СУД, ПРОКУРАТУРА,
АДВОКАТУРА

ОГЛАШЕНИЕ В СУДЕ ПОКАЗАНИЙ СВИДЕТЕЛЕЙ
И ПОТЕРПЕВШИХ ПО СОГЛАСИЮ И БЕЗ СОГЛАСИЯ СТОРОН:
ПОЗИЦИИ ЕСПЧ И РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЯ В УПК РФ

© 2013 г. Леонид Владимирович Брусницын¹

Краткая аннотация: в статье исследуются условия оглашения в суде показаний свидетелей и потерпевших при разрешении судами уголовных дел, предпринят анализ решений Европейского Суда по правам человека, относящихся к данному вопросу и предопределяющих необходимость соответствующих корректив Уголовно-процессуального кодекса России; изложены рекомендации по учету указанных решений ЕСПЧ в отечественном уголовном судопроизводстве.

Annotation: This article examines the conditions in the announcement of the court testimony of witnesses and victims in the resolution of criminal cases by the courts, the analysis undertaken by the European Court of Human Rights relating to the issue and the need to predetermine the appropriate adjustments of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation; provides guidance on accounting for these decisions of the European Court of Human Rights in domestic criminal proceedings.

Ключевые слова: показания свидетелей, потерпевших; оглашение показаний в суде; непосредственность исследования доказательств в судебном разбирательстве; Европейский Суд по правам человека.

Key words: testimony of witnesses, victims, disclosure of evidence in court; immediacy of the evidence in the trial, the European Court of Human Rights.

Допрос в суде свидетеля, потерпевшего без согласия сторон замещается оглашением ранее данных ими показаний в случаях, перечисленных в ч. 2 ст. 281 УПК РФ: их смерть, стихийное бедствие и иные чрезвычайные обстоятельства, препятствующие явке, отказ иностранца явиться в суд. Во всех иных случаях в соответствии с ч. 1 ст. 281 УПК указанное замещение (далее – *рассматриваемое замещение*) возможно только по согласию сторон. Поскольку их интересы в судопроизводстве противоположны, согласие обычно не достигается, и события развиваются по одному из двух сценариев: суд оглашает показания свидетеля, потерпевшего без согласия на то сторон (без повторных попыток обеспечить явку лица либо после таких, но безрезультатных попыток) или ввиду отсутствия вышеуказанного согласия – разрешает уголовное дело без учета ранее данных показаний неявившегося участника уголовного процесса.

Возникающие при этом вопросы: о нарушении судом норм УПК, обеспечивающих непосредственность исследования доказательств, равенство сторон и право обвиняемого на защиту – при

первом варианте²; при втором – отражены ли в итоговом судебном решении действительные обстоятельства деяния, ставшего предметом исследования в суде. И еще один вопрос: оптимален ли сам УПК, разграничивший *рассматриваемое замещение* по согласию и без согласия сторон так, как предусматривают ч. 1 и 2 ст. 281? Иначе

² Следует заметить, что в начале действия УПК 2001 г. кассационная инстанция в лице Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ не усмотрела нарушений УПК в действиях суда первой инстанции, проводящего процесс по первому сценарию (см.: определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10 октября 2002 г. № 16-О02-81 // <http://www.lawmix.ru/jude/8494> (Дата обращения: 23 сентября 2011 г.). В последующие годы та же инстанция в аналогичных ситуациях неизменно отменяла обвинительные приговоры судов по такому основанию, как нарушение ими уголовно-процессуального закона (см.: определения Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 3 июня 2005 г. № 82-О05-13 // <http://www.vsrfl.ru> (Дата обращения: 16 сентября 2011 г.); от 7 мая 2008 г. № 81-О08-6 // <http://www.garant.ru> (Дата обращения: 16 сентября 2011 г.); от 25 марта 2010 г. № 75-О10-4 // <http://www.resheniya-sudov.ru/2010/178888> (Дата обращения: 16 сентября 2011 г.). Очевидно, практику Судебной коллегии скорректировал Пленум Верховного Суда РФ, подчеркнувший в п. 19 постановления от 5 марта 2004 г. № 1 “О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации”: в рамках ч. 1 ст. 281 УПК оглашение показаний потерпевших и свидетелей допускается только с согласия сторон.

¹ Профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса юридического факультета Московского государственного индустриального университета, доктор юридических наук (E-mail: leol222@yandex.ru).

говоря, не следует ли расширить основания оглашения показаний потерпевшего, свидетеля по ходатайству одной стороны либо по инициативе самого суда?

Постановка данного вопроса в рамках советской уголовно-процессуальной доктрины вызвала бы дискуссию, исход которой сейчас сложно прогнозировать, так как есть весомые аргументы и за и против сохранения status quo. С признанием Россией примата международного права по отношению к внутригосударственному отраслевому законодательству решение многих вопросов уже не связано с дискуссиями, так как решение это предопределяют акты международного сообщества, в том числе решения Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ, Суд), учитывая членство России в Совете Европы, ратификацию ею Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. (далее – Конвенция) и признание юрисдикции ЕСПЧ по вопросам толкования и применения Конвенции.

Очевидно, инициаторы этих шагов России понимали, что признание юрисдикции ЕСПЧ ограничит саморазвитие национальной правовой доктрины до решения проблем, остающихся (пока) вне поля зрения Суда, потребует корректировки уже сложившихся доктринальных взглядов, законодательства и правоприменения. Обратимся и мы к прецедентам ЕСПЧ, содержащим оценку того, как российские суды применяли *рассматриваемое замещение*. При этом, поскольку речь пойдет о прецедентах, доступных для российских юристов в отечественных источниках, автор ограничится приведением наиболее существенных фрагментов указанных решений Суда. Целесообразно привести и содержание п/п. “d” п. 3 ст. 6 Конвенции, с которым ЕСПЧ сверял действия российских судов:

“3. Каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления имеет, как минимум, следующие права: ...

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”³.

Сначала – об условиях *рассматриваемого замещения*, сформулированных ЕСПЧ для наиболее распространенной и предусмотренной в ч. 1 ст. 281 УПК ситуации – когда **вызванное для**

допроса лицо уклоняется от явки в суд. Согласно позиции ЕСПЧ замещение допроса такого лица оглашением (воспроизведением видеозаписи) ранее данных им показаний и использование этих показаний в обвинительном приговоре возможно, если:

(1) Подсудимый и (или) его защитник в ходе досудебного производства по делу имели возможность задать вопросы свидетелю (потерпевшему) по поводу данных им показаний, которые оглашаются либо видеозапись которых воспроизводится при разрешении дела судом, поскольку ЕСПЧ установил: “использование в качестве доказательств показаний, полученных на стадии предварительного следствия, само по себе не противоречит подпункту “d” пункта 3 и пункту 1 статьи 6 Конвенции, если соблюдаются права подсудимого. **Обычно эти права требуют, чтобы подсудимому была предоставлена соответствующая и надлежащая возможность оспорить показания свидетеля стороны обвинения и допросить его или ее либо во время дачи показаний либо на более поздней стадии производства по делу...** (выделено автором. – Л.Б.)”⁴. Далее это условие будем обозначать как (1).

Итак, если указанная возможность была обеспечена обвиняемому в стадии предварительного расследования, разрешающий дело суд в случае неявки свидетеля или потерпевшего вправе применить *рассматриваемое замещение* без согласия сторон. Не требуется от суда и повторных мер по вызову не явившихся граждан – ведь возможность реализации права, предусмотренного п/п. “d” п. 3 ст. 6 Конвенции, обвиняемому уже была предоставлена.

В рамках предварительного расследования эта возможность обеспечивается предоставлением обвиняемому и (или) его защитнику права задать вопросы потерпевшему, свидетелю **лично, т.е. на очной ставке, либо через лицо, осуществляющее производство по делу**. Если проводится очная ставка, то на ней должен присутствовать защитник подозреваемого (обвиняемого), что вытекает из решения ЕСПЧ в деле Мельников (Melnikov) против Российской Федерации 2010 г. (Жалоба № 23610/03)⁵. В этом деле было установлено, что в ходе предварительного расследования очная ставка между заявителем и С., показания

⁴ См., в частности: § 51 решения ЕСПЧ в деле Вожигов (Vozhigov) против Российской Федерации, 2007 г. (Жалоба № 5953/02) // СПС “КонсультантПлюс”.

⁵ См.: СПС “КонсультантПлюс”.

³ Собрание законодательства РФ. 1998. № 20. Ст. 2143.

ми которого заявитель избличался в совершении преступления, была проведена, и в ходе нее заявитель имел возможность допросить С., но защитник в очной ставке не участвовал (§ 78, 79 решения в указанном деле). В § 79 решения ЕСПЧ указал: «Европейский Суд ранее подчеркивал значение стадии предварительного следствия для подготовки уголовного разбирательства, поскольку доказательства, полученные на этой стадии, определяют рамки, в которых преследуемый состав преступления будет рассматриваться в судебном разбирательстве... В то же время обвиняемый часто оказывается в особенно уязвимом положении на этой стадии разбирательства, поскольку уголовно-процессуальное законодательство имеет тенденцию ко все большему усложнению, особенно в части сбора и использования доказательств. В большинстве случаев эта особая уязвимость может быть надлежащим образом компенсирована только помощью адвоката... Таким образом, нет оснований полагать, что в отсутствие правовой помощи заявитель мог понимать процедуру очной ставки и эффективно осуществлять свое право на допрос “свидетеля”...». Далее в § 80 и 81 решения ЕСПЧ указал: «Кроме того, Европейский Суд отмечает, что очная ставка проводилась следователем, который не отвечал требованиям независимости и беспристрастности и обладал широкими дискреционными полномочиями по снятию вопросов во время очной ставки (из решения ЕСПЧ не следует, что он “заподозрил” отсутствие независимости у конкретного следователя; видимо, Суд отказывает в этом качестве всей “касте” следователей. – Л.Б.)... С учетом вышеизложенного в настоящем деле **процедура очной ставки не являлась адекватной заменой допроса обвиняемого (гр-на С. – Л.Б.) в открытом судебном заседании...**».

Если же возможность допросить свидетеля (потерпевшего) обеспечивается предоставлением обвиняемому и (или) его защитнику права задать вопросы указанным участником уголовного процесса через лицо, осуществляющее производство по делу, то эти вопросы сторона защиты⁶ формулирует в ходатайстве о дополнительном допросе свидетеля (потерпевшего), а ответы на них фиксируются в протоколе допроса, который (протокол) предъявляется указанной стороне. Такая замена очной ставки допустима, поскольку ЕСПЧ, обращая внимание на неотъемлемое право обвиняемого задавать вопросы тем, кто свидетель-

ствует против него⁷, в то же время в решении по делу С.Н. (S.N.) против Швеции, 2002 г., указал: «Нельзя считать, что подпункт “d” пункта 3 Статьи 6 Конвенции требует во всех случаях, чтобы вопросы (потерпевшему. – Л.Б.) задавались **непосредственно** обвиняемым или его адвокатом»⁸.

Допустимость замены очной ставки вышеизложенными процессуальными действиями подтверждается и последующими решениями ЕСПЧ, в которых в обоснование нарушения Конвенции он указывал:

“приговор... основан на показаниях свидетеля, которого обвиняемый не имел возможности допросить сам **или его (свидетеля) не допросили [органы следствия]** на стадии предварительного следствия...” (§ 51 решения в деле Вожигов против Российской Федерации);

“приговор основывается... на показаниях свидетеля, которого обвиняемый не мог допросить **или заслушать его показания во время следствия или суда**” (§ 49 решения в деле Андандонский (Andandonskiy) против Российской Федерации, 2006 г. (Жалоба № 24015/02))⁹;

“осуждение основано... на показаниях лица, которое обвиняемый не мог допросить **или не имел права на то, чтобы оно было допрошено, в ходе расследования или судебного разбирательства**” (§ 33 решения в деле Трофимов (Trofimov) против Российской Федерации), 2008 г. (Жалоба № 1111/02);

“обвиняемый не имел возможности задать вопросы **или не имел права на то, чтобы эти свидетели были допрошены, ни в ходе следствия, ни в суде**” (§ 55 решения в деле Кривошапкин (Krivoshapkin) против Российской Федерации, 2011 г. (Жалоба № 42224/02))¹⁰.

В этой связи обращает на себя внимание ошибка Конституционного Суда РФ: со ссылкой на тот же п/п. “d” п. 3 ст. 6 Конвенции он свел возможность для стороны защиты в ходе досудебного производства задать вопросы потерпевшему (свидетелю) только на очной ставке¹¹. Вслед за Кон-

⁷ См., в частности, решение ЕСПЧ в деле Кракки (Staxi) против Италии, 2002 г. // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. М., 2003. № 5. С. 25–27.

⁸ См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. М., 2003. № 1. С. 34.

⁹ См.: СПС “КонсультантПлюс”.

¹⁰ См.: там же.

¹¹ В абз. 3 п. 4 определения № 548-О “По запросу Абинского районного суда Краснодарского края о проверке конституционности положений статьи 281 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации...” от 7 декабря 2006 г. (см.: http://sudbiblioteka.ru/ks/docdelo_ks/konstitut_big_4209.htm (Дата обращения: 26 сентября 2011 г.).

⁶ В настоящей публикации под стороной защиты понимаются только подозреваемый, обвиняемый (подсудимый) и защитник.

ституционным Судом эту же ошибку повторяют и некоторые российские юристы¹².

Из приведенных фрагментов решений ЕСПЧ следует, что возможность реализовать право, предусмотренное п/п. “d” п. 3 ст. 6 Конвенции, обвиняемому может быть предоставлена не обязательно в стадии предварительного расследования. Это допустимо и в судебном следствии¹³. Тем не менее рекомендация автора следующая: указанное право надлежит разъяснять при выполнении следователем требований ч. 1 ст. 217 УПК (дознанием – требований ч. 2 ст. 225 УПК) наряду с разъяснением обвиняемому права ознакомиться с делом. Это следует делать во всех случаях, кроме тех, когда в ходе предварительного расследования: (а) между обвиняемым и свидетелями (потерпевшими) в присутствии защитника были проведены очные ставки. При этом стороне защиты была предоставлена возможность задать вопросы “противнику” либо (б) лицо, осуществляющее производство по делу, предприняло альтернативные очной ставке процессуальные действия, указанные выше.

Кроме того, по мнению автора, формулировка п/п. “d” п. 3 ст. 6 Конвенции такова, что обязывает разъяснить обвиняемому данное конвенционное право и обеспечить его осуществление при заявлении стороной защиты соответствующего ходатайства независимо от того, имеются ли в показаниях обвиняемого и иных допрошенных лиц противоречия.

Если в ходе выполнения требований ч. 1 ст. 217 и ч. 2 ст. 225 УПК сторона защиты заявит ходатайство о допросе свидетеля (потерпевшего), такой допрос проводится в рамках очной ставки между соответствующими лицами либо посредством альтернативных очной ставке вышеуказанных процессуальных действий. Если сторона защиты

не заявит указанное ходатайство, то даже в этом случае условие (1) будет выполнено.

Удовлетворение указанного ходатайства в ряде случаев потребует продления срока предварительного расследования, но это – меньшая проблема, нежели та, что возникнет в суде при неявке свидетеля (потерпевшего), допросить которого сторона защиты была лишена права в ходе досудебного производства, а именно: если в этой части судопроизводства условие (1) окажется не выполненным, то при разрешении дела судом подлежат выполнению следующие условия:

(2) Суд не должен проявлять “небрежности” в попытках доставить свидетеля в судебное заседание, и лишь после принятия “всех разумных” мер по вызову свидетеля, так и не явившегося в суд, возможно оглашение его показаний, что следует, в частности, из § 54 решения ЕСПЧ в деле Вожигов против Российской Федерации; § 36, 42, 43 решения в деле Макеев (Макеуев) против Российской Федерации, 2009 г. (Жалоба № 13769/04)¹⁴, § 53 решения в деле Кривошапкин против Российской Федерации, § 82 решения в деле Мельников против Российской Федерации (далее – условие (2)).

Очевидно, объем действий, свидетельствующий о принятии судом “всех разумных” мер по вызову свидетеля (потерпевшего)¹⁵, должен определяться, исходя из обстоятельств, обусловивших неявку лица в данном уголовном деле. Если принятые меры обеспечили явку, необходимость *рассматриваемого замещения* отпадает. Если же лицо так и не явилось в суд, оглашение ранее данных им показаний и использование их при постановлении обвинительного приговора возможно при соблюдении совокупности следующих двух условий:

(3) Подсудимый и защитник должны “явно дать понять” суду, что не возражают против оглашения показаний не явившегося свидетеля, “недвусмысленно” отказываются от права допросить его (см.: § 57 решения ЕСПЧ в деле Вожигов против Российской Федерации; § 37 его решения в деле Макеев против Российской Федерации; § 34 решения в деле Трофимов против Российской Федерации; § 53, 54 решения в деле Андандонский против Российской Федерации),

¹² См.: *Александрова С.А.* Оглашение показаний не явившихся в судебное заседание потерпевших и свидетелей как судебно-следственное действие // Закон и право. 2009. № 2. С. 47; *Кипнис Н.М.* Особенности применения института оглашения показаний потерпевшего и свидетеля (ст. 281 УПК РФ) с учетом правовых позиций Европейского Суда по правам человека // Lex Russica (Научные труды МГЮА). 2010. № 3. С. 507.

¹³ Следовало бы дополнить УПК указанием на обладание подозреваемым, обвиняемым, подсудимым названным конвенционным правом. Такая новелла будет способствовать его реализации и при этом не войдет в противоречие с ч. 1 ст. 192 УПК, согласно которой проведение очной ставки – право, а не обязанность следователя (противоречия не будет, так как для реализации конвенционного права помимо очной ставки возможны вышеуказанные альтернативные ей действия).

¹⁴ СПС “КонсультантПлюс”.

¹⁵ Применительно к этому же вопросу Конституционный Суд РФ в абз. 3 п. 3 определения от 7 декабря 2006 г. № 548-О использовал иную формулировку: для обеспечения явки суд обязан использовать “все имеющиеся возможности”, но вряд ли можно говорить о ее существенном отличии от формулировки ЕСПЧ.

т.е. речь идет о том, что в ч. 1 ст. 281 УПК названо “согласием сторон” (далее – условие (3)).

(4) Обвинительный приговор не может быть основан “исключительно или решающим образом” на показаниях свидетелей, которым обвиняемый не имел возможности задать вопросы, что следует, в частности, из § 55 решения ЕСПЧ в деле Кривошапкин против Российской Федерации; § 49, 52 решения в деле Андандонский против Российской Федерации (далее – условие (4)).

Итак, согласно позиции ЕСПЧ в ситуации, когда потерпевший, свидетель уклоняются от явки в суд, *рассматриваемое замещение* без согласия сторон возможно, если в ходе предварительного расследования было соблюдено условие (1). Этим позиция Суда отличается от позиции отечественного законодателя, в ч. 1 ст. 281 УПК запретившего указанное *замещение*, если только стороны не согласятся на него.

Если же в ходе досудебного производства по делу условие (1) не было выполнено, следуя позиции ЕСПЧ, национальный суд обязан предпринять действия по выполнению условия (2) – принять “все разумные” меры по вызову свидетеля (потерпевшего). Если и эти меры не обеспечат его явку, суду следует удостовериться в том, что наличествует условие (3), т.е. стороны согласны на *замещение*, применить его, а при постановлении обвинительного приговора соблюсти условие (4).

Постановление обвинительного приговора без учета сказанного и обжалование в ЕСПЧ процедуры судебного разбирательства, завершившейся таким приговором, чреваты очередной констатацией ЕСПЧ нарушения российским судом Конвенции.

Теперь – о *замещении*, когда потерпевший, свидетель не уклоняется от явки, но **допрос его в суде нецелесообразен вследствие угрозы вторичной виктимизации** (т.е. повторного переживания потерпевшим страданий, уже перенесенных в результате совершенного в отношении его преступного деяния) **или угрозы посткриминального воздействия** на участников процесса со стороны подсудимого и иных лиц в помещении суда¹⁶. В этих случаях, как и при неявке участника процесса, нас ориентируют акты международного сообщества. Сначала – его рекомендательные акты:

А. В п. 86 предварительной повестки IX Конгресса ООН по предупреждению преступности и

обращению с правонарушителями (Каир, 1995 г.) в качестве положительного опыта отмечено: “В целях сведения к минимуму возможности вторичной виктимизации... создаются специальные условия (отдельные комнаты ожидания, **представление свидетельских показаний в записи на видеопленку**)”¹⁷; в ходе Конгресса обращено внимание на эффективность записанных на видеопленку свидетельских показаний по делам о преступлениях в отношении детей¹⁸.

Б. В рабочем документе XII Конгресса ООН под названием “Меры уголовного правосудия по борьбе с незаконным ввозом мигрантов и торговлей людьми: связи с транснациональной организованной преступностью” вновь было обращено внимание на использование в суде видеозаписи свидетельских показаний, данных на досудебном этапе уголовного процесса¹⁹.

В. В принятом Экономическим и Социальным Советом (ЭКОСОС) ООН (рез. 1990/22 от 24 мая 1990 г.) “Руководстве для сотрудников системы уголовного правосудия в отношении осуществления Декларации основных принципов правосудия для жертв преступления и злоупотребления властью” п. 55 разд. Е “Обвинители, суды и слушания” гласит: “Когда жертвы боятся давать свидетельские показания... некоторые законодательства допускают **использование записанных на видеопленку свидетельских показаний**”²⁰.

Г. В “Руководящих принципах, касающихся правосудия для детей-жертв и свидетелей преступлений” (приняты ЭКОСОС ООН 21 июля 2004 г.) к таким принципам отнесено применение специальных процедур получения показаний лиц младше 18 лет, в том числе **использование в судах видеозаписей их показаний** (п. 32).

Д. В п. 27 Приложения к Рекомендации Совета Европы № R (97) 13 “По вопросу запугивания свидетелей и обеспечения прав защиты” указано: “если возможно, показания, даваемые на досудебной стадии, **следует записывать на видео с тем, чтобы избежать очного контакта свидетеля с**

¹⁷ См.: Doc. A/CONF.169/PM.1, 27 July, 1993.

¹⁸ См.: Стратегии в области предупреждения преступности, в частности в отношении преступлений в городских районах и преступности среди несовершеннолетних с применением насилия, включая вопрос о потерпевших: оценка и новые перспективы // Doc. A/CONF.169/7, 24 January, 1995, P. 35.

¹⁹ См.: Двенадцатый Конгресс Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и уголовному правосудию (Салвадор, 12–19 апреля 2010 г.). Сб. документов / Сост.: А.Г. Волеводз, С.М. Тарасенко, В.А. Ализаде. Т. 2. М., 2011. С. 12.

²⁰ См.: Doc. A/CONF.144/20, 7 June, 1990.

¹⁶ Цель такого воздействия – запугать потерпевших, свидетелей и заставить таким образом отказаться от изобличения преступника.

обвиняемым и излишних повторных допросов, могущих травмировать свидетеля. **Во время судебного разбирательства аудио-видеоматериалы могут быть использованы для того, чтобы компетентные органы могли заслушать заинтересованные стороны без их присутствия**²¹.

В перечисленных актах нет прямого указания на применение *рассматриваемого замещения* без согласия сторон, но такое допущение очевидно, поскольку реализовать изложенные рекомендации невозможно, если реализацию поставить в зависимость от согласия сторон, имеющих в уголовном процессе противоположные интересы. Предположение же, что специальные органы ООН и Совет Европы настойчиво рекомендуют то, что априори не может быть реализовано, несерьезно. Вывод: при наличии вышеуказанных угроз выполнения условия (3), т.е. получения согласия сторон на *рассматриваемое замещение*, не требуется.

Возможность вторичной виктимизации и (или) посткриминального воздействия должна подтверждаться материалами уголовного дела, чтобы суд смог обосновать необходимость *замещения*. Иное привело к признанию ЕСПЧ нарушения Конвенции. В решении по делу Полуфакин и Чернышев (Polufakin and Chernyshev) против Российской Федерации, 2008 г. (Жалоба № 30997/02)²² Суд констатировал: “Причины, указанные потерпевшими для обоснования своей неявки, были достаточно неопределенными и гипотетическими и, таким образом, не представляются уважительными. В частности, Д.Е., Ю.Д., В.Г. и С.С. дважды отказывались являться в судебное заседание, поскольку они опасались за свою безопасность. Они не представили какого-либо объяснения характеру или основаниям этих опасений... Европейский Суд не усматривает из материалов, имеющихся в его распоряжении, каким образом суд первой инстанции оценивал обоснованность страха потерпевших перед заявителями... Соответственно, он должен заключить, что суд первой инстанции счел доказанными причины, приведенные потерпевшими, без рассмотрения, являлись ли они реальными” (§ 195, 196). Изложенное наряду с тем, что “заявители не имели возможности подвергнуть перекрестному допросу” потерпевших, привело

ЕСПЧ к выводу о нарушении российским судом п/п. “d” п. 3 ст. 6 Конвенции (§ 197–199 вышеуказанного решения).

О других условиях замещения при угрозе вторичной виктимизации и (или) посткриминального воздействия²³.

Об условии (1). Очевидно, что, как и при неявке в суд свидетеля, потерпевшего, выполнение этого условия необходимо. К такому выводу помимо вышеуказанных решений ЕСПЧ приводят и иные его решения. Обобщая их, М. Де Сальвиа обратил внимание: “Довольно интересный вопрос встает во время слушаний по делу в отношении показаний свидетелей, которые представили свои показания, но **отказались** выступить с ними в суде. Суд пришел к решению, что сами по себе **такие показания не могут считаться не соответствующими ЕКПЧ** (Конвенции. – Л.Б.), но их использование в качестве доказательств обвинения не должно нарушать права защиты. Например, можно считать, что **права защиты не соблюдены**, если обвиняемый **не имел возможности на предыдущих фазах расследования опросить свидетелей**, чьи заявления зачитываются на судебном заседании”²⁴.

Об условии (2). Как следует из вышеуказанных решений ЕСПЧ в отношении России, данное условие требуется выполнить при *неявке* в суд свидетелей (потерпевших), которым в ходе предварительного расследования обвиняемый *не имел* возможности задать вопросы. Иначе говоря, если он имел такую возможность, в ситуации, когда *замещение* применяется для предотвращения вторичной виктимизации и (или) посткриминального воздействия, выполнять условие (2), как и при неявке в суд участника процесса, не требуется. Отметим также, что данное условие, в соответствии с которым суд не должен быть “небрежным” в попытках доставить свидетеля (потерпевшего) в судебное заседание, объективно неприменимо – ведь участник процесса не уклоняется от явки.

Об условии (4). О ненужности его выполнения, если *рассматриваемое замещение* служит пред-

²¹ Цит. по: Рекомендация № R (97) 13 “По вопросу запугивания свидетелей и обеспечения прав защиты” Комитета министров государств – членов Совета Европы // Зарубежный опыт правового регулирования и практика его применения по вопросам защиты участников уголовного судопроизводства. Сб. правовых актов, организационных документов и информационно-аналитических материалов / Под ред. В.В. Черникова. М., 2000. С. 41.

²² См.: СПС “КонсультантПлюс”.

²³ Для предотвращения данных угроз *рассматриваемое замещение* в России применялось еще в период действия УПК РСФСР: по каждому третьему уголовному делу об изнасиловании в тех случаях, когда малолетние потерпевшие находились в зале судебного заседания, они не подвергались допросу, а оглашались ранее данные ими показания (см.: Галимов О.Х. Проблемы правового регулирования уголовного судопроизводства с участием малолетних. Дисс... канд. юрид. наук. Омск, 1997. С. 185).

²⁴ Де Сальвиа М. Европейская конвенция по правам человека. СПб., 2004. С. 213, 214.

отвращению вышеуказанных угроз и выполнено условие (1), свидетельствует решение ЕСПЧ в деле Аккарди и другие (Accardi and others) против Италии, 2005 г. В нем ЕСПЧ не установил нарушения Конвенции, указав, в частности: “Что касается того обстоятельства, что показания детей составляли **практически единственный** элемент доказательственной базы, которой обосновывались выводы судов относительно виновности заявителей, то у последних должны были бы иметься достаточные возможности осуществлять свои права на защиту в отношении такого рода доказательств... В настоящем деле заявители и их адвокаты имели возможность наблюдать за ходом допроса потерпевших из отдельного помещения через полупрозрачное стекло. Таким образом, они знали о содержании и характере задаваемых вопросов и поступающих ответов и могли наблюдать за манерой поведения детей. **Адвокаты заявителей имели возможность задавать через следственного судью** (т.е. в ходе досудебного производства. – Л.Б.) **детям любые вопросы**, которые они считали необходимым задать в интересах защиты...”²⁵.

Ненужность выполнения условия (4) при выполненном условии (1) подтверждают и вышеназванные решения ЕСПЧ в отношении России, где указано: “Права стороны считаются ограниченными в степени, не совместимой с требованиями статьи 6 Конвенции, **если приговор полностью или в большей части основан на показаниях свидетеля, которого обвиняемый не имел возможности допросить сам или его (свидетеля) не допросили [органы следствия] на стадии предварительного следствия или во время судебного разбирательства**” (см., в частности, § 51 решения ЕСПЧ в деле Вожигов против Российской Федерации; § 33 решения в деле Трофимов против Российской Федерации).

Итак, согласно позиции ЕСПЧ при применении *рассматриваемого замещения* в целях предотвращения вторичной виктимизации и (или) посткриминального воздействия нет препятствий процессуально-правового характера для постановления обвинительного приговора на основании доказательств, наиболее существенными из которых являются оглашенные (воспроизведенные) в суде показания свидетеля, потерпевшего, если выполнено условие (1).

Еще один аспект, на который надо обратить внимание. Несмотря на то что замещение допроса

лица воспроизведением ранее данных им показаний сопряжено с отступлением от такого условия судебного разбирательства, как непосредственность исследования доказательств, Совет Европы рекомендовал данное *замещение* не только для жертв семейного насилия²⁶ (наиболее уязвимы для вторичной виктимизации и посткриминального воздействия), но и для иных потерпевших и свидетелей²⁷.

Суммируя все вышесказанное, приходим к следующим выводам.

При неявке в суд свидетеля, потерпевшего, не связанной с обстоятельствами, перечисленными в ч. 2 ст. 281 УПК:

если было выполнено условие (1), выполнения судом условий (2), (4) и наличия условия (3) для применения *рассматриваемого замещения* не требуется;

если условие (1) не было выполнено, то суд при разрешении дела вправе применить *замещение* лишь с соблюдением условий (2)–(4).

При угрозе вторичной виктимизации и (или) посткриминального воздействия на свидетеля (потерпевшего), не уклоняющегося от явки в суд:

если условие (1) выполнено, исполнения судом условий (2), (4) и наличия условия (3) для применения *рассматриваемого замещения* не требуется;

если же условие (1) в ходе досудебного производства не было выполнено, разрешающему делу суду надлежит выполнить его: обеспечить подсудимому возможность в ходе судебного следствия задать указанным участникам процесса вопросы по поводу их показаний.

Вопрос: обеспечивается ли указанная возможность предоставлением подсудимому права задать вопросы не лично свидетелю (потерпевшему), а через председательствующего? В УПК нет прямого указания на это; к тому же согласно ч. 6 его ст. 280 для предотвращения вторичной виктимизации допускается лишь удаление подсудимого на время допроса несовершеннолетнего свидетеля (потерпевшего), а по возвращении

²⁶ См.: п. 42 Рекомендации Совета Европы № (2002) 5 “О защите женщин от насилия” (принята Комитетом министров Совета Европы 30 апреля 2002 г.) // [http://hrlibrary.ngo.ru/russian/euro/RRec\(2002\)5.html](http://hrlibrary.ngo.ru/russian/euro/RRec(2002)5.html)

²⁷ См.: п. 17 Приложения к Рекомендации Совета Европы № (2005) 9 “О защите свидетелей и лиц, сотрудничающих с правосудием” // <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=849237&BackColorInternet=9999CC&BackColorPaper=FFFFFF> (Дата обращения: 25 февраля 2013 г.).

²⁵ См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. М., 2005. № 6.

подсудимого в зал суда ему не только сообщают их показания, но и предоставляют возможность лично задать им вопросы. Это не соответствует международно-правовым стандартам судопроизводства, выраженным в вышеназванных решениях ЕСПЧ и отраженным в акте *Управления ООН по наркотикам и преступности* “Рекомендуемые виды практики в области защиты свидетелей при производстве по уголовным делам, касающимся организованной преступности” (2008 г.)²⁸. В этом акте предложен ряд последовательных действий: передача письменных вопросов подсудимого лицам, допрошенным в его отсутствие, вновь удаление подсудимого на время, необходимое для ответов на его вопросы, а по возвращении подсудимого в зал суда – оглашение полученных ответов. Причем возможность этих действий не поставлена в зависимость от возраста свидетеля, потерпевшего.

На допустимость изложенных действий мог обратить внимание Пленум Верховного Суда РФ в постановлении № 17 “О практике применения судами норм, регламентирующих участие потерпевшего в уголовном судопроизводстве” от 29 июня 2010 г. Однако в п. 16 этого постановления он лишь продублировал ст. 280 УПК в той части, где указано, что подсудимый по возвращении в зал суда вправе задать потерпевшему вопросы, “разъяснив” тем самым, что подсудимый вправе лично допрашивать даже малолетних. Но это не соответствует международно-правовым стандартам судопроизводства, о приверженности которым Пленум заявил в преамбуле постановления. Представляется, что Пленуму надо было бы не дублировать УПК, а рекомендовать действия, предложенные специальным органом ООН и признанные допустимыми ЕСПЧ. Эти действия и следует предпринимать российским судьям, т.е. в случае угрозы вторичной виктимизации и (или) посткриминального воздействия предоставлять подсудимому право допрашивать свидетеля (потерпевшего) не лично, а через председательствующего. Решение об этом, как и любое судебное постановление или определение, должно быть мотивированным (ч. 4 ст. 7 УПК).

Условия замещения в случаях, предусмотренных ч. 2 ст. 281 УПК. Как действия российских судов по реализации этой нормы видятся

ЕСПЧ? Ответ – в его решении по делу Климентьев (Klimentyev) против Российской Федерации, 2006 г. (Жалоба № 46503/99)²⁹. В обоснование того, что российский суд нарушил п/п. “d” п. 3 ст. 6 Конвенции, заявитель указал, в частности, что граждане Норвегии Р. и Б., допрошенные в России в качестве свидетелей на стадии предварительного расследования и будучи вызванными из Норвегии для дачи показаний в российском суде, отказались явиться, вследствие чего в ходе судебного следствия были оглашены ранее данные ими показания. При этом в стадии предварительного расследования заявителю не была предоставлена возможность задать вопросы свидетелям (§ 23–26, 120 решения ЕСПЧ), а в суде, как можно заключить из текста решения ЕСПЧ, их показания были оглашены без согласия заявителя.

По поводу этих обстоятельств ЕСПЧ в § 126 названного решения сделан вывод: “Что касается допустимости показаний Р. и Б., Европейский Суд полагает, что свидетелями являются граждане иностранных государств (так в тексте. – Л.Б.), которые не могли быть принуждены к явке в зал суда и которые в ответ на судебные повестки явиться отказались. Более того, суд первой инстанции провел тщательный анализ доказательств, приобщенных к материалам дела, и пришел к заключению, что показания указанных свидетелей подтверждались рядом других доказательств (см. аналогичный контекст в Постановлении Европейского Суда по делу Феррантелли и Сантанджело против Италии (Ferrantelli and Santangelo v. Italy) от 7 августа 1996 г., Reports of Judgments and Decisions 1996-III, § 52–53). Таким образом, Европейский Суд пришел к заключению, что в принятии судом первой инстанции в качестве доказательств показаний свидетелей Р. и Б. не имело место нарушения Статьи 6 Конвенции”.

Нет оснований полагать, что позиция ЕСПЧ изменится, если причиной отсутствия свидетеля или потерпевшего в суде станет какое-либо другое обстоятельство из числа указанных в ч. 2 ст. 281 УПК. Поэтому заключаем, что **в случае неявки свидетеля (потерпевшего) по причинам, предусмотренным в ч. 2 ст. 281 УПК**, их показания, данные в ходе досудебного производства по делу, могут быть оглашены и использованы при постановлении обвинительного приговора независимо от того, было ли соблюдено условие (1) и наличествует ли условие (3), т.е. согласие сторон. При этом в силу самих причин, обусловивших отсутствие в судебном заседании указанных лиц,

²⁸ См.: http://sartraccc.ru/Pub_inter/protwitn.pdf. В названии акта использованы термины “свидетель”, “организованная преступность”, но изложенные в нем меры безопасности применяются и в отношении потерпевших; при разрешении уголовных дел не только о деяниях, связанных с организованной преступностью, но и иных уголовных дел.

²⁹ СПС “КонсультантПлюс”.

от суда не требуется и настойчивости в попытках обеспечить их явку, т.е. не требуется исполнения судом условия (2). Таким образом, применительно к условиям (1)–(3) позиция отечественного законодателя, сформулированная в ч. 2 ст. 281 УПК, совпала с позицией ЕСПЧ.

Что касается условия (4), то здесь их позиции разошлись. В УПК нет запрета на постановление обвинительного приговора, “исключительно или в значительной степени” основанного на оглашенных в суде показаниях свидетеля, потерпевшего, не допрошенных стороной защиты в стадии предварительного расследования и отсутствовавших в суде по причинам, указанным в ч. 2 ст. 281 УПК. ЕСПЧ же, как видно из его решений в делах Климентьев против Российской Федерации и Феррантелли и Сантанджелло против Италии (ссылка на второе решение содержится в § 126 первого из них) пришел к выводу об отсутствии нарушения Конвенции в том числе потому, что обвинительные приговоры национальными судами были основаны не только на показаниях свидетелей, не явившихся в судебное заседание, но и на других доказательствах, в которых эти показания нашли подтверждение. Очевидно, отсутствие таких доказательств привело бы Суд в названных делах к констатации нарушения Конвенции.

Из изложенного следует вывод: в ситуациях, предусмотренных в ч. 2 ст. 281 УПК, несоблюдение условия (1) влечет необходимость выполнения национальным судом условия (4), согласно которому, напомним, обвинительный приговор не может основываться “исключительно или решающим образом” на показаниях лиц, которым обвиняемый не имел возможности задать вопросы.

По мнению автора, отечественный УПК следует привести в соответствие с позицией ЕСПЧ, выраженной в вышеназванных решениях. Впро-

чем, учитывая, что они основаны на нормах Конвенции, которые согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ и ч. 3 ст. 1 УПК являются частью нашего уголовно-процессуального законодательства, и то, что Россия находится под юрисдикцией ЕСПЧ, отечественные суды должны руководствоваться его решениями, не ожидая корректив УПК³⁰. Но в стране нет традиций построения правоприменительной деятельности на основе прецедентов. Далека от желаемой и ментальность российских судей: на вопрос, руководствуются ли они в своей деятельности Конвенцией, решениями ЕСПЧ и общепризнанными принципами и нормами международного права, из 57 респондентов положительно ответили немногим более 17%³¹. Данные факторы убеждают в том, что все же необходимо исчерпывающее нормативное урегулирование в УПК применения *рассматриваемого замещения* в соответствии с прецедентами ЕСПЧ. До этого соблюдению Конвенции способствовало бы принятие Пленумом Верховного Суда РФ постановления, разъясняющего российским следователям, прокурорам и судьям позицию ЕСПЧ по данному вопросу. Автор выражает надежду, что этой цели будет способствовать и настоящая публикация³².

³⁰ В то же время правоприменителю следует учитывать, что согласно ч. 5 ст. 281 УПК в суде воспроизведению видеозаписи показаний должно предшествовать их оглашение. Акты ООН и Совета Европы не требуют этого, что естественно при наличии видеозаписи **всего** допроса, и это надо учесть в УПК.

³¹ См.: *Девятова О.В.* Решения Европейского Суда по правам человека в механизме уголовно-процессуального регулирования. Дисс... канд. юрид. наук. Ижевск, 2007. С. 186.

³² Требуется реформа и самой Конвенции (см. об этом: *Брунницын Л.В.* Значение решений ЕСПЧ для национального уголовного судопроизводства и проблемы их учета в государствах – членах Совета Европы (К реформе Конвенции о защите прав человека и основных свобод) // *Гос. и право.* 2013. № 2. С. 25–31).