначении пенсий и пособий, а также для представления интересов в судах первой инстанции по делам о взыскании алиментов, возмещении вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с трудовой деятельностью. Однако в соответствии с Законом «О предоставлении бесплатной юридической помощи отдельным категориям граждан

¹ См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 13 ноября 2006 года № 676 «О продлении на 2007 год срока проведения эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам».

в Санкт-Петербурге» инвалидам, ветеранам ВОВ и выпускникам детских домов могут быть оказаны юридические услуги по всем видам дел, не связанным с предпринимательской деятельностью. Вместе с тем оказание помощи по делам об административных правонарушениях, а также помощи пострадавшим от преступлений ни одной из этих программ не предусматривается.

*Организация и финансирование программ
бесплатной юридической помощи в России*

Реализация даже тех узких гарантий права на получение бесплатной юридической помощи, которое предоставляет действующее российское законодательство, сдерживается слабым развитием механизмов финансирования и организации юридической помощи.

Государственные юридические бюро финансируются за счет федерального бюджета и имущества. Им выделяются помещения для работы, а также средства на оплату труда сотрудников и иные расходы в соответствии с утвержденными нормативами¹. Однако такие бюро созданы только в 10 субъектах Федерации: в Республике Карелия, Чеченской Республике, Волгоградской, Иркутской, Магаданской, Московской, Самарской, Свердловской, Томской и Ульяновской областях. Кроме того, до настоящего момента работа бюро рассматривается как экспериментальная, и перспективы расширения сети таких бюро пока неясны.

На нормативном уровне достаточно проработан лишь механизм финансирования бесплатной помощи военнослужащим. В частности, принято постановление Правительства Российской Федерации от 23 июля 2005 года № 445 «О порядке оказания адвокатами юридической помощи военнослужащим, проходящим военную службу по призыву, по вопросам, связанным с прохождением военной службы, а также по иным основаниям, установленным федеральными законами». Это постановление устанавливает ставки и процедуры оплаты работы адвокатов, а также указывает в качестве источника оплаты оказанной юридической помощи средства федерального бюджета, выделяемые на эти

¹ См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 22 августа 2005 года № 534 «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам».

цели Министерству обороны РФ и иным федеральным органам исполнительной власти, в которых предусмотрена военная служба. Содержание постановления дополнительно конкретизировано приказами соответствующих министерств и ведомств¹.

При этом нормативные акты не устанавливают механизмов реализации требований об обязательном участии адвоката при рассмотрении дел о недобровольной госпитализации, жалоб, связанных с оказанием психиатрической помощи, а также помещением несовершеннолетнего в учебно-воспитательные учреждения закрытого типа. А механизм реализации положений статьи 26 Закона «Об адвокатуре» страдает рядом существенных дефектов.

*Полномочия органов государственной
власти субъектов РФ по компенсации адвокатам их услуг
по оказанию бесплатной юридической помощи*

Вопросы оплаты труда адвоката рассматриваются в статье 25 Закона «Об адвокатуре», где сказано, что порядок компенсации расходов адвокату, оказывающему бесплатную юридическую помощь, определяется законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации. В соответствии с подп. 27 п. 2 статьи 26.3 Федерального закона от 6 октября 1999 года № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» установление порядка предоставления компенсаций расходов адвокату, оказывающему бесплатную юридическую помощь в соответствии со статьей 26 Закона «Об адвокатуре», отнесено к полномочиям

¹ См.: Приказ министра обороны Российской Федерации от 13 октября 2005 года № 430 «Об утверждении Инструкции о порядке осуществления выплат юридическим консультациям и коллегиям адвокатов в качестве вознаграждения и (или) компенсации расходов при оказании ими юридической помощи военнослужащим, проходящим военную службу по призыву, по вопросам, связанным с прохождением военной службы, а также по иным основаниям, установленным федеральными законами»; приказ Федеральной службы охраны Российской Федерации от 23 января 2006 года № 28 «О порядке осуществления выплат юридическим консультациям и коллегиям адвокатов в качестве вознаграждения и (или) компенсации расходов при оказании ими юридической помощи военнослужащим, проходящим военную службу по призыву, по вопросам, связанным с прохождением военной службы, а также по иным основаниям, установленным федеральными законами».

органов государственной власти субъекта Российской Федерации, осуществляемым данными органами самостоятельно за счет средств бюджета субъекта Российской Федерации (за исключением субвенций из федерального бюджета).

Указанные положения законов недостаточно конкретны и порождают споры как по поводу того, обязаны ли вообще субъекты Российской Федерации финансировать оказание бесплатной юридической помощи¹, так и по поводу того, должны ли они лишь компенсировать расходы, понесенные адвокатами (командировочные и пр.), или обязаны оплачивать труд адвоката². Такие споры в ряде случаев блокируют создание механизмов организации и финансирования субсидируемой юридической помощи и ведут к невозможности реализовать право на нее в ряде регионов страны.

В частности, по данным на 2009 год, в Республике Мордовия, в Белгородской, Калининградской, Кировской, Оренбургской и Псковской областях не были приняты нормативные акты о порядке компенсации расходов адвокату, оказывающему бесплатную юридическую помощь. В остальных субъектах Российской Федерации необходимая нормативная база существовала, однако в 58 субъектах средства на оплату такой помощи не выделялись.

Реализация региональных программ оказания бесплатной юридической помощи

В некоторых регионах, к числу которых можно, в частности, отнести Самарскую, Пермскую области и город Санкт-Петербург, усилиями региональных властей и адвокатского сообщества были созданы реально действующие программы оказания бесплатной юридической помощи. Важно отметить, что эти программы существенно расширили основания для предоставления помощи по сравнению с тем, что предлагается в статье 26 Закона «Об адвокатуре», и разработали сравнительно удобные как для

¹ См.: Материалы и исследования «Оказание бесплатной юридической помощи, обеспечение права на получение квалифицированной юридической помощи в Российской Федерации» проекта «Доступ к правосудию» (EuropeAid / 126314 / C / SER / RU, 2008 / 167-042). См.: также сайт проекта <http://a-to-j.ru/index.php?id=58>

² См.: Доступ к правосудию и субсидируемая юридическая помощь: анализ международного и российского опыта: сб. материалов / Институт «Право общественных интересов». М., 2010. С. 171.

адвокатов, так и для получателей помощи процедуры удостоверения права на помощь и объема подлежащих оплате услуг (см. выше).

В регионах, где нормативные акты копируют положения статьи 26 Закона «Об адвокатуре» или приняты громоздкие и сложно проходимые процедуры удостоверения права на получение помощи, выделяемые на оплату юридических услуг бюджетные средства остаются неизрасходованными, а помощь получает значительно меньше малоимущих, чем предполагалось. Это обстоятельство, в частности, было признано депутатами Законодательного собрания Нижегородской области: «Юридическую помощь, которой, по расчетам депутатов ЗСНО, должны были воспользоваться не менее 60 тысяч жителей региона, смогли получить менее 30 тысяч нижегородцев. Оказалось, что получить справку о том, что человек имеет право на бесплатную юридическую помощь, очень сложно. Расчет, позволяющий выяснить уровень дохода, занимает много времени».

Неразвитость системы бесплатной юридической помощи по неуголовным делам — потенциальный источник массовых нарушений права на доступ к правосудию и справедливому судебному разбирательству. Чтобы избежать таких нарушений, необходимо как минимум решить проблемы с организационным и финансовым обеспечением права на бесплатную юридическую помощь для тех, кому это право уже дано действующим законодательством, т.е. малоимущим, несовершеннолетним, пациентам психиатрических стационаров и пр. Кроме того, необходимо рассмотреть возможность расширения круга лиц, имеющих право на получение бесплатной юридической помощи, и перечня случаев, в которых такая помощь может быть оказана.

ГЛАВА V

ОБЩИЕ СТАНДАРТЫ И РЕАЛИИ ТРАНСПАРЕНТНОСТИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

Синописис

Цели расширения сферы транспарентности судебной деятельности в развивающемся мире

Три составляющие транспарентности: процессуальная, институциональная, а также «PR-составляющая», т.е. практика взаимодействия со средствами массовой информации

Гласность судебного разбирательства, в том числе открытое судебное разбирательство (в условиях, обеспечивающих присутствие публики в зале заседания) и публичное оглашение судебного решения, международные источники

Международно-правовой стандарт как минимально необходимые международно-правовые требования, которые отражают установившийся международный консенсус применительно к транспарентности

Информационные электронные базы данных о судебной системе и новое российское законодательство

Информация о движении дела и извещение сторон

Дело «*Zagorodnikov v. Russia*»

Российское законодательство об уведомлении участников судебного разбирательства

Заочное разбирательство дела по существу — в отсутствие одной из сторон по гражданским делам или в отсутствие подсудимого при рассмотрении выдвинутого против него уголовного обвинения: соразмерность ограничения гласности для сторон публичному интересу, оправдывающему заочное рассмотрение в российской практике

Личное присутствие сторон в судебном заседании в вышестоящих судебных инстанциях при пересмотре судебных актов, в том числе при разрешении как вопросов факта, так и вопросов права

Гарантии социального контроля и прилюдность правосудия как цель открытого разбирательства дел

Ограничения на доступ в здания судов в связи с обеспечением безопасности

Понятие оглашения судебных решений и их публикация в средствах массовой информации, на сайтах судов — новое российское регулирование и нерешенные проблемы

Обеспечение доверия к судам через доступность всей информации о судебной системе без которой нельзя противостоять внутрикорпоративной зависимости судей, связанной с процедурами кадрового и карьерного характера, а также выражающейся в принятии судами только тех решений, которые будут одобрены вышестоящими судебными инстанциями — под угрозой низкой оценки деятельности судьи вплоть до лишения статуса

Международные стандарты институциональной организации судебной системы, включая прозрачность в процедурах подбора и карьерного роста судей, их дисциплинарной ответственности, оценки качества судебной деятельности

Дисциплинарное судебное присутствие в РФ

Рекомендации Киевской (2010 год) конференции БДИПЧ ОБСЕ

Освещение в средствах массовой информации деятельности судебной системы и отдельных процессов — в целях повышения доверия к судам и судьям, а также в качестве стимула для установления более высоких требований к правосудию, адекватных общественным ожиданиям

Дело «*Sunday Times v. the United Kingdom*» как демонстрирующее предпочтение интереса освещения хода публично значимого судебного процесса опасности давления прессы на суд

Привлечение журналиста к ответственности за диффамацию в связи с резким высказыванием против судьи — дело «*Prager and Oberschlick v. Austria*»

Свобода слова и выступления судей в СМИ с критическими высказываниями — с точки зрения требований судейской этики

Требования ЕСПЧ к дисциплинарной процедуре против судьи в связи с его высказываниями в адрес судебной системы

Дела «*Wille v. Liechtenstein*» и «*Kudeshkina v. Russia*» — защита права судьи на свободное выражение мнения о судах, судебных полномочиях и недостатках судебной системы. Последствия признания в ЕСПЧ нарушения свободы слова для определения персонального статуса судьи в национальной судебной системе

§ 1. ТРАНСПАРЕНТНОСТЬ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ — ИСХОДНЫЕ ПРЕДПОСЫЛКИ

Цели расширения сферы транспарентности судебной деятельности в развивающемся мире

Признание транспарентности необходимым условием деятельности судебной системы является одной из наиболее последовательных мировых тенденций развития судебной власти в течение последних десятилетий. Во многих странах, в том числе в Российской Федерации, уже приняты специальные законодательные акты, регулирующие вопросы открытости судебной системы, или предложены соответствующие законопроекты.

Необходимость в обеспечении прозрачности судебной деятельности диктуется двумя исходными позициями.

Первая заключается в том, что в современном мире на судебную власть все в большей мере возлагаются аналогичные правотворчеству функции по формированию применимого права при рассмотрении конкретных дел, что является адекватным результатом развивающихся и усложняющихся правовых отношений, интернационализации права, требований обеспечения прав человека¹. Традиционная роль «арбитра» в правовом конфликте между частными лицами или роль «надзирателя» за законностью действий исполнительной власти уже не является достаточной, влияние судебной власти в современном мире возрастает. В политической сфере все большее значение придается обеспечению права, в том числе норм о правах человека. Законодатели объективно не могут с достаточной детализацией урегулировать усложняющиеся правоотношения и оставляют все больше пространства для усмотрения судьи при разрешении возникающих правовых конфликтов. Такое возрастающее значение судебной власти требует, соответственно, большего социального контроля над ее осуществлением, который может быть обеспечен только при условии прозрачности судебной деятельности.

Вторая исходная позиция связана также с общемировой тенденцией борьбы с коррупцией. Коррупционное поведение в рамках судебной системы может преследовать разные цели, начиная от принятия неправомерного решения и заканчивая простым

¹ См.: Voermans W. Judicial transparency furthering public accountability for new judiciary // Utrecht Law Review. 2007. Vol. 3. Issue 1 (June). P. 148.

ускорением судебного процесса или желанием получить дополнительные гарантии правомерного судебного решения, основанного на законе. Выделяют два вида коррупции, наиболее серьезно затрагивающие судебные системы: политическое вмешательство в ход судебных процессов со стороны как исполнительной, так и законодательной ветвей власти, и подкуп судей¹. Прозрачность судебной деятельности и судебной системы может обеспечить значительное снижение уровня коррупции в сфере как укрепления реальной независимости от политического давления, так и воспрепятствования процессам прямого подкупа судей.

Таким образом, целью транспарентности судебной системы и судебной деятельности является повышение общего уровня доверия к судебной власти как основному регулятору правовых и политических конфликтов.

1. Понятие и сфера транспарентности

*Три составляющие транспарентности:
процессуальная, институциональная,
а также PR-составляющая, т.е. практика взаимодействия
со средствами массовой информации*

Названные предпосылки признания транспарентности одним из основных условий судебной деятельности в современных условиях определяют широкое понимание самой транспарентности: «Понятием “транспарентность”, или прозрачность, открытость, охватываются обычно все институциональные и динамические аспекты деятельности того или иного органа современного государства, в том числе и суда: от учреждения как такового и установления порядка формирования до оснований и порядка прекращения деятельности, от опубликования для широкого круга читателей текстов законов до опубликования материалов судебной практики по их применению, от биографий судей до отчетов о деятельности органов дисциплинарного типа и т.п.»². Поэтому нам кажется целесообразным выделить три составляющие транспарентности судебной власти, через приз-

¹ См.: Global Corruption Report 2007 / Transparency International // <http://www.transparency.org>

² Абросимова Е.Б. Судебная власть: транспарентность или конфиденциальность // Проблемы транспарентности правосудия. М., 2005. С. 31.

му которых можно проанализировать существующие международные стандарты и степень их имплементации в национальное право и правоприменение: процессуальную, институциональную, а также PR-составляющую, т.е. практику взаимодействия со средствами массовой информации.

К процессуальной составляющей транспарентности, с нашей точки зрения, можно отнести регулирование и обеспечение гласности судебного разбирательства, публичное оглашение судебных решений, вопросы доступа сторон к информации по делу, включая сами по себе документы, а также информацию о движении дела.

К институциональной составляющей можно отнести информацию о судах и судьях: местоположение, режим работы, специализация, порядок распределения дел между судьями, биографии и анкетные данные судей, порядок отбора судей и порядок прекращения их полномочий и т.д.

Отдельно стоит проанализировать взаимоотношения судей и средств массовой информации, поскольку этот аспект касается права общества в целом знать о состоянии судебной системы, о деятельности отдельных представителей судейского корпуса, а также об общественно значимых делах.

В настоящее время нет никакого единого обязательного международного договора, который бы определял международно-правовое содержание транспарентности судебной власти, включая все три названные составляющие. Тем не менее существующие международные договоры предусматривают ряд положений, прямо регулирующих гласность судопроизводства, а также затрагивающих вопросы назначения судей или прекращения их полномочий. Нормы международно-правовых договоров, как правило, содержат достаточно общие формулировки, которые требуют дополнительного истолкования. И как правило, понимаются так, как они были истолкованы в решениях судебных и квазисудебных международных инстанций по защите прав человека, а также в комментариях, меморандумах или иных документах, выработанных международными органами. Значение таких предписаний, по существу выявляющих содержание международно-правовых стандартов, в процессе регулирования отношений между государствами год от года неуклонно возраста-

ет¹. В настоящее время термином «международно-правовой стандарт» обозначают унифицированные минимально необходимые международно-правовые требования, которым должны соответствовать решения государства при регулировании определенных сфер его деятельности. Они признаются международным правом нормами, отражающими установившийся международный консенсус по данному поводу, и являются образцом для подражания².

Таким образом, рассматривая международно-правовые стандарты, сформулированные относительно транспарентности судебной власти, мы будем обращаться к международным договорам, имеющим обязательную силу для Российской Федерации, к решениям судебных и квазисудебных органов, таких как Европейский суд по правам человека и Комитет по правам человека ООН (КПЧ ООН), к комментариям общего порядка КПЧ ООН, а также к различным декларациям (Бангалорские принципы и др.).

2. Транспарентность судебной процедуры (процессуальная транспарентность)

Гласность судебного разбирательства, в том числе открытое судебное разбирательство (в условиях, обеспечивающих присутствие публики в зале заседания) и публичное оглашение судебного решения, международные источники

Транспарентность судебной процедуры традиционно проявляется в гласности судебного разбирательства и обязанности провозглашать судебное решение публично. Данный принцип гласного судопроизводства по уголовным делам был закреплен в статьях

¹ Г.И. Тункин, одним из первых отечественных юристов-международников обративший внимание на эту тенденцию, отмечал, что она может быть объяснена двумя основными причинами: необходимостью интенсификации нормотворческой деятельности на международном уровне, которая сегодня уже не может быть достигнута исключительно в рамках обычного процесса заключения международных договоров, и стремлением государств к созданию норм, не накладывающих на них строгие юридические обязательства, но оказывающих, однако, определенное регулирующее воздействие на их поведение. См.: Тункин Г.И. Право и сила в международной системе. М., 1983. С. 58.

² См.: Голубок С.А. Международно-правовые стандарты права на судебную защиту // Правоведение. 2007. № 1. С. 112.

10—11 Всеобщей декларации прав человека 1948 года¹. Далее (если смотреть в хронологическом порядке) в статье 6 Конвенции по защите прав человека и основных свобод 1950 года (ЕКПЧ) указано: «Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на... публичное разбирательство дела... Судебное решение объявляется публично, однако пресса и публика могут не допускаться на судебные заседания в течение всего процесса или его части по соображениям морали, общественного порядка или национальной безопасности в демократическом обществе, а также когда того требуют интересы несовершеннолетних или для защиты частной жизни сторон, или — в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо — при особых обстоятельствах, когда гласность нарушала бы интересы правосудия».

Статья 14 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года предусматривает: «...каждый имеет право при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, или при определении его прав и обязанностей в каком-либо гражданском процессе на... публичное разбирательство дела... Печать и публика могут не допускаться на все судебное разбирательство или часть его по соображениям морали, общественного порядка или государственной безопасности в демократическом обществе, или когда того требуют интересы частной жизни сторон, или — в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо, — при особых обстоятельствах, когда публичность нарушала бы интересы правосудия; однако любое судебное постановление по уголовному или гражданскому делу должно быть публичным, за исключением тех случаев, когда интересы несовершеннолетних требуют другого или когда дело касается матримониальных споров или опеки над детьми».

Названные требования обеспечения гласности судебного разбирательства коренятся в представлении, сформулированном в XVII веке в Великобритании: «Недостаточно знать, что правосудие есть, необходимо видеть, как оно осуществляется». Таким образом, гласность судопроизводства и публичное провозглашение решений преследуют цель демонстрации справедливости

¹ Несмотря на то что с формально-юридической точки зрения Всеобщая декларация прав человека 1948 года не является обязательным международным договором, ее нормы имеют столь большое значение, что признаются большинством государств — членом ООН общепризнанными нормами международного права.

проведенной процедуры и справедливости вынесенного решения как для сторон, так и для публики. В то же время, как следует из приведенных выше международных норм, существует ряд четко обозначенных исключений из общего правила, которые рассматриваются ниже, применительно к отдельным составляющим процессуальной транспарентности. Так, к составляющим процессуальной транспарентности можно отнести:

- информацию о работе суда, составе судей, режиме работы, контактные телефоны, первичную информацию об обращении в суд по типичным жалобам (хотя этот аспект в такой же мере можно отнести и к институциональной составляющей транспарентности, поскольку данная информация является важной как для заявителя при обращении в суд, так и для общества в целом, которое имеет доступ к информации о работе судов);
- информацию о движении по конкретному делу для сторон и публики;
- порядок проведения гласного судебного разбирательства и правовые основания ограничения гласности судопроизводства по конкретному делу;
- оглашение судебных решений, их публикация в специальных информационных изданиях, на сайтах, возможность открытого доступа к решениям в архиве суда, правовые основания ограничения полного оглашения текстов решений или изъятия идентифицирующей информации о сторонах.

Международно-правовой стандарт как минимально необходимые международно-правовые требования, которые отражают установившийся международный консенсус применительно к транспарентности

Следует отметить, что традиционные представления о гласности судопроизводства в отечественной правовой системе вполне соотносятся с требованиями международных стандартов. И в последнее время правоприменительная практика также дает все больше оснований говорить о соблюдении этих стандартов.

3. Информация о работе суда

Информирование о порядке и режиме работы судебных инстанций, а также предоставление общеправовой информации о возможности защитить свои права в суде направлены на обес-

печение доступа граждан к суду. Еще в 1981 году Комитет министров Совета Европы принял рекомендацию № R (81)7 «О способах облегчения доступа к правосудию», в которой указал: «1. Следует принять надлежащие меры по информированию общественности о месте нахождения и компетенции судов, а также о порядке обращения в суд или же защиты своих интересов в судебном разбирательстве. 2. Необходимо, чтобы информация общего характера могла быть получена либо в самих судах, либо в иной компетентной службе или органе по следующим вопросам: процессуальные нормы при условии, что данная информация не содержит юридических советов по существу дела; порядок обращения в суд и сроки, в течение которых обращение возможно, а также процессуальные требования и необходимые в этой связи документы; средства выполнения решения суда и, по возможности, издержки по его выполнению».

Вопросы информационного обеспечения судебной деятельности не сразу стали одной из составляющих судебной реформы в стране. Несмотря на то что судебная реформа идет с начала 90-х годов прошлого века, только в федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России» на 2002—2006 годы¹ одной из целей было названо информационное обеспечение судебной системы. Но оно прежде всего предполагало обеспечение самих судей информационно-правовыми базами, доступом к сетевым ресурсам, использование электронных систем документооборота внутри суда. Хотя среди задач и называлось увеличение степени открытости судебной системы и обеспечение полноты и достоверности информации о судебной системе.

Информационные электронные базы данных о судебной системе и новое российское законодательство

Федеральная целевая программа «Развитие судебной системы России» на 2007—2011 годы² «предполагала уже комплексное решение проблем обеспечения доступности, открытости и прозрачности правосудия, повышения доверия общества к правосудию и эффективности рассмотрения дел, обеспечения незави-

¹ Утв. постановлением Правительства Российской Федерации от 20 ноября 2001 года № 805 // СПС «Консультант-Плюс».

² Утв. постановлением Правительства Российской Федерации от 21 сентября 2006 года № 583 // СПС «Консультант-Плюс».

симости судей и повышения уровня исполнения судебных актов, а также проблем создания условий для осуществления правосудия». Следует отметить, что в этой программе повышение открытости и прозрачности правосудия было названо первой задачей, решение которой рассматривалось в качестве одного из способов повышения доверия населения к судебной власти, а также снижения уровня коррупции в судах.

В статье 1 Федерального закона № 262-ФЗ от 22 декабря 2008 года «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» (далее — Закон № 262-ФЗ) есть определение того, что понимается под информацией о деятельности судов: «...информация, подготовленная в пределах своих полномочий судами, Судебным департаментом, органами Судебного департамента, органами судейского сообщества либо поступившая в суды, Судебный департамент, органы Судебного департамента, органы судейского сообщества и относящаяся к деятельности судов. Законодательство Российской Федерации, устанавливающее порядок судопроизводства, полномочия и порядок деятельности судов, Судебного департамента, органов Судебного департамента, органов судейского сообщества, судебные акты по конкретным делам и иные акты, регулирующие вопросы деятельности судов, также относятся к информации о деятельности судов».

Наиболее детально формы доступа населения к информации о деятельности судов регламентированы применительно к информации о деятельности Верховного Суда РФ и, безусловно, они могут и должны быть использованы для информации о деятельности всех судов¹.

Так, выделяются семь форм доступа населения к информации о деятельности ВС РФ, а именно через: 1) присутствие в зале суда, 2) опубликование в средствах массовой информации, 3) размещение в Интернете на официальном сайте ВС РФ, 4) размещение информации в зданиях ВС РФ, 5) ознакомление с документами, хранящимися в архиве ВС РФ, 6) предоставление

¹ См.: Порядок организации доступа к информации о деятельности Верховного Суда Российской Федерации, утв. приказом Председателя Верховного Суда Российской Федерации от 18 июня 2010 года №10-П // Пособие по применению Федерального закона «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» (с постанетейными материалами и алфавитно-предметным указателем). М. : Юрист, 2010. С. 137—143.

информации по запросу, 7) распространение в устной форме во время приема граждан. Как следует из данного перечня, он охватывает практически все возможные варианты, обеспечивающие доступ к информации судов и о судах.

В то же время наиболее очевидной является тенденция к детальной регламентации в законе размещения информации о деятельности судов в Сети, что оправданно по нескольким причинам. Во-первых, Интернет обеспечивает наиболее быстрый способ распространения информации. Во-вторых, этот способ получения информации становится все более и более доступным для большого числа граждан. В-третьих, размещение информации в Интернете, очевидно, должно сокращать расходы на информирование граждан другими способами. Кроме того, информируя граждан через собственный сайт в Интернете, суд имеет возможность надлежащим образом контролировать достоверность размещаемой информации, а также изымать определенную, четко обозначенную в законе информацию в целях защиты прав граждан.

Вопросы организации доступа к информации о деятельности судов, размещаемой в Сети, регулируются статьей 10 Закона № 262-ФЗ.

Еще до принятия вышеназванного закона в 2004 году Президиум Верховного Суда РФ своим постановлением утвердил Положение по созданию и сопровождению официальных интернет-сайтов судов общей юрисдикции¹. Оно в общих чертах предписывало создание интернет-сайтов судов, возлагало обязанность по контролю над ними на председателей судов или их заместителей, но не регламентировало какой-то определенной структуры сайта. В принятом позднее Регламенте размещения информации о деятельности судов общей юрисдикции, органов судейского сообщества, системы Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации в сети «Интернет»² дан

¹ См.: Положение по созданию и сопровождению официальных интернет-сайтов судов общей юрисдикции Российской Федерации, утв. постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 24 ноября 2004 г. // Пособие по применению Федерального закона «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации». С. 151—153.

² Регламент, утв. приказом Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации от 20 апреля 2009 года № 71, см. в: Пособие по применению Федерального закона «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» (с постанетейными материалами и алфавитно-предметным указателем). С. 153—160.

перечень тех разделов, которые должны быть на сайтах судов или сайтах судебных департаментов регионов.

В рамках системы арбитражных судов действует аналогичный Регламент¹, который определяет, какую информацию необходимо размещать на сайтах арбитражных судов.

С точки зрения пользователя следует отметить, что количество и качество информации о российской судебной системе в течение последних 10 лет качественно изменилось. Подавляющее большинство судов уже имеют официальные интернет-сайты, которые содержат много разнообразной информации. Наибольшей проблемой для пользователей может являться отсутствие унификации сайтов судов, т.е. схожая информация может располагаться в различных разделах сайта, поисковые системы могут быть разными и т.д.

Сайты, разработанные в рамках системы ГАС «Правосудие» — государственная автоматическая система «Правосудие», имеют унифицированный вид, но и ряд недостатков для пользователей. Например, сайт Невинномысского городского суда Ставропольского края публикует судебные решения списком, без каких-либо фильтров для поиска, т.е. для того, чтобы найти решение по собственному делу или интересующему делу, следует отсмотреть все принятые решения. Некоторые разделы сайтов часто длительное время остаются незаполненными.

В то же время официальные сайты Верховного Суда РФ², Московского городского суда³ и ряда других судов субъектов Федерации используют другие автоматизированные системы, значительно более удобные. Так, сайт Верховного Суда РФ содержит всю ту информацию, которая перечислена в вышеназванном приказе о самом ВС, кадровом составе судей, тексты законодательных и ряда иных нормативных актов, а также несколько вариантов интерактивного взаимодействия с ВС: информирование о производстве по конкретному делу, возможность направления электронного запроса. Аналогичные возможности для пользователей предоставляет и сайт Московского городского суда.

¹ См.: Регламент арбитражных судов Российской Федерации, утв. постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 5 июня 1996 года № 7 с изменениями, внесенными постановлением Пленума ВАС РФ от 4 марта 2010 года № 12, см. в: Там же. С. 149—150.

² См.: <http://www.vsr.ru>

³ См.: <http://mos-gorsud.ru>

Официальные сайты арбитражных судов также не унифицированы, хотя в целом удобны, предоставляют разнообразную информацию и возможности адресного поиска решений по конкретным делам.

4. Информация о движении по конкретному делу для сторон и публики

Информация о движении дела и извещение сторон

Информирование о движении по конкретному делу в большей мере обеспечивает равенство сторон и состязательность в судебном процессе, а также возможность для публики посещать интересующие ее судебные слушания.

Вопрос об информировании публики по конкретным делам разрешается в настоящее время в рамках общего информирования о деятельности судов, о чем более подробно говорилось выше. Ненадлежащее извещение сторон о времени судебного разбирательства несколько раз становилось предметом рассмотрения Европейского суда, поскольку в связи с дальностью расстояний и особенностями работы почты судебные повестки заявителям о времени судебного заседания часто приходили уже после начала последнего.

Дело «Zagorodnikov v. Russia»

Наиболее показательным в этом отношении можно назвать постановление по делу «Zagorodnikov v. Russia», № 66941/01, от 7 июня 2007 года. Один из поднимавшихся в жалобе вопросов касался порядка уведомления истцов о судебном рассмотрении. Предметом судебного разбирательства были банкротство крупного банка «Российский кредит» и определение порядка выплаты задолженности 221 кредитору, одним из которых и являлся Загородников. Московский арбитражный суд рассматривал дело в ходе четырех судебных заседаний 10, 11, 14 и 15 августа 2000 года. Загородников получил повестку о судебном заседании 14 августа, поэтому смог присутствовать только на последнем заседании. Рассматривая этот вопрос, Суд отметил, что, хотя государство — участник Конвенции не несет ответственности за работу почты, однако нельзя сказать, что Московский арбитражный суд надлежащим образом исполнил свои обязательства по вызову

стороны в суд, так как перед началом заседания не было проверено, доставлены ли были все повестки участникам процесса, как того требует законодательство. Несмотря на такой вывод, Суд не установил в данном случае нарушения права, поскольку Загородников все-таки принял участие в разбирательствах в апелляционной и кассационной инстанциях и имел возможность представить свои возражения и позицию.

Таким образом, на суды возлагается обязанность не только известить стороны, но и удостовериться в том, что последние получили такое извещение.

*Российское законодательство об уведомлении
участников судебного разбирательства*

Такому подходу отчасти противоречит норма п. 6 статьи 121 АПК РФ:

«6. Лица, участвующие в деле, после получения определения о принятии искового заявления или заявления к производству и возбуждении производства по делу, а лица, вступившие в дело или привлеченные к участию в деле позднее, и иные участники арбитражного процесса после получения первого судебного акта по рассматриваемому делу самостоятельно предпринимают меры по получению информации о движении дела с использованием любых источников такой информации и любых средств связи.

Лица, участвующие в деле, несут риск наступления неблагоприятных последствий в результате непринятия мер по получению информации о движении дела, если суд располагает информацией о том, что указанные лица надлежащим образом извещены о начавшемся процессе».

Так, согласно статье 121 АПК РФ судебные органы берут на себя обязанность надлежащим образом уведомить только о начале судебного разбирательства, а в дальнейшем ответственность перекладывается на стороны. Такой подход, безусловно, облегчает деятельность самих судебных органов по информированию сторон. Тем не менее это в большей степени приемлемо для коммерческих споров, но не для судов общей юрисдикции, поскольку граждане, участвующие в других правовых конфликтах, не обладают такими же, т.е. равными с участниками предпринимательской деятельности, возможностями доступа к получению информации (например, через Интернет и другие электронные средства связи).

5. Порядок проведения гласного судебного разбирательства и правовые основания ограничения гласности судопроизводства по конкретному делу

Российское законодательство достаточно четко регулирует участие сторон в устном судопроизводстве, а также условия ограничения гласности судопроизводства, поэтому не будем останавливаться на этом подробно¹. Рассмотрим этот вопрос, опираясь в большей мере на подходы Европейского суда, но с учетом особенностей российской практики.

Заочное разбирательство дела по существу – в отсутствие одной из сторон по гражданским делам или в отсутствие подсудимого при рассмотрении выдвинутого против него уголовного обвинения: соразмерность ограничения гласности для сторон публичному интересу, оправдывающему заочное рассмотрение в российской практике

Можно выделить несколько элементов права на публичное слушание по делу исходя из практики Европейского суда. Во-первых, это право лично предстать перед судом, а также эффективно участвовать в слушании. Во-вторых, публичный характер слушаний, т.е. право требовать присутствия публики. И наконец, обязанность суда сделать решение публичным².

В контексте публичности (гласности) судебного разбирательства в большей мере рассматривается вопрос, могла или нет сторона присутствовать в процессе. Под стороной понимается как непосредственно заявитель, истец, ответчик, так и адвокат, который представляет интересы стороны в процессе. Участие адвоката может оцениваться и через призму обеспечения других прав, в частности права на защиту, и в некоторых случаях Суд может выбрать, какое из названных прав является более значимым в конкретном деле. Например, в деле «*Sakhnovsky v. Russia*» (№ 21272/03, постановление от 2 ноября 2010 года) Суд счел, что более важно вынести решение об обеспечении права на защиту в условиях участия в производстве в кассационной инстанции

¹ См.: Проблемы транспарентности правосудия. М. : ЛексЭст, 2005.

² См.: Право на справедливый суд в рамках Европейской Конвенции о защите прав человека (статья 6) : Руководство для юристов. Лондон : Интерайтс, 2008. URL: <http://www.interights.org/view-document/index.htm?id=565>

с использованием видеоконференции, нежели рассматривать, насколько такая процедура может служить реализации права на личное присутствие.

Участие в судебном заседании лиц, в отношении которых исследуется вопрос об их психическом состоянии. Применительно к российским делам вопрос о личном участии в судебном заседании поднимался в связи со следующими аспектами: 1) личное участие в суде первой инстанции обвиняемого или стороны по делу, если есть медицинские документы о невменяемости или психическом заболевании (постановления по делам «*Romanov v. Russia*», № 63993/00, от 20 октября 2005 года; «*Khudobin v. Russia*», № 59696/00, от 26 октября 2006 года; «*Shtukaturov v. Russia*», № 44009/05, от 27 марта 2008 года); 2) эффективное участие в судебном заседании слабослышащего обвиняемого (постановление по делу «*Timergaliev v. Russia*», № 40631/02, от 14 октября 2008 года); 3) личное присутствие осужденного в кассационной инстанции (или иной инстанции, которая пересматривает дело по существу с точки зрения как факта, так и права).

Согласно юриспруденции Суда, если судебное разбирательство предполагает оценку личности и характера обвиняемого и его умственного состояния в момент совершения преступления, то важно, чтобы он присутствовал на судебном заседании и имел возможность поучаствовать в нем вместе с юристом. Аналогичным образом было признано необходимым присутствие заявителя и в том случае, если решается вопрос о дееспособности, — не только чтобы он мог представить свою позицию, но и чтобы национальный суд мог самостоятельно оценить его психическое состояние.

Этот аспект был предметом рассмотрения в Европейском суде по российским делам как минимум трижды: в постановлениях «*Romanov v. Russia*», «*Khudobin v. Russia*» и «*Shtukaturov v. Russia*».

Так, в деле «*Romanov*» Суд признал нарушение предусмотренного статьей 6 (1) права на справедливое судебное разбирательство. Решение было вынесено в отсутствие заявителя, хотя в ходе судебного заседания обсуждалось его психическое состояние и, более того, в суд было представлено два экспертных заключения одного и того же психиатрического института, которые совпадали по существу, но расходились в оценке необходимых мер в виде амбулаторного и стационарного лечения. В связи с этим, по мнению Европейского суда, было необходимо присутствие заявителе-

ля, чтобы судья лично мог убедиться в его психическом состоянии для принятия справедливого решения, особенно с учетом того, что препятствий для участия заявителя в процессе не было. В частности, заявитель не проявлял каких-либо признаков агрессивного поведения, и его физическое и психическое состояние позволяло доставлять его в суд.

В деле «*Khudobin*» Суд был «поражен» тем, что дело рассматривалось в отсутствие заявителя, и суд принял решение о невменяемости заявителя на основании документов, при том что Худобина обвиняли на основании доказательств, полученных в рамках оперативно-розыскных мероприятий, признанных Европейским судом провокацией.

Конституционный Суд РФ высказался о практике рассмотрения дел без участия лиц, в отношении которых, возможно, будут применены принудительные меры медицинского характера, в постановлении от 20 ноября 2007 года № 13-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 402, 433, 437, 438, 439, 441, 444 и 445 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.Г. Абламского, О.Б. Лобашовой и В.К. Матвеева». В частности, КС РФ отметил, что «лица, в отношении которых осуществляется производство о применении принудительных мер медицинского характера, непосредственно не упомянуты ни в разделе II УПК Российской Федерации в числе участников уголовного судопроизводства» и поэтому в «правоприменительной практике изъятия из общего порядка производства по уголовному делу в отношении данной категории лиц толкуются как изъятия из их процессуального статуса, исключающие возможность личного участия в производстве по уголовному делу».

Конституционный Суд далее указал: «Конституционное право на судебную защиту в его истолковании Конституционным Судом Российской Федерации предполагает прежде всего право каждого на обращение в суд самостоятельно либо через своего представителя, законного представителя или защитника; при этом... правомочие лично обращаться к суду за защитой своих прав и свобод имеет универсальный характер и является неотъемлемым элементом нормативного содержания данного права. Указанного правомочия не могут быть лишены и лица, в отношении которых разрешается вопрос о применении принудительных мер медицинского характера либо об их продлении, изменении или прекращении».

Таким образом, КС РФ признал за лицами, в отношении которых ведется производство о применении к ним принудительных мер медицинского характера, равный объем прав и предписал судам «осуществлять дифференцированное регулирование прав указанных лиц с учетом их психического состояния и способности лично участвовать в уголовном судопроизводстве».

Этот подход был развит в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 7 апреля 2011 года № 6 «О практике применения судами принудительных мер медицинского характера». Так, в п. 10 отдельно предусмотрено: «Лицу, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера, должно быть предоставлено право лично осуществлять принадлежащие ему и предусмотренные статьями 46 и 47 УПК РФ процессуальные права, если его психическое состояние позволяет ему осуществлять такие права. При этом учитываются заключение экспертов, участвовавших в производстве судебно-психиатрической экспертизы, и при необходимости медицинское заключение психиатрического стационара (часть 1 статьи 437 УПК РФ). Следует иметь в виду, что указанные медицинские документы не могут иметь для суда заранее установленной силы и подлежат оценке в совокупности с другими доказательствами».

Кроме того, в п. 11 названного постановления Пленума ВС предписывается обязательное участие в судебном заседании законного представителя лица, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера; данный представитель пользуется всеми соответствующими правами. Также в п. 16 указано, что лицу, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера, должны быть разъяснены права, предусмотренные статьями 46—47 УПК РФ. А его показания могут учитываться при оценке его психического состояния, опасности, которую данное лицо представляет для себя самого и других, возможности причинения им существенного вреда и определения вида принудительной медицинской помощи.

Таким образом, у суда есть обязанность рассматривать дело в присутствии лица, в отношении которого возможно применение принудительных мер медицинского характера. Но смысл выражения «если его психическое состояние позволяет ему осуществлять такие права» представляется недостаточно определенным и оставляет открытым вопрос, кто и в каком порядке должен

решить, позволяет или нет психическое состояние лица присутствовать ему (ей) в суде. Поэтому у суда, на наш взгляд, по-прежнему осталась достаточно широкая дискреция в решении вопроса, будет ли присутствовать в судебном заседании лицо, в отношении которого возможно применение принудительных мер медицинского характера. С нашей точки зрения, наличие исчерпывающего перечня медицинских заболеваний или (и) состояний, которые препятствуют пониманию лицом того, что происходит вокруг него, и его участию в суде, способствовало бы ограничению этой дискреции.

Вопрос лишения дееспособности в гражданско-процессуальном порядке рассматривался в постановлении по делу «*Shtukaturov v. Russia*» и в постановлении Конституционного Суда РФ от 27 февраля 2009 года № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 37, 52, 135, 222, 284, 286 и 3791 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и части четвертой статьи 28 Закона Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» в связи с жалобами граждан Ю.К. Гудковой, П.В. Штукатурова и М.А. Яшиной».

Европейский суд рассмотрел жалобу Штукатурова через призму нарушения прав последнего на уважение частной жизни, справедливое судебное разбирательство, а также свободу и личную неприкосновенность. В том числе предметом изучения Суда был вопрос о рассмотрении дела в отсутствие самого заявителя, а также отказ ему в праве обжаловать судебное решение, признававшее его недееспособным. ЕСПЧ в § 72 постановления по делу отметил, что заявитель «играл двойную роль в процессе: он был заинтересованной стороной и основным объектом рассмотрения суда. Поэтому его участие было необходимым не только для того, чтобы представлять свои интересы, но и для того, чтобы позволить судье сформировать ее собственное мнение о психических способностях заявителя». Кроме того, Суд указал, что «доступ к процедуре в целом включает также и процедуру обжалования», а заявитель был лишен права на обжалование без какого-либо рассмотрения только на одном основании — собственной юридически признанной недееспособности. В связи с этим Европейский суд сделал вывод о нарушении общих принципов справедливости судебного разбирательства.

В рамках обжалования в Конституционном Суде РФ обсуждались вопросы конституционности тех норм, которые преду-

смаатривают личное участие в судебном заседании лица, в отношении которого решается вопрос о признании недееспособным. Так, КС РФ отметил, что «в правоприменительной практике (в том числе в делах заявителей по настоящему делу) заключение судебно-психиатрической экспертизы о том, что гражданин по характеру заболевания не может понимать значение своих действий, руководить ими и не может присутствовать в судебном заседании, рассматривается как достаточное основание для того, чтобы не вызывать его в судебное заседание». В результате такие лица фактически лишаются прав, которыми обладают участники гражданского процесса, им не обеспечиваются равные с другими участниками разбирательства процессуальные возможности по отстаиванию своей позиции и защите своих интересов при рассмотрении дела, что означает нарушение принципов справедливости правосудия, а также состязательности и равноправия сторон в судебном процессе.

Конституционный Суд делает вывод: «Участие самого гражданина в судебном заседании, таким образом, необходимо не только для того, чтобы дать возможность ему как заинтересованному лицу представлять свою позицию по делу, но и для того, чтобы позволить судье составить собственное мнение о психическом состоянии гражданина и непосредственно убедиться в том, что гражданин не может понимать значение своих действий и руководить ими. При таких обстоятельствах судья, с тем чтобы обеспечить полную и эффективную судебную защиту, избежать произвольного вмешательства в право на свободу и неприкосновенность личной жизни и соблюсти требования справедливости, разумности и пропорциональности при вынесении решения о признании лица недееспособным, не должен ограничиваться лишь письменным заключением специалистов». Более того, на судью, для того чтобы принять решение о рассмотрении дела в отсутствие данного лица, возлагается обязанность проверить, представляет ли это лицо реальную опасность для окружающих и позволяет ли его состояние предстать ему перед судом. Конституционный Суд РФ отдельно отметил, что гражданин, в отношении которого вынесено решение о недееспособности, вправе его обжаловать в рамках всех предусмотренных процедур обжалования судебных постановлений.

Исходя из описанных выше подходов высших судов к вопросу об участии лиц, у которых имеются психиатрические заболевания, в судебных заседаниях и о применении к ним принудительных мер

медицинского характера либо о признании их недееспособными, можно сделать вывод, что к настоящему моменту эти подходы в достаточной мере гармонизированы. И ВС РФ, и КС РФ, и ЕСПЧ полагают личное присутствие в суде таких лиц обязательным, за исключением тех случаев, когда они представляют опасность для окружающих и себя самих или когда они не могут понимать значение своих действий и руководить ими. Но в последнем случае судья обязан предпринять действия для проверки этих данных.

Право обвиняемого на эффективное участие в судебном рассмотрении уголовного дела включает не только право присутствия, но и право следить за его ходом, включая возможность слышать происходящее в ходе разбирательства (см., например, постановления по делам «*Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*» от 6 декабря 1988 года, «*Stanford v. the United Kingdom*» от 23 февраля 1994 года, «*S. C. v. the United Kingdom*», № 60958/00 от 15 июня 2004 года). «Эффективное участие» в данном контексте предполагает, что обвиняемый должен понимать процесс судебного разбирательства в целом и последствия, которые могут иметь место для него, включая тяжесть наказания. Поэтому обстоятельства дела могут потребовать от государства принятия позитивных (некоторых дополнительных) мер для того, чтобы предоставить обвиняемому возможность эффективно участвовать в судебном разбирательстве. Но степень этих обязательств будет напрямую зависеть от обеспечения права на защиту, поскольку в ряде дел Суд не установил нарушения Конвенции, в силу того, что участие адвоката эффективным образом компенсировало существовавшие ограничения участия самого обвиняемого в судебном заседании (решение Комиссии по правам человека по делу «*Roos v. Sweden*», № 19598/92, от 6 апреля 1994 года; решение по приемлемости «*Liebreich v. Germany*», № 30443/03, от 8 января 2008 года). Если имеет место отказ от права участвовать в судебном заседании, этот отказ должен быть недвусмысленно выражен (постановления по делам «*Zana v. Turkey*», № 18954/91, от 25 ноября 1997 года; «*Poitrimol v. France*», № 14032/88, от 23 ноября 1993 года).

Если проводится заочное разбирательство, то власти должны продемонстрировать, что было сделано все, чтобы уведомить сторону о судебном слушании, особенно если речь идет о привлечении к уголовной ответственности. Кроме того, считается, что обвиняемый имеет право требовать нового рассмотрения конкретных обстоятельств дела тем же судом. В этом праве может быть отказано, только если можно показать, что данный человек был

проинформирован об уголовном процессе против него до начала процесса (постановления по делам «*Colozza v. Italy*», № 9024/80, от 12 февраля 1985 года; «*Krombach v. France*», № 29731/96, от 13 февраля 2001 года; «*Sejdovic v. Italy*», № 56581/00, от 1 марта 2006 года).

В настоящее время российское законодательство позволяет заочно рассматривать уголовные дела. Так, ч. 5 статьи 247 УПК РФ гласит: «В исключительных случаях судебное разбирательство по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях может проводиться в отсутствие подсудимого, который находится за пределами территории Российской Федерации и (или) уклоняется от явки в суд, если это лицо не было привлечено к ответственности на территории иностранного государства по данному уголовному делу».

По мнению П.Н. Марасанова, в вышеизложенном тексте совершенно четко просматриваются пять условий, при суммарном наличии которых возможно заочное рассмотрение дела: 1) наличие уголовного дела о тяжких и особо тяжких преступлениях; 2) исключительность случая; 3) нахождение подсудимого за пределами территории РФ; 4) уклонение от явки в суд; 5) непривлечение лица к ответственности на территории иностранного государства по данному уголовному делу¹. Такое толкование вполне логично вытекает из текста закона.

Тем не менее толкование этой нормы в п. 13 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2009 года № 28 «О применении судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному разбирательству» в значительной мере отличается от вышеприведенного подхода. Так, под исключительными обстоятельствами Пленум ВС РФ понимает: 1) особую общественную опасность совершенного преступления; 2) необходимость возмещения существенного вреда, причиненного потерпевшему; 3) невозможность установить место нахождения лица или невозможность осуществить экстрадицию. При этом совершенно очевидно, что все названные обстоятельства предоставляют чрезвычайно широкую дискрецию в признании их исключительными.

Еще большее опасение вызывает толкование, данное Верховным Судом относительно того круга обвиняемых, по делам которых может быть проведено заочное рассмотрение. В этот круг

¹ См.: Марасанов В.Н. Заочное рассмотрение дел в уголовном судопроизводстве: кризис правового регулирования // Российский судья. 2010. № 9.

попадают как лица, которые находятся за пределами РФ, уклоняются от явки в суд и не были привлечены к уголовной ответственности на территории другой страны, так и те, кто находится на территории РФ, уклоняются от явки в суд или их место нахождения неизвестно. Можно согласиться с мнением автора, что при таком понимании не учитывается необходимость установления в действиях лица волевого признака, свидетельствующего о его намерении уклониться от явки. Чтобы рассматривать дело в порядке заочного производства, необходимо установить, что подсудимому не только известно о рассмотрении его дела, но и, более того, он умышленно отказывается явиться в судебное заседание, т.е. уклоняется от явки в суд. Если же это не установлено, а подсудимый находится временно за территорией РФ (например, пребывает за границей в командировке или отпуске), то заочное рассмотрение дела представляет собой бесспорное нарушение его права на защиту, так же как и рассмотрение уголовного дела в заочном порядке в отношении любого обвиняемого, который находится на территории России (в том числе уклоняющегося от явки) или место нахождения которого не установлено.

Пока в практике Европейского суда отсутствует постановление о заочном рассмотрении дел, но чрезмерно широкие формулировки применительно к такому исключительному (экстраординарному) порядку, как заочное рассмотрение, провоцирующие частое применение последнего без достаточных к тому оснований, позволяют думать, что появление соответствующей юриспруденции Суда с негативным отношением к этому ограничению гласности является лишь делом времени.

Личное присутствие сторон в судебном заседании в вышестоящих судебных инстанциях при пересмотре судебных актов, в том числе при разрешении вопросов как факта, так и права

Обязательность личного участия стороны или обвиняемого в судебном слушании в вышестоящих инстанциях при пересмотре дела ставится в зависимость при рассмотрении жалоб Судом от того, разрешаются ли этой инстанцией вопросы факта или только вопросы права, и насколько характер слушаний требует личного присутствия. Так, Суд подчеркивает, что статья 6 (1) предусматривает личное присутствие при рассмотрении апелляции вместе с адвокатом и самого обвиняемого, чтобы иметь возможность оценить его поведенческие особенности и душевное состояние

в связи с совершением преступления, в том числе в момент его совершения, а также мотивы его действий, если оценки такого рода играют важную роль и их результат может иметь для обвиняемого значительные неблагоприятные последствия (постановление по делу «*Ekbatani v. Sweden*», № 10563/83, от 26 мая 1988 года). В тех же ситуациях, когда пересмотр дела предполагает только рассмотрение вопросов права, личное присутствие стороны требуется лишь в том случае, если предполагается, что суд высшей инстанции может отменить приговор или решение или внести в них существенные дополнения — в ущерб интересам обвиняемого или стороны по гражданскому делу (постановление по делу «*Kremzow v. Austria*», № 12350/86, от 21 сентября 1993 года). Кроме того, участие в судебном заседании в вышестоящих инстанциях рассматривается как обязательное, когда разбирательство дела в первой инстанции проходило без участия заявителя и ситуация может быть исправлена на стадии пересмотра при условии, что вышестоящая судебная инстанция обладает полномочиями вынесения постановлений и по вопросам права, и по вопросам факта (постановление по делу «*Axen v. Germany*», № 8273/78, от 8 декабря 1983 года).

*Гарантии социального контроля и прилюдность правосудия
как цель открытого разбирательства дел*

Из российских дел, где рассматривался этот аспект, можно назвать постановление по делу «*Vanyan v. Russia*», № 53203/99, от 15 декабря 2005 года, хотя это постановление более известно в связи с вопросами провокации. Так, в тот момент, когда жалоба была коммуницирована Судом (передана для представления ответа государственным органам России), по протесту прокурора дело было пересмотрено в надзорном порядке и в результате этого деяние заявителя было переквалифицировано на менее тяжкое. Тем не менее Европейский суд признал нарушение общих начал справедливости в совокупности с правом на защиту, поскольку ни заявитель, ни его защитник не были поставлены в известность о судебном разбирательстве в надзорной инстанции и не имели возможности представить свои аргументы ни по вопросу факта, ни по вопросу права, хотя потенциально возможно было и то и другое.

Вторая составляющая гарантии принципа открытого (в присутствии публики) судебного заседания ориентирована на защиту участников процесса от рассмотрения дел в отсутствие общественного контроля — открытость обеспечивает достижение целей

справедливого правосудия, как это закреплено статьей 6 (1) Конвенции, поскольку делает отправление правосудия прилюдным и явным. Хотя открытость судебного процесса может быть ограничена, что следует прямо из текста статьи 6 (1), например для обеспечения безопасности или частной жизни свидетелей и для обеспечения свободного обмена сведениями в интересах правосудия.

Право на публичные слушания может быть ограничено лишь при абсолютной необходимости, с применением требования соразмерности средств, направленных на исключение присутствия публики, защищаемым интересам правосудия как такового, другим общественным интересам и личным интересам участников процесса. Так, допустимые основания для ограничения доступа публики могут быть обусловлены такими особенностями судебного слушания, как необходимость исследования частной жизни пациентов врача и потребности охраны профессиональной врачебной тайны (постановление по делу «*Diennet v. France*», № 18160/91, от 26 сентября 1995 года), или могут быть связаны с определением местожительства ребенка (постановление по делу «*B. and P. v. the United Kingdom*», № 36337/97 и 35974/97, от 24 апреля 2001 года). Признается допустимым проведение судебных слушаний без публики на территориях тюрем. Но в случае рассмотрения именно уголовного обвинения, а не обвинения в дисциплинарном проступке администрация пенитенциарного учреждения обязана сделать все возможное для информирования публики о процессе (постановление по делу «*Riepan v Austria*», № 35115/97, от 14 ноября 2000 года).

Открытость судебного заседания была одним из тех аспектов, которые рассматривались Судом и позволили ему признать нарушение Конвенции в уже упоминавшемся постановлении по делу Загородникова. Так, в ходе судебного разбирательства дела в национальной судебной системе в зал судебного заседания допускались только те кредиторы, которые представили в качестве участников процесса свои письменные возражения, а доступ для публики или даже тех кредиторов, которые не подали своевременно свои возражения или вовремя не получили повестки, был запрещен. По мнению государства-ответчика, ограничения были вызваны интересами обеспечения общественного порядка и рассмотрения дела в разумные сроки: дело затрагивало интересы 188 900 человек, их было технически невозможно вызвать в суд; были вызваны более 220 человек — возражавшие против мирового соглашения вкладчики, представители объединения вкладчиков

и представители банка; те из них, кто хотел присутствовать, могли получить разрешение в канцелярии суда. ЕСПЧ счел в данном деле, что доступ в зал суда в течение четырех дней процесса, как и доступ публики в апелляционной и кассационной инстанциях, был ограничен. При этом он принял во внимание и то обстоятельство, что никто не оспаривал разрешение присутствовать в зале только тем кредиторам, которые подали свои письменные возражения. Но остальные, в том числе и те кредиторы, которые не подали письменных возражений, и те, кто не получил повестки, не могли присутствовать в зале. Это было оценено Судом негативно также в связи с тем, что власти не продемонстрировали, каким именно образом администрация суда обеспечивала возможность посетителям присутствовать в зале суда. Несмотря на то что дело касалось тысяч человек, не было никаких оснований полагать, что публика может нарушить порядок в зале суда. Более того, никто не ходатайствовал о том, чтобы заседание проводилось в закрытом режиме. В связи с такими обстоятельствами рассмотрение дела не было признано соответствующим требованию определения прав и обязанностей каждого в открытом судебном разбирательстве, и Суд констатировал тем самым нарушение принципа справедливого судебного разбирательства.

*Ограничения на доступ в здания судов в связи
с обеспечением безопасности*

В то же время таких дел, как описанное выше, в российской практике относительно немного. Вопросы же доступа публики в зал судебного заседания долгое время активно дискутировались в обществе в связи с установлением различных систем охраны в зданиях судов. Действительно, имелось достаточное число примеров, когда доступ публики в здания суда ограничивался технически. В последнее время, в связи с введением современных систем охраны, допуск в здания районных судов, как правило, не ставится в прямую зависимость от наличия повестки о вызове в суд, удостоверения адвоката или паспорта. Хотя при входе в большинство районных судов необходимо пройти через металлоискатель, никакие удостоверяющие личность документы при этом предъявлять не требуется, как и сообщать, какое именно судебное заседание интересует посетителя. В то же время в вышестоящих судах выделяются разные уровни требований к проходу в разные части здания. Так, в часть помещений Московского городского суда можно войти без

предъявления каких-либо документов, пройдя металлодетектор. В этой «открытой» части здания можно сдать документы в канцелярию. Но для того, чтобы пройти к залам судебного заседания, необходимо предъявить паспорт, сообщить, на какое именно судебное заседание направляется посетитель и в каком статусе. И если нельзя однозначно утверждать, что это всегда препятствует публике посетить зал судебного заседания, то, во всяком случае, тем самым создаются определенные, и не только психологические, трудности для людей, которые не часто бывают в залах судебных заседаний. Наибольшие сложности существуют для посещения Верховного Суда РФ как специального режимного объекта. При его посещении нужно обязательно иметь паспорт, повестку для сторон, а посетители должны назвать судебное заседание, которое их интересует. При этом и стороны, и публику обычно встречает сотрудник суда, который провожает их к залу судебного заседания.

Следует отметить, что сами по себе системы безопасности и охраны судов нельзя признать в любом случае нарушающими право публики на доступ к суду, тем более что они обеспечивают безопасность не только судей и сотрудников судов, но и посетителей судебных зданий. В то же время нельзя не признать, что выполнение требований безопасности создает определенные трудности для посещения зданий судов, даже при отсутствии злоупотребления этими требованиями со стороны судебного персонала. Не говоря уже о том, что в случаях необоснованного препятствования посещению залов судебных заседаний требуется предпринять настойчивые усилия, чтобы реализовать право присутствовать в судебном разбирательстве. Его нарушение не может быть компенсировано только предоставлением информации о ходе разбирательства и судебных решениях.

6. Оглашение судебных решений, их публикация в специальных информационных изданиях

Понятие оглашения судебных решений и их публикация в средствах массовой информации, на сайтах судов – новое российское регулирование и нерешенные проблемы

Общим правилом является обязанность суда сделать свое решение публичным. Но в современных условиях публичность судебного решения и его доступность для публики могут быть обе-

спечены разными способами: оглашением судебного решения, его публикацией в специализированных изданиях или на сайтах судов, помещением в архив с возможностью для любого лица получить за собственный счет его копию. Иными словами, государство имеет достаточно широкое усмотрение при избрании способа доведения до публики текста конкретного судебного решения или постановления. Форма оглашения судебного решения для публики должна определяться и оцениваться с учетом специфики конкретного судебного разбирательства (постановление по делу *«Pretto and Others v. Italy»*, № 7984/77, от 8 декабря 1983 года). И поэтому именно суд в каждом конкретном случае должен мотивировать свое решение — например, о том, чтобы вынесенный судебный акт оглашался в судебном заседании не полностью, а только частично. Так, в деле *«B. and P. v. the United Kingdom»* (№ 36337/97 и 35974/97, постановление от 24 апреля 2001 года) Суд счел, что публичное оглашение решения противоречило бы цели самого закрытого слушания о месте проживания ребенка.

Одной из наиболее существенных новел, введенных Законом № 262-ФЗ, являются нормы его статьи 15: тексты судебных решений подлежат опубликованию в Интернете. В законе по-разному определяется срок, в течение которого должно быть обеспечено размещения в Сети решений и приговоров, последние размещаются на сайте после вступления в законную силу. По общему правилу тексты судебных актов должны публиковаться полностью, но из них должны быть исключены персональные данные участников судебного процесса, кроме фамилий и инициалов. Целью такого ограничения является обеспечение безопасности участников процесса. Также из текстов судебных актов должны быть исключены положения, касающиеся государственной и иной охраняемой законом тайны. А в п. 5 статьи 15 дан перечень дел, по которым тексты судебных актов размещению в Интернете не подлежат. Это относится к делам:

- 1) затрагивающим безопасность государства;
- 2) возникающим из семейно-правовых отношений, в том числе по делам об усыновлении (удочерении) ребенка, другим делам, затрагивающим права и законные интересы несовершеннолетних;
- 3) касающимся преступлений против половой неприкосновенности и половой свободы личности;
- 4) в которых решаются вопросы об ограничении дееспособности гражданина или о признании его недееспособным;

- 5) связанным с принудительной госпитализацией гражданина в психиатрический стационар и принудительным психиатрическим освидетельствованием;
- 6) касающимся внесения исправлений или изменений в запись актов гражданского состояния;
- 7) связанным с установлением фактов, имеющих юридическое значение и рассматриваемым судами общей юрисдикции;
- 8) разрешаемым в порядке статьи 126 Гражданского процессуального кодекса РФ (в редакции Федерального закона от 28 июня 2010 года № 123-ФЗ).

С одной стороны, обязанность судов публиковать свои судебные акты, безусловно, обеспечивает доступность текстов судебных актов, с другой — обязанность деперсонификации лиц, упомянутых в текстах судебных актов, за исключением сторон, не всегда реализуема на практике.

Еще больше вопросов связано с возможностью исключать из судебного акта какие-либо части текста, чтобы обеспечить сохранность государственной или иной охраняемой тайны, поскольку текст судебного акта с такими исключениями, вероятнее всего, потеряет в значительной мере юридическое содержание и не будет представлять интерес для публики, тем более если решение оглашалось в судебном заседании в другом виде.

Сами по себе ограничения условий опубликования в Интернете судебных актов не свидетельствуют о нарушении принципа публичности при их оглашении таким образом. Но ограничения должны компенсироваться какими-либо иными способами доступа к судебным актам. Так, в уже упоминавшемся деле *«B. and P. v. the United Kingdom»* требования публичности судебного акта, по мнению Суда, были обеспечены тем, что любой человек, проявляющий обоснованный интерес к делу, мог с разрешения суда навести справки либо получить копию полной версии решения суда первой инстанции. Кроме того, Суд принял во внимание, что *обычно* решения судов по аналогичным делам публикуются и это дает публике возможность изучить подход, принятый судами при разбирательстве подобных дел, а также принципы, которыми руководствуются суды при вынесении соответствующих постановлений. Жесткая норма российского законодательства, запрещающая опубликование судебных актов по определенным категориям дел, ограничивает для публики именно эту возможность.

§ 2. ИНСТИТУЦИОНАЛЬНАЯ ТРАНСПАРЕНТНОСТЬ В СУДЕБНОЙ СИСТЕМЕ

Обеспечение доверия к судам через доступность всей информации о судебной системе, без которой нельзя противостоять внутрикорпоративной зависимости судей, связанной с процедурами кадрового и карьерного характера, а также выражающейся в принятии судами только тех решений, которые будут одобрены вышестоящими судебными инстанциями – под угрозой низкой оценки деятельности судьи вплоть до лишения статуса

Вопрос, связанный с доступностью информации о судебной системе в целом, был рассмотрен выше, в контексте процессуальной транспарентности, далее же освещаются те аспекты, которые касаются институциональной транспарентности: она также ориентирована на обеспечение независимости и беспристрастности судебной власти, которые должны проявляться не только в процессуальной деятельности судей, в устройстве судебной системы, но и в тех условиях, в каких каждый отдельный судья осуществляет свои полномочия — корпоративные, этические, карьерные, финансовые и т.д.

1. Международные акты об институциональной транспарентности

Международные стандарты институциональной организации судебной системы, включая транспарентность в процедурах подбора и карьерного роста судей, их дисциплинарной ответственности, оценки качества судебной деятельности

Современные представления о том, какие факторы, помимо процессуальных и чисто судоустройственных, влияют на независимость и беспристрастность судей, отражены в большом количестве международных документов — обязательных и рекомендательных¹. Помимо процитированных выше норм Всеобщей декларации о правах человека, Международного пакта

¹ См.: Бернам У., Шварц О. Независимость и подотчетность судей в двух правовых системах: Россия и Соединенные Штаты Америки. Отчет о результатах исследования в рамках программы «Российско-американский форум экспертов» (US-Russia Experts Forum), проводившейся Бюро по делам образования и культуры (ECA) Госдепартамента США и IREX (Американским советом по международным исследованиям и обмену). 2007.

о гражданских и политических правах, Конвенции о защите прав человека и основных свобод¹ следует отметить несколько рекомендательных документов, посвященных именно вопросам независимости и беспристрастности судебной власти.

В Общих комментариях № 13 (1984) Комитета по правам человека² и в Основных принципах независимости судебных органов (1985)³, одобренных Генеральной Ассамблеей ООН, а также в Европейской хартии о статусе судей (1998 год)⁴ были сформулированы принципы деятельности судебных органов в целях обеспечения и развития независимости судебной власти. Государства обязаны их учитывать и соблюдать в рамках своих национальных правовых систем и на практике, об их существовании должны быть проинформированы судьи, юристы, представители законодательной и исполнительной власти и население в целом. В частности, государства обязаны принять специальные конституционные и законодательные акты о формировании судов, гарантировать их независимость, беспристрастность и компетентность, в том числе регулировать вопросы назначения судей, уровень требуемой квалификации, срок полномочий, карьерный рост, в частности порядок перехода на другие судебские должности, а также прекращение полномочий, и гарантии независимости судей от исполнительной и законодательной ветвей власти.

Отдельно стоит отметить Бангалорский международный кодекс поведения судей, также известный как Бангалорские принципы⁵. Бангалорские принципы были провозглашены после

¹ См.: тексты статьи 6 ЕКПЧ и статьи 14 МПГПП, которые приведены выше.

² Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law (Art. 14): . 13/04/84. CCPR General comment 13. (General Comments).

³ См.: United Nations Basic Principles of the Independence of the Judiciary, Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985. URL: http://193.194.138.190/html/menu3/b/h_comp50.htm

⁴ См.: European Charter on the Independence of Judges, November 1998. URL: http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Legal_professionals/Judges/Instruments_and_documents/charte%20eng.pdf

⁵ См.: Bangalore Principles of Judicial Conduct, (2004), http://www.transparency.org/building_coalitions/codes/bangalore_conduct.html ; Explanatory Note 1: Judges Welcome UN Endorsement of Judicial Code of Conduct, Transparency International, http://www.transparency.org/pressreleases_archive/2003/2003.04.25.bangalore_code.html

серии заседаний Судейской группы по укреплению честности и неподкупности судейского корпуса. В число членов данной группы входили представители Бангладеш, Индии, Непала, Нигерии, Южной Африки, Танзании, Уганды, и Австралии. Кодекс был принят в ноябре 2002 года на основе нескольких существующих кодексов поведения судей, включая Модельный кодекс поведения судей Американской ассоциации юристов 1972 года, Европейскую хартию о статусе судей, Кодекс поведения судей Филиппин и Пекинские принципы независимости судебной власти стран Азии и Тихоокеанского региона. Бангалорские принципы текстуально адресованы именно судьям, предписывают им стандарты поведения и подчеркивают, что наглядная демонстрация следования этим правилам обеспечивает доверие к судебной власти.

В этом контексте особенно интересной является статья 3 Бангалорских принципов, провозглашающая такую ценность, как интегритет (*Integrity*). К сожалению, в русском языке сложно подобрать адекватное этому понятие, поскольку *Integrity* переводится как *целостность*, *чистота* или *прямота*, и в том числе как *внутреннее и внешнее соответствие судебной деятельности своему предназначению и провозглашенным целям*. И именно эти качества рассматриваются как обеспечивающие надлежащее исполнение обязанностей судьи. Раскрывая этот принцип, документ, в частности, указывает следующее: «3.2. Поведение и действия судьи должны подтверждать веру в честность/прямоту/целостность (соответствие своему назначению, провозглашенным целям. — *Ред.*) судебной власти. Правосудие должно не только вершиться, но также должно быть видно, как оно вершится».

2. Внутрикorporативная зависимость в российской судебной системе и международные стандарты

Повторим еще раз, что основными критериями, по которым определяют, насколько судьи могут действовать независимо и беспристрастно в рамках своих полномочий, являются вопросы назначения судей, уровень требуемой квалификации, срок полномочий, карьерный рост, в частности порядок перехода на другие судейские должности, а также порядок прекращения полномочий. Как показывают примеры дисциплинарной практики, существующие проблемы независимости судей в Российской

Федерации в большей мере возникают не как следствие прямого давления других ветвей власти, но как зависимость от судейской корпорации, точнее от руководства судов.

Именно этот аспект демонстрируют постановление Конституционного Суда РФ от 28 февраля 2008 года № 3-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 6.1 и 12.1 Закона Российской Федерации “О статусе судей в Российской Федерации” и статей 21, 22 и 26 Федерального закона “Об органах судейского сообщества в Российской Федерации” в связи с жалобами граждан Г.Н. Белусовой, Г.И. Зиминой, Х.Б. Саркитова, С.В. Семак и А.А. Филатовой», а также постановление ЕСПЧ по делу «*Kudeshkina v. Russia*», № 29492/05, от 26 февраля 2009 года, которое будет проанализировано ниже. Они выявляют высокую степень внутрикорпоративной институциональной (объективной) зависимости судей, которая пока не всегда осознается в достаточной мере обществом. Пример отсутствия внутрикорпоративной субъективной независимости и беспристрастности демонстрирует постановление по делу «*Moiseev v. Russia*» (№ 62936/00, от 9 октября 2008 года): Европейский суд в этом деле счел, что смена четырех судей, рассматривавших уголовное дело, по инициативе председателя суда без достаточных оснований и без возможности обжаловать вызвала у заявителя обоснованные сомнения в беспристрастности и независимости суда.

Несмотря на то что количество и качество информации о российской судебной системе в течение последних 10 лет качественно изменились, включая открытый доступ к информации о доходах¹, внутренняя судебная «кухня» по-прежнему остается практически полностью закрытой от общества. К сожалению, судя по социологическим исследованиям, такая закрытость самым негативным образом отражается на уровне доверия населения к органам судебной власти и судебной системе в целом².

Представляется, что существование внутрикорпоративной зависимости как в объективном, так и в субъективном смысле

¹ Информацию о доходах судей Верховного Суда РФ см.: [http://www.vsrfr.ru/catalog.php?c1=Кадровая работа&c2=Сведения о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера](http://www.vsrfr.ru/catalog.php?c1=Кадровая%20работа&c2=Сведения%20о%20доходах,%20об%20имуществе%20и%20обязательствах%20имущественного%20характера)

² См.: Сатаров Г.А., Римский В.Л., Благовещенский Ю.Н. Социологическое исследование российской судебной власти. М. : СПб. : Норма, 2010; Крючков С.А., Швеляков М.Ю. Отношение граждан к деятельности мировых судов. М., 2010.

предопределяется именно теми факторами, которые были обозначены: внутрикорпоративной процедурой отбора и назначения судей, ограниченными возможностями карьерного роста судей, не зависящими от объективных характеристик их деятельности критериями оценки последней, серьезной субъективной составляющей в процедурах дисциплинарной ответственности и прекращения статуса судей.

По мнению экспертов, процесс назначения судей в России нельзя назвать прозрачным ни для населения, ни для самих кандидатов в судьи¹. Практически никакая информация, связанная с отбором кандидатов в судьи, не сообщается населению. Сами кандидаты также имеют очень ограниченный объем такой информации². Кроме того, процесс отбора в основном контролируется органами управления судебной властью — квалификационными коллегиями субъектов Федерации и Высшей квалификационной коллегией судей, а также председателями судов всех уровней, поскольку без поддержки председателя соответствующего суда кандидат не сможет ни получить рекомендацию квалификационной коллегии судей на должность судьи (даже после сдачи экзамена), ни быть представленным для назначения на должность главе государства. При этом, однако, процесс назначения отчасти контролируется исполнительной властью — региональными главами исполнительной власти и Администрацией Президента РФ, а при отборе кандидатов, как и при их назначении, существенную роль играют неформальные взаимоотношения внутри судебной системы, а также между представителями судебной системы и исполнительной ветви власти. В формировании этих отношений большое значение имеют практически неограниченные полномочия председателей судов — они не только никак не ограничиваются, но, напротив, даже расширяются новым Федеральным конституционным законом от 7 февраля 2011 года № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации». В конце концов, само

¹ См.: Деппе Йенс, Шварц О. Порядок отбора и назначения судей в Российской Федерации. М., 2011. (Брошюра подготовлена в рамках реализации проекта «Повышение эффективности исполнения судебных решений в Российской Федерации».)

² См., к примеру: Радченко В.И. «Мнение о низком рейтинге наших судов не вполне справедливо». URL: [http://www.supcourt.ru_vscourt_detale.php?id=4883w\[\]](http://www.supcourt.ru_vscourt_detale.php?id=4883w[])=Радченко

по себе назначение во многом зависит от позиции несудебной (и имеющей серьезный политический вес) инстанции — Администрации Президента РФ. И все это при том, что отказ в назначении на должность судьи никак не мотивируется и не может быть обжалован.

Развитие карьеры судьи происходит через процедуру, отчасти схожую с процедурой отбора и назначения судей. И основную роль в ней также играют квалификационные коллегии, председатели судов и Администрация Президента РФ. Система, позволяющая оценить объективные факторы, характеризующие качество работы судьи, при этом не разработана, а используемые в этих целях статистические показатели не только не позволяют обеспечить выявление этого качества, но и приводят к искажению представления судьи о подлинных целях правосудия. Так, отрицательная оценка качества работы судьи во многом определяется двумя формальными критериями: количеством успешных обжалований вынесенных им решений и несоблюдением установленных процессуальных сроков. С точки зрения экспертов эти данные не могут ни подтвердить, ни опровергнуть качество работы судьи, и «такого рода статистика может быть контрпродуктивна», если в качестве одной из целей оценки выступают «развитие у судей первой инстанции необходимого уровня уверенности в себе и поддержка их в желании разрешать дела независимо (несмотря на опасения, что их решение может быть отменено вышестоящей судебной инстанцией)»¹. Институциональная транспарентность должна выражаться, в частности, и в доступности информации о том, на основе каких данных работа судьи получает ту или иную оценку и какие обстоятельства влияют на его карьерный рост и аттестацию.

Процедура досрочного прекращения полномочий судей также вызывает много вопросов с точки зрения не только его обоснованности, но и наличия информации об этом. Одной из основных проблем, которые называют эксперты, является выборочность привлечения к дисциплинарной ответственности. Как указано в докладе, подготовленном Международной комиссией юристов, «квалификационные коллегии не производят впечатления сильного органа и не могут защитить судей

¹ Деппе Йенс, Шварц О. Указ. соч. С. 38.

от произвольных решений. Принимаемые ими решения часто продиктованы председателями судов, а сам порядок отстранения от должности иногда является простой формальностью с целью смещения судей, вызвавших недовольство вышестоящих лиц»¹. Так, дисциплинарные взыскания нередко налагаются на судей за критические замечания в адрес руководства суда и органов судейского сообщества, а также за действия, идущие вразрез с полученными указаниями, например за отказ в избрании меры пресечения в виде ареста или в продлении срока содержания под стражей. Два излагавшихся выше постановления Конституционного Суда РФ и Европейского суда иллюстрируют как раз этот аспект.

*Дисциплинарное судебное
присутствие в РФ*

С 12 марта 2010 года начал действовать новый специализированный федеральный суд, рассматривающий дела по жалобам на решения квалификационных коллегий судей о досрочном прекращении полномочий судей, — Дисциплинарное судебное присутствие (ДПС). Он состоит из шести судей (трое от Верховного Суда и трое от Высшего Арбитражного Суда). Пока нельзя однозначно сказать, насколько данный судебный орган будет эффективным, но сама его организационная структура вызывает определенные нарекания экспертов. В частности, он состоит из судей, работающих на постоянной основе в составе других судов и по этой причине находящихся в таких же, как и другие судьи, взаимоотношениях с председателями судов. Это не гарантирует временно работающим в ДПС его членам независимость от давления при решении персональных судейских дел, тем более при рассмотрении обращений в ДПС со стороны председателей Верховного и Высшего Арбитражного судов, и, соответственно, уменьшает вероятность вынесения независимых решений. Кроме того, у судей будет меньше возможностей обжаловать решения о наложении дисциплинарного взыскания, так как решение Дисциплинарного судебного присутствия является окончательным и обжалованию не подлежит. Это

¹ См.: Состояние судебной системы в России : Доклад исследовательской миссии по судебной реформе в Российской Федерации. 20—24 июня 2010 г. С. 25. URL: http://www.icj.org/dwn/database/Mission_Report_FINAL_RUS.pdf

в значительной мере снижает положительный потенциал нового образования¹.

Следует отметить, что все названные проблемы эксперты напрямую связывают с полномочиями председателей судов, которые имеют «три рычага воздействия на судей: дисциплинарные взыскания, продвижение по службе и карьерный рост, а также распределение льгот и поощрений»². (Здесь следует отметить, что информация об этих рычагах, как правило, недостаточно отражена в открытых материалах.) В то же время сами судьи беззащитны перед председателями судов и органами судейского сообщества, чьи полномочия, как уже отмечалось, по новому законодательству не только не были ограничены, но и, напротив, расширились.

К сожалению, в силу изложенных обстоятельств российская судебная система не отвечает требованиям институциональной транспарентности: процедуры отбора и назначения судей, их карьерного роста, а также лишения их статуса непрозрачны не только для общества, но и во многих случаях даже для самой судейской корпорации.

*Рекомендации Киевской (2010 год)
конференции БДИПЧ ОБСЕ*

В заключение хотелось обратить внимание еще на один документ — Рекомендации Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии³. Эти страны имеют общие проблемы, поскольку в той или иной мере отталкиваются в своем развитии от унаследованной из советского периода правовой системы и после распада Советского Союза вынуждены преодолевать нередко одинаковые трудности в процессах учреждения и становления независимых институтов судебной власти. Сформулированные в Рекомендациях подходы основаны

¹ См.: Там же. С. 24.

² См.: Там же. С. 27.

³ См.: Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии. Судебное управление отбор и подотчетность судей. 23—25 июня 2010 г. / Бюро по демократическим институтам и правам человека, Исследовательская группа «Минерва» по вопросам независимости судей Института Макса Планка. Киев. 2010.

на международных стандартах ответственности и независимости судей, включая вопросы их отбора и назначения судейской карьеры, порядка прекращения их полномочий, организации и самоуправления судейского сообщества, роли председателей судов, распределения дел, финансирования судебной системы и т.д. Реализация этих подходов могла бы обеспечить такие принципы в деятельности каждого судьи и судебной системы в целом, согласно которым любые действия судьи должны поддерживать веру в честность и авторитет судебной власти (*Integrity*), соответствующие действительно независимому ее статусу и адекватные необходимому кредиту доверия к судебной власти со стороны граждан.

Поскольку именно институциональные вопросы составляют ядро материалов, разработанных на Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ, здесь уместно привести обращение организаторов и участников конференции к правительствам стран-участниц. В нем, в частности, обращается внимание российских институтов государственной власти на те международные стандарты, ориентируясь на которые можно решить проблемы институционального оформления и институциональной транспарентности в судебной системе, поставленные в государственных программах ее развития в России, принятых до 2012 года.

В числе таких международных стандартов названы следующие требования.

- А. Оценка (профессиональной деятельности) судей должна в первую очередь касаться качества их деятельности и фокусироваться на их профессиональных навыках, включая компетентность в вопросах права (вынесение мотивированных решений), а также социальных навыках при ведении процессов. Критерии должны быть установлены в законах или подзаконных актах вместе со способами осуществления такой оценки. Оценка должна осуществляться преимущественно другими судьями, должна быть прозрачной и включать возможность пересмотра путем апелляции.
- Б. Судьи ни при каких обстоятельствах не должны подвергаться критической оценке за содержание их решений (непосредственным образом либо через число отмененных решений). Результат рассмотрения судьей конкретных дел никогда не должен быть основанием для применения

к нему санкций¹. Статистические данные, касающиеся эффективности судебной деятельности, должны использоваться преимущественно для управленческих целей и не должны играть существенной роли в оценке профессиональной деятельности судей. Такая оценка не может использоваться для повышения оплаты труда. Использование аттестаций в целях подтверждения дальнейшего пребывания судьи в должности для судей, назначенных пожизненно, недопустимо.

- В. Дисциплинарное производство в отношении судей должно возбуждаться только в случаях подозрения профессиональных проступков, которые являются вопиющими и непростительными.
- Г. Дисциплинарная ответственность судей не должна распространяться на содержание выносимых ими решений или приговоров, включая расхождения в толковании норм права между нижестоящими и вышестоящими инстанциями; а также на случаи судебных ошибок или критики в отношении каких-либо судов. Должны существовать специальные органы (суды, комиссии, советы) для разрешения дел о дисциплинарной ответственности судей, состоящие как минимум на две трети из действующих судей или судей в отставке и не выполняющие какие-либо иные функции, относящиеся к судьям или к судейскому сообществу, такие как управление судебной системой, вопросы финансирования судебной системы или отбор кандидатов в судьи. Должны также обеспечиваться при этом *вовлечение гражданского общества в такие органы, их квазисудебный характер и процедура, включая процессуаль-*

¹ Следует отметить, что практика КС РФ прямо противоречит подходу, сформулированному в рекомендациях. Так, в постановлении № 19-П по делу о проверке конституционности положений пп. 1 и 2 статьи 3, п. 1 статьи 8 и п. 1 статьи 121 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» и статей 19, 21 и 22 Федерального закона «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданки А.В. Матюшенко КС РФ фактически признал, что судья может быть привлечен к ответственности в виде прекращения полномочий, если он допустил грубую ошибку при применении права, и квалификационные коллегии судей, председатели судов и судьи ДСП имеют практически ничем не ограниченные возможности оценивать тяжесть такой ошибки по своему усмотрению.

ные гарантии, право на защиту, право на адвоката и обжалование.

- Д. Для обеспечения контроля и доказательств поведения судей в зале судебного заседания, равно как и для обеспечения достоверной фиксации хода судебного разбирательства, судебные заседания должны записываться, предпочтительно с помощью цифровых средств фиксации.
- Е. Обвинительный уклон, существующий в большинстве стран СНГ, требует принятия мер для его исправления. Для уменьшения давления на судей, имеющего своей целью избежать оправдательных приговоров, должны произойти изменения в системе оценки качества работы следователей и прокуроров, в которой в настоящее время оправдательные приговоры рассматриваются как профессиональные неудачи или как «черные метки». Судьям должно быть предоставлено реальное усмотрение в решении и пересмотре ходатайств о предварительном заключении под стражу. Возможность пересмотра оправдательных приговоров должна быть ограничена лишь самыми исключительными обстоятельствами.
- Ж. Для повышения профессиональной и публичной ответственности судей решения должны публиковаться в базах данных и на интернет-сайтах судов таким образом, чтобы сделать их действительно доступными. Решения должны быть классифицированы в поисковой базе в соответствии с предметом дела, затронутыми в них правовыми вопросами и именами вынесших их судей. Решения дисциплинарных органов также подлежат опубликованию.
- З. Принятие высшими судебными органами руководящих разъяснений, указаний, толкований не должно поощряться, но в той мере, в какой они существуют, следование им нижестоящими судами должно быть добровольным, а не обязательным. В ином случае они являются нарушением индивидуальной независимости судей.
- И. Для повышения общественного доверия к судам власти должны поощрять доступ прессы в суды, включая ее присутствие в судебных разбирательствах, по возможности привлекать также специальных сотрудников для взаимодействия судов со средствами массовой информации

и общественностью и предоставлять помещение в суде для работы последних.

- К. Транспарентность должна быть правилом не только для судебных процессов, но и для дисциплинарных разбирательств в отношении судей. Последние должны быть открытыми, если только судья, привлекаемый к ответственности, не ходатайствует о рассмотрении его дела в закрытом режиме.

§ 3. Взаимоотношения судей и средств массовой информации

Взаимоотношения судебной системы и средств массовой информации предопределяются конфликтом двух ценностей: права на свободу выражения мнения и свободу распространения информации, с одной стороны, и авторитета правосудия и независимости судебной власти — с другой. Поэтому основной целью таких взаимоотношений является обеспечение разумного баланса в реализации названных ценностей демократического государства и развитого гражданского общества.

1. Освещение в СМИ деятельности судебной системы, отдельных судов или судей, отдельных судебных процессов

Освещение в средствах массовой информации деятельности судебной системы и отдельных процессов – в целях повышения доверия к судам и судьям, а также в качестве стимула для установления более высоких требований к правосудию, адекватных общественным ожиданиям

Наиболее традиционным и распространенным видом взаимоотношений СМИ и судов является освещение средствами массовой информации деятельности судебной системы, отдельных судов или судей, отдельных судебных процессов. Существенно реже это выражается в публичных высказываниях судей о своей позиции в средствах массовой информации по поводу деятельности судебной системы. И в первом, и во втором случае баланс общественно значимых интересов должен определяться конкретными обстоятельствами, тем не менее можно выделить

некоторые принципы, способствующие установлению такого баланса.

Средства массовой информации существуют для того, чтобы распространять информацию, которая может быть важной и общественно значимой. Информирование о деятельности судебной системы, безусловно, относится к вопросам, представляющим общественную значимость. Но в то же время такое информирование должно отвечать определенным требованиям и не превращаться в давление на суд. Публикации или сюжеты в средствах массовой информации можно условно разделить на две основные категории: посвященные определенным судебным процессам как таковым или иллюстрирующие связанные с ними социально значимые темы и посвященные судебной системе в целом, отдельным судам или судьям, когда рассматриваются как позитивные, так и отрицательные стороны их деятельности.

*Дело «Sunday Times v. the United Kingdom»
в ЕСПЧ как демонстрирующее предпочтение интереса
освещения хода публично значимого судебного процесса
опасности давления прессы на суд*

Классическим примером права СМИ освещать громкие, имеющие большое общественное значение судебные процессы является постановление «*Sunday Times v. the United Kingdom*» от 26 апреля 1979 года. Газета подготовила большой критический репортаж о деятельности фармакологической компании, которая выпускала медицинский препарат, приводивший к серьезным нарушениям в развитии эмбриона и рождению детей-инвалидов. Материал вышел в период судебного процесса по искам против компании. Последняя обратилась с требованием о запрете такой публикации, и публикация была запрещена в связи с тем, что она могла оказать давление на суд. ЕСПЧ счел, что в данном случае такой запрет был чрезмерным, поскольку в статье не были сделаны какие-либо окончательные выводы и, кроме того, данный судебный процесс был предметом широкого обсуждения в обществе. Таким образом, баланс интересов был решен в пользу свободы информирования и свободы выражения мнения.

*Привлечение журналиста к ответственности за диффамацию
в связи с резким высказыванием против судьи –
дело «Prager and Oberschlick v. Austria»*

Вторым классическим примером является постановление по делу «Prager and Oberschlick v. Austria» от 26 апреля 1995 года. Журналист резко высказался в адрес судьи и поставил под сомнение его личную честность и профессиональную беспристрастность, в связи с чем был привлечен к ответственности за диффамацию. В данном случае Европейский суд не установил нарушение свободы слова, признав, что обеспечение авторитета правосудия является более значимым.

Таким образом, можно сделать вывод, что при освещении конкретных процессов преимущество признается за правом информировать общество о значимых судебных процессах, а при рассмотрении в СМИ вопросов, связанных с функционированием судебной системы и отдельных судей, интересы обеспечения авторитета правосудия будут более значимыми.

2. Выступления судей в СМИ

Свобода слова и выступления судей в СМИ с критическими высказываниями – с точки зрения требований судейской этики

Право судей выступать в СМИ и выражать публично свое мнение может противоречить принципам судейской независимости и беспристрастности, поскольку общественности становится известна точка зрения судьи по определенному вопросу и вне рассмотрения дела судом. Если суждения судьи касаются таких общественно значимых проблем, как градостроительство, экология, медицинское обслуживание, то может возникнуть вопрос о беспристрастности судьи в отдельном деле, поскольку он с очевидностью продемонстрировал свои взгляды, но не о его независимости и тем более не о независимости судебной власти в целом.

Проблема возникает, если судья критически высказывается публично об организации судебной системы, взаимоотношениях между судьями, другими ветвями власти и судебной властью, о вопросах доверия к судебной власти. К сожалению, обозначенная проблема не может иметь простого решения. Например, полный запрет судьям выступать в средствах массовой информации

будет явно чрезмерным. В то же время статус судьи неизбежно налагает на своего носителя определенные ограничения, в том числе в части возможности публично высказываться. В каждом отдельном случае необходимо рассматривать всю совокупность фактов, повлиявших на судью, который сделал публичное высказывание, а также обеспечить особую тщательность (*due diligence*) рассмотрения вопроса о привлечении судьи к дисциплинарной ответственности в связи с его высказываниями.

Действующий в настоящее время Кодекс судейской этики¹ содержит несколько норм, регламентирующих свободу слова судьи. В ч. 1 статьи 9 Кодекса содержится общая норма о том, что «судья пользуется свободой слова... при этом он должен всегда вести себя таким образом, чтобы не умалять уважения к своей должности и сохранять независимость и беспристрастность». В то же время судья не вправе публично выражать свои политические взгляды и принадлежать к каким-либо политическим партиям (ч. 5 статьи 8). При осуществлении своих полномочий «судья не вправе делать публичные заявления, комментировать судебные решения, выступать в прессе по существу дел, находящихся в производстве суда, до вступления в законную силу принятых по ним постановлений. Судья не вправе публично, вне рамок профессиональной деятельности, подвергать сомнению постановления судов, вступившие в законную силу, и критиковать профессиональные действия своих коллег» (статья 6).

Проект нового кодекса судейской этики более подробно регламентирует поведение судьи во взаимоотношениях со средствами массовой информации при осуществлении им своих должностных обязанностей². Так, «судья должен проявлять осмотрительность, сохранять свою независимость и беспристрастность, воздерживаясь от какого-либо использования в личных целях своих отношений со СМИ, а также от каких-либо необоснованных высказываний по рассматриваемым им делам». Судья также не вправе делать публичные заявления, комментировать судебные решения, выступать в прессе по существу дел, находящихся в производстве суда, до вступления в законную силу принятых по ним судебных актов. Судья не вправе публично,

¹ См.: Кодекс судейской этики (утв. VI Всероссийским съездом судей 2 декабря 2004 года) опубликован в № 2 «Вестника Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» за 2005 год.

² См.: <http://www.legis.ru/misc/doc/6675>

вне рамок профессиональной деятельности, подвергать сомнению решения судов, вступившие в законную силу, и критиковать профессиональные действия своих коллег. Но в отличие от предыдущего Кодекса судейской этики «судья может подвергнуть критике судебные решения и поведение своих коллег внутри судейского сообщества в целях недопущения консервации недостатков в сфере судопроизводства, обеспечения реализации задач судейского сообщества, предупреждения и устранения нарушений конституционных и международно-правовых принципов публичности (гласности) судопроизводства». Кроме того, предусмотрено, что «судьи, которые подверглись критике, связаны обязанностью проявлять осмотрительность, что исключает для них возможность самостоятельно отвечать на критику. В такой ситуации возможны комментарии пресс-служб судов и органов Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации, а также органов судейского сообщества» (статья 13 проекта кодекса судейской этики).

Требования ЕСПЧ к дисциплинарной процедуре против судьи в связи с его высказываниями в адрес судебной системы

Что касается поведения судьи за рамками исполнения своих служебных обязанностей, то статья 23 проекта кодекса судейской этики предусматривает:

«2. Каждый судья имеет право свободно выражать свое мнение. Это право включает свободу придерживаться своего мнения и свободу получать и распространять информацию и идеи без какого-либо вмешательства со стороны публичных властей и независимо от государственных границ.

3. Судья должен проявлять сдержанность при осуществлении своего права на свободу выражения мнения во всех случаях, когда авторитет и беспристрастность правосудия могут быть поставлены под сомнение.

4. Судья должен осуществлять свое право на свободу выражения мнения таким способом, который был бы совместим с достоинством занимаемой им должности. Он должен воздерживаться от публичных заявлений или замечаний, которые могут подорвать авторитет судебной власти или вызывать обоснованные сомнения в его беспристрастности».

Очевидно, что формулировки проекта кодекса более подробны, но можно ли со всей очевидностью сделать вывод отно-

сительно того, в каком случае критическое высказывание судьи станет основанием для привлечения его к дисциплинарной ответственности, а в каком нет. Такие выводы можно сделать только на основании анализа дисциплинарной и судебной практики рассмотрения публичных высказываний судей о состоянии судебной системы.

В настоящее время можно утверждать, что в подавляющем большинстве случаев любая критика состояния судебной системы и руководства судов приводит к дисциплинарной ответственности судьи в форме прекращения полномочий либо к его добровольной отставке¹.

Дела «Wille v. Liechtenstein» и «Kudeshkina v. Russia» — защита права судьи на свободное выражение мнения о судах, судебных полномочиях и недостатках судебной системы. Последствия признания в ЕСПЧ нарушения свободы слова для определения персонального статуса судьи в национальной судебной системе

В практике Европейского суда по правам человека можно назвать только два дела, в которых рассматривались вопросы свободы выражения мнения судей: «*Wille v. Liechtenstein*» (постановление от 28 октября 1999 года) и «*Kudeshkina v. Russia*»².

Подробности дела «*Wille v. Liechtenstein*» малоприменимы к российской действительности. Председатель Административного суда Княжества Лихтенштейн г-н Вилле в публичной лекции высказал мнение, которое противоречило позиции князя, относительно предела полномочий Конституционного суда Лихтенштейна. В частности, г-н Вилле считал, что Конституционный суд вправе проверять конституционность не только актов парламента и правительства, но и самого князя. После этой лекции г-н Вилле был письменно извещен князем о том, что тот не намерен после истечения срока полномочий председателя Административного суда повторно предлагать его кандидатуру на

¹ См., например, интервью А.Л. Кононова журналу «Собеседник» (http://www.sobesednik.ru/politics/kononov_sb_41_09) и перевод интервью В.Г. Ярославцева испанской газете El Pais (<http://www.inosmi.ru/russia/20090901/252151.html>).

² Постановление по этому делу было вынесено Судом 26 февраля 2009 года, а 14 сентября 2009 года оно было признано окончательным после отказа Суда пересмотреть его по инициативе государства-ответчика. Жалоба № 29492/05.

этот пост. Действительно, по истечении срока полномочий князь не предложил повторно кандидатуру г-на Вилле. Предметом рассмотрения дела в Европейском суде стал отказ в продлении полномочий в связи с тем, что судья Вилле публично высказал позицию, отличную от позиции князя. ЕСПЧ согласился с позицией заявителя и признал нарушение его свободы слова. Суд указал, что гарантии статьи 10 Конвенции, предусматривающей свободу слова, распространяются в том числе и на гражданских служащих (в широком смысле), включая судей (такой подход был отражен также в постановлениях по делам «*Glazenapp and Kosiek v. Germany*» от 28 августа 1986 года и «*Vogt v. Germany*» от 26 сентября 1995 года). Более того, общественная значимость свободы слова заключается в возможности свободного обмена информацией и мнениями, даже если такие мнения могут быть провокационными и шокирующими (постановления по делам «*Handyside v. UK*» от 7 декабря 1976 года и «*Sunday Times v. UK*» от 26 апреля 1978 года).

В деле «*Kudeshkina v. Russia*» Европейский суд также установил нарушение свободы выражения мнения, гарантированной статьей 10 Конвенции. Очевидно, что обсуждение фактических обстоятельств дела вызвало немало споров у европейских судей, поскольку постановление вынесено с минимальным перевесом голосов — 4 против 3. Тем не менее постановление стало окончательным и является прецедентом, который будет использоваться как самим Судом, так и всеми государствами — членами Совета Европы.

Кратко фактические обстоятельства дела сводятся к следующему. Судья Московского городского суда Кудешкина О.Б., баллотировавшись по одномандатному округу во время избирательной кампании 2003 года (на этот период ее полномочия судьи были приостановлены), выступила в СМИ с критикой судебной системы, в частности с критикой деятельности председателя Московского городского суда. Именно эти выступления послужили основанием для привлечения ее к дисциплинарной ответственности в форме досрочного прекращения ее полномочий.

Наиболее интересной представляется в этом деле логика рассуждений Европейского суда, которая прослеживается в самом постановлении. Изучение этой внутренней логики позволяет понять суть правового анализа при конкуренции таких правовых ценностей, как судебская независимость и свобода слова судьи.

Прежде всего Суд обращает внимание на то, что единственным основанием для досрочного прекращения полномочий судьи явились именно критические выступления Кудешкиной в прессе — ни пригодность к общественной службе, ни профессиональные качества не были основанием для привлечения Кудешкиной к дисциплинарной ответственности (п. 79). Из этого можно сделать вывод, что основная правовая проблема состояла именно в определении баланса между двумя конкурирующими ценностями: судейской независимостью и свободой слова.

Далее Европейский суд проверял наличие фактологического основания для критического высказывания о работе судебной системы. ЕСПЧ пришел к выводу, что у Кудешкиной такие основания имелись: она последовательно утверждала, что на нее при рассмотрении уголовного дела, имевшего общественную значимость, оказывалось давление. Кроме того, она подробно рассказывала, как и кем именно это давление оказывалось. Для Европейского суда особую значимость имел тот факт, что в рамках национальных процедур обоснованность критики со стороны Кудешкиной не была ни проверена, ни тем более опровергнута (пп. 92—93).

Отдельно Европейский суд проверил довод национальных властей о том, что Кудешкина высказалась по существу дела до вынесения окончательного решения. Суд пришел к выводу, что она не разгласила никаких сведений по упомянутому уголовному делу, что могло бы служить основанием для привлечения ее к дисциплинарной ответственности (п. 91). Действительно, из всех сведений, которые касались непосредственно уголовного дела, она назвала только обвиняемого и участвующего прокурора, никакой информации о доказательствах, правовой позиции сторон и тем более своего судейского правового суждения по этому делу она не высказывала, что с очевидностью следует из текстов ее интервью.

Европейский суд принял во внимание тот факт, что О.Б. Кудешкина высказывалась о работе судебной системы в рамках предвыборной кампании. Как показывает практика Суда, уровень защиты политических высказываний должен быть очень высоким, тем более в период предвыборной кампании. Иными словами, государство не может и не должно привлекать к ответственности участников предвыборной кампании за те мнения, которые они высказывают в ее ходе. Далее Суд обращает внимание на то, что политическое значение обсуждаемого вопроса само по себе не является достаточным поводом запретить судье делать какие-либо утверждения по этому поводу. Резюмируя, Суд

отметил, что утверждения Кудешкиной не были лишены в целом фактической основы и, следовательно, должны были расцениваться не как неуместные личные нападки, а как справедливые замечания по имеющим общественное значение вопросам, даже если она позволила себе некоторый уровень преувеличения и обобщения, что характерно для предвыборной агитации.

Европейский суд с особой тщательностью проанализировал сам ход дисциплинарной процедуры в отношении О.Б. Кудешкиной, причем вопросы процедуры были также рассмотрены в рамках статьи 10 — как процессуальный аспект обеспечения права на свободу слова. Этот момент следует подчеркнуть еще раз: не в рамках статьи 6, как нарушение права на справедливое судебное разбирательство, а именно в рамках статьи 10, как нарушение права на свободу слова. Такой подход характерен в целом для Европейского суда, а в данном деле он был единственно возможным. Спор между государственным служащим (каким является судья, поскольку он выполняет публично-властные функции) и государством как работодателем относится к публично-правовым спорам. Такая классификация исключает подобный спор из сферы действия статьи 6 Конвенции, которая предусматривает право на справедливое судебное разбирательство для тех, у кого имеется спор об определении «гражданских прав и обязанностей» — иными словами, об определении частных отношений.

Суд счел, что способ применения дисциплинарных санкций к О.Б. Кудешкиной не обеспечивал важных процессуальных гарантий, а сами санкции были непропорционально суровы. Более того, такие санкции могли оказать «охлаждающий эффект» на судей, желающих участвовать в публичном обсуждении эффективности судебных институтов.

Суд сделал вывод, что национальным органам власти не удалось соблюсти верный баланс между необходимостью защитить авторитет правосудия, составной частью которого является судебская независимость, с одной стороны, и необходимостью защитить право О.Б. Кудешкиной на свободное выражения мнения — с другой¹.

¹ О.Б. Кудешкина обратилась с заявлением о пересмотре судебных постановлений в отношении нее в связи с вновь открывшимися обстоятельствами, к которым в силу постановления КС РФ от 26 февраля 2010 года № 4 «По делу о проверке конституционности части второй статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан

Поэтому определение справедливого баланса между такими правовыми ценностями, как судебская независимость и свобода слова судьи, требует особой тщательности. И органы, правомочные решать вопросы дисциплинарной ответственности судей, и национальные суды России при рассмотрении подобных дел обязаны проявлять особую тщательность, объективность и непредвзятость:

- 1) в установлении фактических обстоятельств, «вынудивших» судью воспользоваться своей свободой слова, выступив с критикой судебной системы;
- 2) в оценке общественной значимости этих высказываний в контексте существующего политического момента, с учетом того, что «политические высказывания» пользуются повышенной защитой;
- 3) в реальном обеспечении и убедительной демонстрации соблюдения всех процессуальных гарантий «обвиняемой» в дисциплинарном проступке стороне, в том числе

А.А. Дорowska, А.Е. Кота и Е.Ю. Федотовой» относятся постановления Европейского суда по правам человека. Но ей было отказано в пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам, в частности со следующей мотивировкой: // «...Установление Европейским судом по правам человека нарушений Конвенции, допущенных в отношении конкретного заявителя, само по себе не является безусловным основанием к какому-либо пересмотру решения суда, принятого на национальном уровне в отношении этого заявителя, так как нормы Конвенции по своей юридической природе имеют различный характер и явно не одинаковое правовое значение. // В том случае, если Европейским судом по правам человека выявляется нарушение положений Конвенции, призванных обеспечить основные начала законности при осуществлении правосудия национальными судами, то это обстоятельство может явиться основанием к пересмотру решения суда в установленном законом порядке, если для этого не имеется каких-либо объективных препятствий. // Если же Европейским судом по правам человека устанавливается нарушение Конвенции, не затрагивающее фундаментальных основ судопроизводства в ходе рассмотрения внутригосударственным судом дела в отношении заявителя, то изложенное основанием к пересмотру судебного решения национального суда в любом процессуальном порядке заведомо являться не может, так как допущенное, по мнению Европейского суда по правам человека, в отношении заявителя нарушение Конвенции компенсируется либо уже самим фактом признания Европейским судом по правам человека означенного нарушения Конвенции, либо посредством выплаты государством назначенной Европейским судом по правам человека справедливой компенсации в пользу заявителя». // Верховный Суд РФ оставил определение Московского городского суда в силе, подтвердив, что О.Б. Кудешкина нарушила судебскую этику. Аргументы Европейского суда по правам человека национальными судами приняты во внимание не были.

- в такой процедуре рассмотрения и мотивировке решений таким образом, чтобы никакой сторонний наблюдатель не мог бы заподозрить их нарушение или ограничение;
- 4) в назначении соразмерного вида и размера санкции;
 - 5) в учете более общего социального контекста и интересов профессионального сообщества в целом, например «охлаждающего эффекта» воздействия.

* * *

Транспарентность является неотъемлемой чертой судебной власти, прозрачность которой востребована самим ее развитием, ее все увеличивающимся значением в регулировании социальной жизни общества. Существующие коммуникационные технологии обеспечивают транспарентность через широкое распространение информации о деятельности судебной системы в целом и об отдельных судебных разбирательствах, удовлетворяя как потребности в информировании о судебном разбирательстве его участников, так и широкий общественный интерес.

В то же время внутренняя организация судейского сообщества, в том числе взаимодействие между судьями, по-прежнему остается самой закрытой от общества стороной судебной власти. Очевидно, что профессия судьи требует высокого профессионализма и потому предполагает, что к кандидатам в судьи должны предъявляться высокие требования. Тем более прозрачность и обоснованность решения о назначении на должность судьи и продвижении по карьерной лестнице, равно как и единый стандарт для понимания составов дисциплинарных проступков, будут способствовать укреплению доверия населения к судебной власти.

Взаимоотношения СМИ и представителей судебной системы, вероятно, всегда будут неоднозначными, поскольку у первых и вторых на первый взгляд разные цели и задачи. В то же время освещение деятельности судов и отдельных процессов в формате, который бы способствовал созданию атмосферы доверия к судебной власти, может служить не только большей открытости судебной системы, но и помогать самим судьям, которые — в том числе и в соответствии с общественными ожиданиями — должны демонстрировать высокие стандарты профессионализма как своими решениями, так и своим поведением.

**СТАНДАРТЫ
СПРАВЕДЛИВОГО ПРАВОСУДИЯ
международные
и национальные практики**

Подписано в печать 18.10.2012. Формат 60×90/16
Бумага офсетная № 1. Печать офсетная.
Объем 36,5 п.л. Тираж 1100 экз. Заказ № .

Издательство «Мысль»
тел. (495) 956-17-40