

Преступление, административное правонарушение и наказание в России в свете Европейской конвенции о правах человека

(ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2000, № 3)

© 2000 г.

КЛЕПИЦКИЙ И.А.¹

Из библиотеки Ивана Клепицкого
[HTTP://WWW.OUPI.RU](http://www.oupi.ru)

КОНВЕНЦИЯ И СТРАСБУРГСКИЕ ПРЕЦЕДЕНТЫ В СИСТЕМЕ РОССИЙСКОГО ПРАВА	1
ПРЕСТУПЛЕНИЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВОНАРУШЕНИЕ В СВЕТЕ КОНВЕНЦИИ.....	4
СИСТЕМА НАКАЗАНИЙ В РОССИИ И НОРМЫ КОНВЕНЦИИ	9

Конвенция и страсбургские прецеденты в системе российского права

В 1998 г. Россия ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. со всеми дополнительными Протоколами к ней² (за исключением Протокола № 6, предусматривающего отмену смертной казни). Каково значение этого факта для уголовного права России? М.Л. Энтин вполне обоснованно утверждает, что "по своим правовым последствиям участие в Конвенции и Протоколах к ней явится для России самой настоящей правовой революцией"³. Вместе с тем следует отметить, что в России значение Европейской конвенции во многом недооценивается, исследованию установленных ею норм не уделяется должного внимания. Это связано с общей недооценкой международно-правовых актов в системе источников уголовного права. Нормы международного права в этой сфере обычно воспринимаются в виде оторванных от жизни деклараций. Иногда такая их оценка оправданна, так как нормы российского уголовного права достаточно развиты и цивилизованны, что, как правило, "автоматически" обеспечивает их соответствие международным стандартам. Однако Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод имеет ряд особенностей, которые требуют внимательного к ней отношения:

1. Она разрабатывалась (и применялась) без учета специфических особенностей российского права.

2. Нормы Конвенции очень конкретны и детализированы в "страсбургских прецедентах" (в практике контрольных органов).

¹ Доцент Московской государственной юридической академии, кандидат юридических наук. Автор благодарит Л.В. Головки за помощь в работе над статьей.

² Далее - Европейская конвенция, Конвенция.

³ Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М., 1998. С. 3.

3. Существует реально работающий механизм международно-правового контроля за соблюдением правил Конвенции.

Каково место Конвенции и Протоколов к ней в системе источников российского уголовного права? Широко распространено мнение, что Уголовный кодекс является единственным источником уголовного права России. Это подтверждает и его ст. 1, которая, в частности, определяет, что УК "основывается на Конституции Российской Федерации и общепризнанных принципах и нормах международного права". Однако это высказывание нельзя рассматривать в качестве суждения о сущем. Логическая природа правовой нормы выражается в деонтической модальности любого суждения, претендующего на нормативность (оно может быть только суждением о должном). Вопрос о соответствии Конституции и нормам международного права тех или иных положений УК не может быть предрешен законодателем - он относится к ведению судебной власти. Поэтому ст. 1 УК нельзя толковать буквально. Конституция и нормы международного права, в том числе и Европейская конвенция, являются самостоятельными источниками уголовного права наряду с УК. Это вытекает из Конституции, которая имеет прямое действие и ст. 15 которой устанавливает, что международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы и, если международным договором установлены иные правила, чем предусмотрены законом, применяются правила международного договора.

Сходным образом этот вопрос решается и в некоторых других странах – участницах Конвенции. Французский правовед Ж. Прадель, например, в труде по сравнительному уголовному праву разделяет страны – участницы Европейской конвенции на две группы в зависимости от места Конвенции в системе источников национального права. К первой относятся страны, в которых Конвенция интегрирована во внутреннее право (т.е. рассматривается в качестве его источника), причем место Конвенции в системе права различается в разных странах: (1) Конвенция может иметь большую юридическую силу, чем национальная конституция (например, в Нидерландах); (2) ее сила может признаваться равной силе конституции (например, в Австрии); (3) сила Конвенции меньше силы конституции, но превышает силу обычных законов (в большинстве стран, в том числе во Франции, Бельгии, Испании, Португалии, Греции, Кипре); (4) Конвенция приравнена к обычному закону (например, в ФРГ, Турции, Италии). Ко второй группе относятся государства, не интегрировавшие Конвенцию во внутреннее право (в Дании, Ирландии, Исландии, Норвегии, Великобритании и Швеции Конвенция не рассматривается в качестве источника права, но ее авторитет влияет на толкование правовых норм)⁴. Россию в силу ст. 15 Конституции можно отнести к третьей подгруппе первой группы стран, где

⁴ См.: *Pradel J. Droit pénal comparé. Paris, 1995. P. 59 - 61.* Следует отметить, что то или иное понимание места Конвенции в системе национального права не влияет на полномочия международных контрольных органов. Государство, нарушившее права человека, в любом случае может быть подвергнуто мерам международно-правового воздействия (денежные компенсации потерпевшим, приостановление и утрата членства в Совете Европы и др.).

Конвенция интегрирована во внутреннее право и "стоит выше, чем закон", но "сама по себе не может изменить Конституцию или действовать в противоречии с ней"⁵. Важно отметить, что в случае противоречия Конвенции закону суд должен применить нормы Конвенции, сославшись на нее, при этом нет необходимости обращаться в Конституционный Суд, поскольку вопрос о соответствии закона или иного нормативно-правового акта международному договору не относится к компетенции Конституционного Суда.

Какова юридическая природа прецедентного права Совета Европы? Большинство российских правоведов отрицают за судебной практикой юридические свойства источника права, аргументируя это континентальной правовой традицией⁶. Исходя из этих традиционных воззрений, прецеденты, созданные Европейской комиссией по правам человека и Европейским судом по правам человека⁷, нельзя рассматривать в качестве источника российского права. Страсбургские прецеденты – это официальное толкование Конвенции. Поскольку "контрольные органы Конвенции считают себя связанными своими предыдущими решениями"⁸, данное толкование нельзя рассматривать в узком качестве толкования чисто казуального, так как контрольный орган не просто разрешает конкретное дело, но и создает правовую судебную доктрину. Это сближает прецедентное право Совета Европы с разъяснениями, утверждаемыми постановлениями пленумов российских Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда.

Важная особенность страсбургских прецедентов – особое значение такого толкования, связанное с ограничением возможности всякого другого толкования Конвенции в принципе. Например, "грамматическое" толкование ее положений с использованием правил русского или, к примеру, немецкого языка бессмысленно, так как текст Конвенции составлен на французском и английском языках, которые и являются рабочими языками Совета Европы. Толкование Конвенции "автономно", свободно от понимания тех или иных терминов в национальном языке и праве. Это означает, что и принятые во Франции и Великобритании юридические термины также не определяют толкования Конвенции. Конвенция толкуется исходя из внутреннего ее смысла в универсальном его понимании в демократических странах Европы.

Таким образом, следует признать, что Европейская конвенция является источником уголовного права России, а прецеденты Европейской комиссии по

⁵ *Баглай М.В.* Конституционное право Российской Федерации. М., 1997. С. 24.

⁶ Впрочем, в научной литературе это положение подвергнуто критике (см.: *Наумов А.В.* Уголовное право. Общая часть. Курс лекций. М., 1996. С. 107 - 111, см. также: *Баглай М.В.* Указ. соч. С. 27; *Бринчук М.М.* Экологическое право. М., 1998. С. 129; *Ерофеев Б.В.* Земельное право. М., 1998. С. 70; Научно-практическая конференция "Судебный конституционный контроль в России: уроки, проблемы и перспективы" // Государство и право. 1997. № 5. С. 6, 7).

⁷ Далее – Комиссия и Суд.

⁸ *Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л.* Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М., 1998. С. 4.

правам человека и Европейского суда по правам человека являются официальным толкованием Европейской конвенции и, хотя и не могут рассматриваться в качестве источников российского права, но имеют важнейшее юридическое значение. Игнорирование российскими законодателями и правоприменителями страсбургского прецедентного права может привести к применению в отношении России международно-правовых санкций.

Преступление и административное правонарушение в свете Конвенции

Страсбургское прецедентное право обусловило формирование в Европе новой доктрины "уголовной сферы" (*matière pénale*), которая привлекает пристальное внимание правоведов, широко дискутируется, и которой ведущие ученые посвящают свои исследования⁹. Понятие уголовной сферы охватывает уголовно-правовые, уголовно-процессуальные и часть административных правоотношений, в частности отношения, связанные с применением административных взысканий. Это новое понятие связано с толкованием "уголовного обвинения" в ст. 6 Европейской конвенции, которая предусматривает право на справедливое публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона, и гласность судебного разбирательства как по гражданским делам, так и при рассмотрении уголовного обвинения (*accusation en matière pénale, criminal charge*). Кроме того, только по уголовным делам гарантируются презумпция невиновности, право обвиняемого на ознакомление с обвинением, право на защиту, на участие в вызове и допросе свидетелей и право на бесплатную помощь переводчика.

Первоначально Комиссия рассматривала "уголовное обвинение" в смысле обвинения в преступлении, предусмотренном обычным (*ordinary*) уголовным кодексом, однако постепенно толкование менялось. По делу Ноймайстера в 1968 г. Суд установил, что "уголовное обвинение" следует понимать не в смысле национального законодательства, а исходя из понимания его в Конвенции¹⁰. В решении по делу Адольфа он обратил внимание на необходимость "автономного" понимания "уголовного обвинения" в контексте Конвенции, а не на основе внутреннего права¹¹. В основополагающем решении по делу Энгеля и др. (1976 г.) по вопросу о разграничении дисциплинарной процедуры (не охватываемой ст. 6

⁹ См., например: *Delmas-Marty M. Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain // Recueil Dalloz. 1986. Chron. 27.* В российском правоведении эта проблема осталась практически незамеченной, за исключением упоминания в монографии Л.В. Головки (Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 37, 38). Значение этой теории нельзя и преувеличивать. Ж. Прадель, например, вполне обоснованно отмечает, что, хотя на дисциплинарные и административные взыскания и распространяются принципы уголовного права, они не относятся к уголовному праву в строгом смысле (См.: *Pradel J. Op. cit. P. 2, 162*).

¹⁰ См.: *Neumeister judgment of 27 June 1968. Series A no. 8. P. 41.*

¹¹ См.: *Adolf judgment of 26 March 1982. Series A no. 49. P. 14.*

Конвенции) и уголовного обвинения Суд пришел к выводу, что "характер процедуры по внутреннему праву не может иметь решающего значения по вопросу применимости ч. 1 ст. 6 Конвенции, так как в противном случае национальные власти могли бы уклониться от налагаемых этой статьей обязательств путем введения дисциплинарных процедур в отношении преступлений, которые по своей природе и характеру санкций являются или могут стать частью уголовного права"¹². По этому делу были названы три критерия, позволяющих отграничить "уголовную сферу" от взысканий, к уголовной сфере не относящихся: (1) классификация правонарушения в национальном праве, (2) природа преступления и (3) природа и строгость наказания¹³. Изначально было отмечено, что первый критерий не является основополагающим – он учитывается только в случае, если деяние не является преступлением по своей природе, но рассматривается в качестве уголовного преступления в национальном праве. Под "природой преступления" понимается сфера применения нарушаемой нормы. Если норма имеет универсальный, общеобязательный характер – это преступление, если норма относится только к определенной, ограниченной дисциплинарной властью группе, то речь идет о дисциплинарном проступке (если и характер санкций дисциплинарный, а не уголовный).

Впоследствии эта доктрина была развита распространением "уголовной сферы" на административные правонарушения. Эти правонарушения (в том числе и со специальным субъектом) и другие малозначительные преступления по своей природе относятся к нарушению норм универсального характера, т.е. к "уголовной сфере". Так, по делу Адольфа Суд пришел к выводу, что "ненаказуемые или ненаказанные уголовные преступления существуют, и ст. 6 Конвенции не делает различия между ними и другими уголовными преступлениями"¹⁴. В деле Оцтюрка к "уголовной сфере" были отнесены германские административные проступки (*Ordnungswidrigkeit*). Оцтюрку не было обеспечено в ФРГ право на бесплатное предоставление переводчика по делу о дорожно-транспортном правонарушении. Представитель ФРГ возражал против отнесения административных правонарушений к "уголовной сфере", но Суд

¹² См.: *Engel and others judgment of 8 June 1976. Series A no. 22. P. 34.* См. подробнее: *Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л.* Указ. соч. С. 232; *van Dijk P. Access to Court // The European System for the Protection of Human Rights. Dordrecht, 1993. P. 363; van Dijk P., van Hoof G.S.H. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. Deventer, Boston, 1990. P. 310.*

¹³ См. подробнее: *Delmas-Marty M. Les grands systemes de politique criminelle. Paris, 1992. P. 32 - 44; van Dijk P. Op. cit. P. 363 - 370.*

¹⁴ *Adolf judgment of 26 March 1982. Series A no. 49. P. 14.* Адольф, по его мнению, был признан виновным в малозначительном преступлении, которое в соответствии с правом Австрии не влечет уголовной ответственности (в действительности дело было прекращено, и в качестве "обвинения" Адольф обжаловал постановление о прекращении дела). Суд по правам человека не счел это постановление нарушением презумпции невиновности и отказал в жалобе, однако однозначно отнес такие преступления к *matiere penal*. Данное дело представляет интерес в связи с отечественным институтом освобождения от уголовной ответственности.

заклучил, что "известный уровень серьезности" уголовного преступления не имеет существенного значения. Более того, "было бы вопреки целям и задачам ст. 6, которая гарантирует право любого обвиняемого в уголовном преступлении на справедливое судебное разбирательство, если бы государствам было позволено изымать из действия этой статьи целую категорию преступлений только на том основании, что они малозначительны"¹⁵. Применительно к административным правонарушениям были выдвинуты те же критерии "уголовной сферы", что и к дисциплинарным по делу Энгеля (природа преступления и санкции). Впоследствии по делу Лутца было определено, что для понимания в качестве "уголовной сферы" достаточно наличия одного из критериев, а не их совокупности¹⁶. Таким образом, все административные правонарушения (по критерию природы преступления) отнесены к "уголовной сфере" независимо от строгости санкции.

Означает ли такая позиция Суда принципиальное неприятие административных правонарушений? Для такого вывода нет никаких оснований. Более того, в том же деле Оцтюрка Суд отметил "сильную тенденцию к перемещению малозначительных преступлений из уголовной сферы в административную сферу" как в ФРГ, так и в других странах¹⁷. Однако эти проступки в смысле Конвенции остаются в "уголовной сфере", т.е. по делам об административных правонарушениях должны соблюдаться гарантии, предусмотренные ст. 6 Конвенции для обвиняемых по уголовным делам.

Практика показала, что применительно к административным правонарушениям права, предоставленные Конвенцией, могут быть гарантированы не столь полным образом, как в случае уголовных преступлений в строгом смысле слова, однако гарантии в каждом конкретном случае должны соответствовать природе правонарушения. Так, по делам об административных правонарушениях предусмотренные Конвенцией права могут быть обеспечены не на стадии непосредственно административного производства, а при "последующем судебном контроле"¹⁸. "Право на рассмотрение дела судом" может рассматриваться в качестве права, от осуществления которого обвиняемый может отказаться в конкретном деле, например, добровольно уплатив штраф на месте.

Таким образом, вся масса административных правонарушений в российском праве относится к "уголовной сфере" (в свете существующего официального толкования Конвенции и независимо от "российской специфики"), и лица, привлекаемые к административной ответственности, имеют права,

¹⁵ *Ozturk judgment* of 21 February 1984. Series A no. 73. P. 21.

¹⁶ См.: *Lutz judgment* of 25 August 1987. Series A no. 123. P. 23.

¹⁷ Показательно, что *М. Дельмас-Марти*, будучи последовательной сторонницей доктрины *matiere penale*, использует ее именно для обоснования депенализации уголовных правонарушений во Франции путем преобразования их в административные.

¹⁸ См. подробнее: *Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л.* Указ. соч. С. 207.

предусмотренные в ст. 6 Конвенции¹⁹. Соответствует ли наше законодательство об административных правонарушениях требованиям Конвенции? В большинстве случаев на стадии рассмотрения и разрешения дела российское законодательство не гарантирует "право на справедливое... разбирательство дела независимым и беспристрастным судом" (за исключением дел, подведомственных судье), так как правом рассматривать дела об административных правонарушениях наделен широкий круг вполне зависимых должностных лиц в системе исполнительной власти. Соответственно права, предоставленные Конвенцией, должны быть обеспечены на стадии обжалования в суд постановлений о наложении административных взысканий. Однако соблюдение в России требований Конвенции на этой стадии вызывает сомнение. Дело в том, что суд рассматривает такие жалобы по правилам гражданского судопроизводства, что не соответствует требованиям Конвенции к рассмотрению уголовного обвинения, в частности по вопросу о презумпции невиновности и бремени доказывания²⁰. Таким образом, ратификация Конвенции сделала особо актуальным проведение реформы норм об административных взысканиях. Тут возможны разные пути. Можно, например, предусмотреть "последующий судебный контроль" в порядке не гражданского, а уголовного судопроизводства (как это имеет место, к примеру, по делам об административных правонарушениях в ФРГ и по делам о малозначительных правонарушениях, указанных в ст. 529 УПК Франции). Можно полностью реализовать предусмотренные Конвенцией гарантии на стадии рассмотрения дела административными органами, например создав административные суды (вслед за Италией)²¹, либо использовать отечественный опыт – в ходе судебной реформы в 1864 г. малозначительные проступки были изъяты из Уложения о наказаниях уголовных и исправительных и переданы в ведение мировых судей Уставом о наказаниях, налагаемых мировыми судьями.

Во всяком случае необходимо обеспечить право на "разбирательство дела независимым и беспристрастным судом", который будет рассматривать дело, руководствуясь принципами уголовного, а не гражданского процесса. Наиболее полно положения Конвенции реализованы в случае рассмотрения дела об административном правонарушении судьей. Однако и здесь следует освободить судью от функции обвинения – обязанность доказывания должна лежать на представителе органа, возбудившего производство по делу и передавшего его в суд. Применительно к правонарушениям, дела о которых рассматриваются в несудебном порядке, по-видимому, необходимо обеспечить право на пересмотр

¹⁹ Это подтверждается и недавним решением Суда по делу *Кадубека* (25 августа 1998 г.) (см.: *Кадубек против Словакии* // Российская юстиция. 1999. № 9. С. 61).

²⁰ Интересно, что по вопросу об отнесении к "уголовной сфере" некоторых проступков, не являющихся преступлениями в национальном праве, одним из судей было высказано особое мнение, что в этом случае следует применять не уголовно - правовые, а гражданско - правовые гарантии, однако Суд принял другое решение (см.: *Cohen-Jonathan G. La Convention européenne des droits de l'homme*. Paris, 1989. P. 405).

²¹ См. например: *Pradel J. Op. cit.* P. 163, 164.

дела судьей в полном объеме по правилам рассмотрения дел об административных правонарушениях. Это право может быть ограничено в отношении лиц, добровольно уплативших штраф на месте (в этом случае административное расследование прекращается, и вряд ли будут собраны доказательства, изобличающие виновного). Такая процедура позволит вовсе отказаться от обжалования постановлений о наложении административных взысканий в суд в гражданско-процессуальном порядке. Если же будет признано, что необходимость именно гражданско-процессуального обжалования вытекает из ст. 46 Конституции (что представляется далеко не бесспорным) - возможно сохранить (а отчасти и ввести) обжалование и в гражданско-процессуальном порядке (в отношении постановлений судьи, а также, возможно, в отношении несудебных постановлений по истечении срока, в течение которого можно требовать пересмотра дела).

Многочисленность правонарушений (в особенности на транспорте) делает весьма актуальной проблему ускорения и удешевления производства по делам об административных правонарушениях. По этому вопросу полезно ознакомиться с иностранным опытом. Например, ст. 529 – 529-9 УПК Франции регламентируют "производство по наложению штрафа в твердо определенной сумме" по делам о нарушениях правил дорожного движения и о некоторых других малозначительных правонарушениях. На месте составляется протокол, где указывается строго определенная законодательством сумма штрафа за это правонарушение. Нарушитель вправе уплатить штраф на месте агенту, составившему протокол, либо позже, в течение 30 дней, в порядке, указанном в протоколе. Если лицо не уплатило штраф в течение 30 дней и не заявило ходатайства об освобождении от него – размер штрафа автоматически повышается, а если штраф уплачен в трехдневный (иногда – семидневный) срок – его размер автоматически уменьшается. Если лицо не желает платить штраф, оно вправе ходатайствовать об освобождении от уплаты штрафа (тут и реализуется право на рассмотрение "уголовного обвинения" "независимым и беспристрастным судом"). На основании такого ходатайства прокуратура либо отказывается от уголовного преследования, либо начинает уголовное преследование и передает дело в суд, который и выносит приговор (или приказ в упрощенном производстве) по делу. В дальнейшем этот приговор (приказ) может быть опротестован (как прокуратурой, так и обвиняемым) в порядке уголовного судопроизводства. В том же порядке рассматриваются и уголовные дела о безбилетном проезде в общественном транспорте, хотя тут есть некоторая специфика: уголовное преследование прекращается в случае, если виновный заключит мировое соглашение с транспортной организацией (подпишет обязательство возместить ущерб²² в твердой денежной сумме в течение двух месяцев либо возместит ущерб на месте)²³.

²² Размер ущерба не равен стоимости проезда.

²³ Если штраф не уплачен на месте, то агент транспортной организации вправе прибегнуть к содействию судебной полиции для установления личности нарушителя.

Система наказаний в России и нормы Конвенции

Конвенция предусматривает две группы норм, наиболее близким образом связанных с уголовными наказаниями. Первая – нормы о "недопущении пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство обращения или наказания", хотя и непосредственно относится к наказаниям, но представляет больший интерес не для науки уголовного права (поскольку в этой сфере наша наука идет значительно дальше Конвенции), а для правительства и общественности, так как возможные проблемы относятся тут не к праву, а к экономическим и иным условиям его реализации²⁴. Вторая – нормы о "запрещении принудительного или обязательного труда", хотя и относится к наказаниям лишь косвенно, представляет значительный интерес для российского правоведения, поскольку в России имеются наказания, предусматривающие принуждение к труду без лишения свободы.

Понятия пытки, бесчеловечного и унижающего достоинство наказания и обращения – понятия оценочные. Для констатации нарушения ст. 3 Конвенции необходимо в каждом конкретном случае установить, что обращение достигло "минимального уровня суровости"²⁵. При этом Суд и Комиссия придерживаются консервативного толкования этой статьи. Например, по конкретным делам не были признаны нарушением Конвенции необеспечение заключенных необходимой медицинской помощью при тяжелых болезнях (в том числе при заболеваниях сердца, диабете), запрещение заключенному лежать в дневное время, делать зарядку, читать. Само по себе телесное наказание, применяемое к несовершеннолетним в организациях образования, также не рассматривается в качестве нарушения статьи, если не было "в достаточной мере серьезным". Так, в 1986 г. Комиссия установила нарушение ст. 3 Великобританией по факту нанесения физических повреждений 16-летней девочке в присутствии другого человека, придав "особое значение" тому обстоятельству, что по законодательству Великобритании потерпевшая достигла брачного возраста. Однако даже и при таких обстоятельствах Комитет Министров Совета Европы не поддержал необходимым квалифицированным большинством голосов решения Комиссии. Пыткой, бесчеловечным и унижающим достоинство наказанием и обращением признаются более суровые действия. К пыткам, например, отнесены удары по ногам металлическими и деревянными предметами ("фаланга"), применение электрического тока, сильные удары по всему телу, угроза убийством, "нефизическая пытка" в виде систематических оскорблений и иных подобных издевательств. Полиция Великобритании применяла в Северной Ирландии к подозреваемым меры воздействия, которые в российском правосознании вполне подпадают под понятие пытки: принуждало их стоять в течение многих часов у

²⁴ Конечно же, следует учитывать то обстоятельство, что перегруженность мест лишения свободы и следственных изоляторов связана не только с экономическими факторами, но и с несовершенством права.

²⁵ См. подробнее: *Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л.* Указ. соч. С. 135 - 137.

стены в неудобных позах, лишала их сна, пищи и воды, надевала на голову капюшон во время допросов, подвергала воздействию громкого шума. Комиссия также сочла такие действия пытками, но Суд занял другую позицию, установив, что это не пытки, а "бесчеловечное обращение", к которому относятся также, например, побои и телесные повреждения, уступающие по суровости пыткам. По конкретному делу в 1989 г. нарушением ст. 3 Конвенции было признано решение Великобритании о выдаче США гражданина ФРГ, где он мог быть подвергнут смертной казни и длительному содержанию в ожидании казни в тюрьме штата Вирджиния в условиях крайне жесткого режима и, чему были доказательства, под угрозой физического насилия и понуждения к гомосексуализму. К унижающим достоинство обращению и наказанию относятся, например, телесные наказания, не являющиеся "бесчеловечными", проявления расовой и иной дискриминации.

Смертная казнь, даже если она по существу и является бесчеловечным и унижающим достоинство наказанием, не является таковым в смысле ст. 3 Конвенции. Более того, ст. 2 прямо допускает такое наказание. Аргументы "за" и "против" смертной казни известны. Аргументы эти побуждают авторитетные международные организации, в том числе ООН и Совет Европы, к планомерной работе по искоренению этого вида наказания. В Совете Европы, в частности, разработан с этой целью дополнительный Протокол № 6 к Конвенции об отмене смертной казни в мирное время. Разрабатывается и Протокол и об отмене смертной казни в военное время. В момент вступления России в Совет Европы во всех странах – членах Совета Европы смертная казнь была отменена *de facto*, а в большинстве и *de jure*²⁶. Соответствующие обязательства приняла на себя и Россия, заявив при вступлении в Совет Европы о намерениях "подписать в течение одного и ратифицировать не позднее чем через три года с момента вступления Протокол № 6 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, касающихся отмены смертной казни в мирное время, и установить со дня вступления мораторий на исполнение смертных приговоров"²⁷. Этих обязательств Россия пока не выполнила²⁸. Государственная Дума, депутаты которой руководствовались идеологическими, а в большей мере экономическими соображениями, так и не приняла закона о моратории на исполнение наказания в

²⁶ К этому времени во всех странах - членах Совета Европы смертная казнь не применялась в течение десятилетий, в то время как Россия стабильно занимала одно из первых мест в мире по числу казней на душу населения (по этому вопросу см., напр.: *Pradel J. Droit penal compare. Paris, 1995. P. 572; Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира. М., 1993. С. 16, 22, 35, 55, 69, 75, 82, 90, 98, 108, 123, 128, 134, 151, 161, 194, 209, 227, 236*). Некоторые политики и специалисты в публичных выступлениях отрицают этот факт. Они либо не обладают необходимыми познаниями, либо намеренно пытаются ввести в заблуждение общественность.

²⁷ Пункт 10 Заключения Парламентской Ассамблеи Совета Европы № 193 (1996) по Заявке России на вступление в Совет Европы.

²⁸ Уже 29 января 1997 г. Парламентская Ассамблея Совета Европы вынуждена была обратиться к властям России в связи с "вопиющим нарушением... обязательств", выразившемся в исполнении в первой половине 1996 г. (т.е. непосредственно после вступления в Совет Европы) 53 смертных приговоров.

виде смертной казни. Фактически исполнение смертных приговоров было прекращено Президентом, который использовал свои полномочия, затягивая рассмотрение дел по вопросам о помиловании. Затем применение этого наказания было приостановлено по процессуальным причинам Конституционным Судом²⁹. 27 февраля 1997 г. Президент подписал распоряжение о подписании Протокола № 6 к Конвенции, однако этот Протокол не ратифицирован. Поэтому назначение и исполнение наказания в виде смертной казни не являются для России нарушением международного права. В качестве бесчеловечного и унижающего достоинство обращения в смысле ст. 3 Конвенции может рассматриваться не смертная казнь сама по себе, а то, "каким образом выносятся или исполняются... приговор, личные обстоятельства осужденного и несоответствие между серьезностью... преступления и... смертным приговором"³⁰, а также условия содержания смертников в тюрьме.

Таким образом, пытки, бесчеловечное и унижающее достоинство наказание и обращение (в свете официального толкования этих понятий Судом и Комиссией) в Российской Федерации признаются действиями противоправными, и наши законы соответствуют в этом вопросе правилам Конвенции³¹.

Сложнее обстоит дело с соблюдением в России требований ст. 4 Конвенции, в соответствии с которой никто не должен содержаться в рабстве или подневольном состоянии и привлекаться к принудительному или обязательному труду. Применительно к рабству и подневольному состоянию серьезных проблем не возникает. Содержание в таком состоянии, с одной стороны, является в России неправомерным и влечет уголовную ответственность по тем или иным статьям УК (незаконное лишение свободы, похищение человека, вовлечение в проституцию, вымогательство в отношении действий имущественного характера и т.п.)³². С другой стороны, органы международного контроля исходят из того,

²⁹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 2 февраля 1999 г. № 3-П по делу о проверке конституционности положений статьи 41 и части третьей статьи 42 УПК РСФСР, пунктов 1 и 2 Постановления Верховного Совета Российской Федерации от 16 июля 1993 года "О порядке введения в действие Закона Российской Федерации "О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР "О судостроительстве РСФСР", Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях" в связи с запросом Московского городского суда и жалобами ряда граждан.

³⁰ Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Указ. соч. С. 125.

³¹ Следует учитывать, однако, что нарушением ст. 3 Конвенции могут быть не только не противоречащие внутреннему закону действия, но и действия, незаконные в стране их совершения, так называемая "административная практика", если будет установлена "повторяемость" нарушений и "официальная терпимость". Применительно к современному состоянию России установление "официальной терпимости" маловероятно.

³² Однако и здесь не все вполне благополучно. Например, после принятия нового УК в России сложилось уникальное положение, когда административную ответственность влечет проституция, а эксплуатация проституции, не связанная с насилием, угрозами, обманом и содержанием притонов, ответственности не влечет. Тем самым Россия нарушает обязательства по Конвенции о борьбе с торговлей людьми и эксплуатацией проституции третьими лицами от

что термины "рабство" и "подневольное состояние" "не применяются к ситуации, в которой, как правило, находятся осужденные в большинстве стран мира и которая четко признается Конвенцией в контексте запрещения принудительного или обязательного труда"³³.

Совсем другая ситуация складывается с принудительным и обязательным трудом. Тут российское законодательство прямо противоречит букве Конвенции, предусматривая в качестве уголовных наказаний обязательные работы, исправительные работы и ограничение свободы, т.е. уголовные наказания, не связанные с лишением свободы, предусматривающие принудительный труд. Часть 3 ст. 4 Конвенции содержит исчерпывающий перечень из четырех видов принуждения к труду, которые для целей Конвенции не рассматриваются в качестве "принудительного и обязательного труда": (1) "любую работу, которую обычно должно выполнять лицо, находящееся в заключении, согласно положения статьи 5 настоящей Конвенции, или условно освобожденное от такого заключения"; (2) военную и альтернативную службу; (3) службу в случае чрезвычайного положения или бедствия; (4) "любую работу или службу, которые входят в обычные гражданские обязанности". Таким образом, применительно к уголовным наказаниям, Конвенция предусматривает возможность принудительного труда только в отношении лиц, "находящихся в заключении... или условно освобожденных от такого заключения". Под "заключением" применительно к российскому праву могут пониматься лишение свободы и административный арест, но не упомянутые наказания, не связанные с лишением свободы.

Вместе с тем известно, что начиная с 70-х годов в Великобритании, а затем и в других европейских странах широкое распространение получили такие меры уголовно - правового воздействия, как общественно полезные работы (*community service, travail d'interet general, gemeinnützige Leistungen*). Общественно полезные работы вполне обоснованно рассматриваются в качестве разумной альтернативы лишению свободы и применяются в разных странах либо в качестве самостоятельного уголовного наказания (например, в Люксембурге, Нидерландах, Португалии), либо при условном освобождении от наказания в виде лишения свободы (например, в ФРГ), либо в обоих этих качествах (например, во Франции)³⁴.

2 декабря 1949 г. (СССР присоединился к ней 31 июля 1954 г.). В соответствии со ст. 1 этой Конвенции Россия обязуется подвергать наказанию "каждого, кто для удовлетворения похоти другого лица: сводит, склоняет или совращает в целях проституции другое лицо, даже с согласия этого лица; эксплуатирует проституцию другого лица, даже с согласия этого лица".

³³ Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Указ. соч. С. 153.

³⁴ См. подробнее: Pradel J. Op. cit. P. 163, 164. Ж. Прадель относит Великобританию к странам, где *community service* являются самостоятельным наказанием. В пользу такой позиции свидетельствует и закон; например, Закон о полномочиях уголовных судов (1973 г.) прямо называет приказ о *community service* наказанием. В действительности речь идет скорее не о наказании, а об условном освобождении от наказания – приказ, например, может быть отменен, и виновному будет назначено новое наказание (См., например: Уголовное законодательство

Как европейским странам удастся сочетать общественно полезные работы со ст. 4 Конвенции? Конвенция прямо предусматривает допустимость принудительного труда в отношении лиц, условно освобожденных от лишения свободы. Однако принудительный труд недопустим в соответствии с буквой Конвенции в качестве самостоятельного наказания³⁵. Поэтому общественно полезные работы в качестве уголовного наказания не являются принудительными и обязательными. Выражается это в том, что суд может назначить такое наказание только с предварительного согласия подсудимого. Это правило характерно практически для всех стран, где применяются общественно полезные работы³⁶, и обычно формулируется в законе³⁷.

Сам по себе такой подход, конечно же, небезупречен. С точки зрения правового сознания россиян, например, вряд ли можно считать "согласием" выбор подсудимого из предложенных ему альтернативно наказаний в виде лишения свободы и "добровольных" работ на пользу общества. За формальной добровольностью скрывается реальная принудительность. Французские парламентарии в свою очередь выразили обоснованные сомнения по поводу столь глубокого проникновения "договорных начал" (*contractualisation*) в уголовное право, что назначение наказания требует согласования государственной воли с волей подсудимого, который сам себе выбирает наказание³⁸. Однако другие способы соблюсти запреты Конвенции и при этом использовать общественно полезные работы, которые являются эффективной альтернативой лишению свободы, европейским законодательствам и юридической практике неизвестны.

Следует отметить и зерно истины в положениях ст. 4 Конвенции. Дело в том, что общественно полезные работы требуют от осужденного значительного напряжения сил. Далеко не всякий человек с учетом его физического состояния, характера и тяжести основной работы, иных обстоятельств (например, времени, затрачиваемого на проезд к основному месту работы, необходимости работать по совместительству с целью обеспечить прожиточный минимум) может без вреда для своего здоровья дополнительно бесплатно трудиться на пользу общества. Кроме того, если "заключение" предполагает содержание осужденного за счет государства, то наказания, не связанные с лишением свободы, как правило, этого не предусматривают. В конкретном случае обязательные работы могут оказаться более строгим наказанием, чем лишение свободы, а иногда и недопустимым жестоким обращением с человеком (например, если вызовут расстройство его

зарубежных стран. М., 1998. С. 29). Такая позиция британского законодателя (назначение в разное время двух наказаний за одно преступление) вызывает сомнения в свете принципа *non bis in idem* (см. также: *Russ W. Auflagen // Leipziger Kommentar. Großkommentar. Bd. 2. Berlin, New York, 1988. S. 42*).

³⁵ То же относится и к принудительному труду лиц, которым общепользные работы назначаются при замене штрафа (например, в соответствии со ст. 35 британского закона о преступлении (наказании) 1997 г.).

³⁶ См.: *Le centenaire de la peine privative de liberte aux Pays - Bas. Groningen, 1986. P. 113.*

³⁷ См., например: ст. 49 и 83 УК Испании, ст. 131-8 УК Франции.

³⁸ См.: *Pradel J. Droit pénal général. Paris, 1996. P. 669.*

здоровья). Согласие подсудимого может служить гарантией (хотя и недостаточной) учета его физических и экономических возможностей при назначении такого наказания³⁹.

Учитывая место Конвенции в системе источников уголовного права России, следует признать, что наказания, не связанные с лишением свободы, в содержание которых входит обязательный труд осужденного (обязательные работы, исправительные работы, ограничение свободы)⁴⁰, не могут применяться и в России иначе, как с предварительного согласия подсудимого⁴¹. При этом возникает пробел в праве, поскольку уголовно-процессуальная форма получения такого согласия не регламентирована в законодательстве.

Следует отметить, что законодатель верно определил обязательные работы и ограничение свободы в качестве самостоятельных видов наказаний⁴², однако, учитывая возможность назначения этих наказаний только с согласия подсудимого, вряд ли можно признать удачным построение санкций в статьях Особенной части УК, определяющих эти наказания в качестве самого их строгого вида (например, ст. 263, 264 и др.). Более удачным представляется другое решение – когда в санкциях статей Особенной части эти наказания не указаны, а в Общей части содержится норма, предусматривающая возможность назначения этого наказания за любое преступление определенной тяжести, наказуемое лишением свободы⁴³. Такой подход в большей мере соответствует и пониманию

³⁹ Ж. Прадель отмечает и психологическую полезность предварительного согласия осужденного (*Pradel J. Op. cit. P. 671*). Можно отметить, например, что в Австралии, которая не участвует в Конвенции, согласие подсудимого также необходимо (см., например: *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht. Baden - Baden, 1983. S. 1044*). Русский Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями 1864 г., предусматривавший это наказание в качестве альтернативы штрафу, также предусматривал, что оно применяется к осужденным "лишь в случае собственной их о том просьбы" (исключение составляли представители крестьянского и мещанского сословий).

⁴⁰ Поскольку в соответствии со ст. 4 Федерального закона от 24 мая 1996 г. положения УК о наказаниях в виде обязательных работ и ограничения свободы должны быть введены в действие специальным федеральным законом, их назначение возможно только после вступления в силу такого закона.

⁴¹ Отсутствие такой нормы в УК уже отмечено в европейской литературе в качестве несоответствия ст. 4 Конвенции (см: *Pradel J. Prologue // Le Code pénal russe de 1997 (traduction du L. Golovko). Paris, 1998. P. 11; Golovko L. Le nouveau code pénal de la Russie // Revue de science criminelle et de droit pénal compare. 1997. № 3. P. 573*).

⁴² Строгость правоограничений тут характерна именно для наказаний, а не для обязанностей, налагаемых судом при условном осуждении. При другом решении встал бы вопрос о нарушении принципа *non bis in idem*. Применительно к ограничению свободы качество наказания было признано в правоведении даже вопреки закону, когда это наказание существовало в ипостаси "условного осуждения с обязательным привлечением к труду".

⁴³ Например, во Франции общественно полезные работы назначаются вместо лишения свободы за любой "проступок", в Нидерландах они (*arbeid ten algemene nutte*) являются альтернативой лишению свободы на срок до шести месяцев (см.: *Tak P.J.P. Criminal Justice Systems in Europe. The Netherlands. Helsinki, 1993. P. 33*). В России это наказание можно было

этих наказаний в качестве альтернативы лишению свободы. Не вполне удачным представляется и определение в ст. 49 УК обязательных работ в качестве "работ в свободное от основной работы или учебы время". Очевидно, что назначение этого наказания менее целесообразно лицам, занятым на условиях полного рабочего дня, так как это противоречит правилам гигиены труда. Напротив, более всего это наказание пригодно для домохозяек, предпринимателей, представителей свободных профессий, не связанных жесткими рамками трудового договора.

Другое несоответствие указанных наказаний нормам международного права затрагивает не столько Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, сколько Конвенцию МОТ № 29 о принудительном или обязательном труде от 28 июня 1930 г., тесно с ней связанную⁴⁴. В соответствии со ст. 2 этой Конвенции термин "принудительный или обязательный труд" не включает в себя, в частности, "всякую работу или службу, требуемую от какого-либо лица вследствие приговора, вынесенного решением судебного органа, при условии... что указанное лицо не будет уступлено или передано в распоряжение частных лиц, компаний или обществ". Практически повсеместно признается недопустимость использования принудительного труда осужденных в коммерческих целях. УК Испании, к примеру, прямо предусматривает, что "осужденный не должен использоваться для достижения определенных экономических целей". УК Франции допускает общественно полезные работы только в пользу юридического лица публичного права или ассоциации⁴⁵, уполномоченной осуществлять такие работы. В Германии общественно полезные работы исполняются в больницах, детских домах, домах престарелых и других подобных "учреждениях общественной пользы", отмечается также возможность использования такого труда для благоустройства парков, спортивных сооружений, кладбищ⁴⁶. Во всяком случае принудительный труд осужденных не используется в коммерческих организациях с целью получения прибыли.

Иначе обстоит дело в России. Такие наказания, как исправительные работы и ограничение свободы, вовсе трудно себе представить вне коммерческих организаций. Последовательное проведение в жизнь международных обязательств России в гуманитарной сфере, по-видимому, приведет к полному отказу от этих видов наказания. При исправительных работах принуждение к труду выражается в обязанности трудоустроиться, ограничении права на расторжение трудового договора, последствиях уклонения и т.п. Это наказание отбывается по месту работы, т.е., как правило, в коммерческих организациях.

бы предусмотреть, например, в качестве альтернативы лишению свободы за преступления небольшой и средней тяжести.

⁴⁴ Вступила в силу 1 мая 1932 г. Ратифицирована Президиумом Верховного Совета СССР 4 июня 1956 г. При толковании термина "принудительный и обязательный труд" страсбургские органы неоднократно ссылались на Конвенцию МОТ № 29.

⁴⁵ Французские ассоциации - это некоммерческие организации, преследующие социальные, культурные, благотворительные и научные цели.

⁴⁶ *Russ W. Op. cit. S. 42.*

Таким образом, принудительный труд осужденного с очевидностью используется работодателем с целью получения для себя прибыли. Приведение этого наказания в соответствие с нормами международного права неизбежно приводит к трансформации его в "обязательные работы". Режим "ограничения свободы" и вовсе мало отличается от классического "уголовного рабства" и создает идеальные условия для торговли людьми и других подобных злоупотреблений. УИК предусматривает, что осужденные обязаны "работать там, куда они направлены администрацией", "привлекаются к труду в организациях различных форм собственности", причем содержатся осужденные "за счет собственных средств". Сочетание этих требований закона неизбежно приводит к использованию труда осужденных в экономических целях, причем по преимуществу в коммерческих организациях. В противном случае такое наказание становится бессмысленным. Трудно представить себе исправительный центр, организованный для обустройства парков, больниц и достижения иных общественно полезных целей. Но легко представить такой центр, обеспечивающий принудительным трудом коммерческое производство (к примеру, стройку, цементный или химический заводы и т.п.)⁴⁷. Данный вид наказания, известный ранее в качестве "условного осуждения с обязательным привлечением к труду", не только противоречит нормам международного права, но и нецелесообразен⁴⁸ (высокая криминогенность исправительных центров, угроза местному населению, проблема рецидива, неизбежная коррупция администрации ввиду ее необозримых полномочий), что и повлекло отмену данного наказания в 1993 г. В РСФСР это наказание не просуществовало и 15 лет, а в новый УК было введено вопреки мнению подавляющего большинства правоведов и без учета имевшегося опыта. Этот опыт полезно учесть и вновь отменить это наказание, что, кстати, даст и экономию еще не истраченных бюджетных денег на обустройство исправительных центров.

Наказание в виде обязательных работ также, по видимому, представляется законодателю связанным с коммерческим использованием труда осужденных. Это прямо не указано в законе, но к такому выводу можно прийти, исследуя его содержание. Хотя УК и называет работы "бесплатными" и "общественно полезными", "общественная полезность" эта особого свойства и раскрывается в УИК. В соответствии со ст. 25 УИК "администрация организации, в которой осужденные отбывают обязательные работы, ежемесячно перечисляет в... бюджет

⁴⁷ Возможно возражение, что ограничение свободы по своей сути является "заключением" со сравнительно мягким режимом. Если это фактически и так, то нельзя не учитывать принципиальной позиции законодателя, который прямо заявляет, что это наказание не связано с "изоляцией от общества", что понимается в качестве сути лишения свободы. Эта позиция отражается и в крайне длительных сроках ограничения свободы, которые превышают сроки лишения свободы за те же преступления (см., например: ст. 264 УК). Кроме того, следует учитывать, что запрет на коммерческое использование труда осужденных распространяется и на осужденных к лишению свободы ("заключению").

⁴⁸ Особенно сегодня, когда нет грандиозных "строек народного хозяйства".

финансовые средства за выполнение осужденными работы". Таким образом, для работодателя работы не бесплатные, а их общественная полезность заключается в пополнении муниципальных бюджетов. Это создает условия для использования труда осужденных в целях получения прибыли в коммерческих организациях, что противоречит как Конвенции МОТ № 29, так и требованиям здравого смысла. В России имеются все условия для исполнения указанного наказания вне коммерческих организаций – осужденных можно использовать на работах по благоустройству городов и сел, ремонту муниципальных дорог, зимой – на работах по уборке снега и льда, летом – по ремонту школ, больниц и детских садов. Единственное препятствие – равнодушие руководителей местного "самоуправления", пренебрегающих интересами населения муниципальных образований, – субъективный фактор, который может быть преодолен при наличии твердой государственной воли (можно, например, установить их ответственность за санитарное состояние и нормируемое благоустройство муниципальных территорий, школ, больниц).

В целях приведения уголовного и уголовно-исполнительного законодательства России в соответствие с нормами международного права представляется целесообразным внести в УК и УИК следующие изменения:

1) Исключить из УК наказания в виде исправительных работ и ограничения свободы;

2) Исключить обязательные работы из санкций статей Особенной части, а ст. 49 УК дополнить словами: "Обязательные работы могут быть назначены только с согласия обвиняемого за преступления небольшой и средней тяжести, предусматривающие наказания в виде ареста или лишения свободы"⁴⁹.

3) Исключить из УИК указания на платность обязательных работ, предусмотреть: "Не допускается отбывание наказания в виде обязательных работ в коммерческих организациях, а равно использование труда осужденных к этому наказанию в деятельности, направленной на получение прибыли от реализации продукции (работ, услуг)".

Кроме того, необходимо незамедлительно принять меры по введению норм об этом наказании в действие.



⁴⁹ Такое решение позволит и предусмотреть реальную альтернативу лишению свободы. Сегодня, например, большинство неосторожных транспортных преступлений наказываются исключительно лишением свободы.